

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Lovligheten av strømming i et opphavsrettslig perspektiv

Kandidatnummer: 733

Leveringsfrist: 25. 04. 2013

Antall ord: 17 616



## Innholdsfortegnelse

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| <b>1</b> | <b>INNLEDNING .....</b>   | <b>1</b>  |
| 1.1      | Problemstilling.....  | 1         |
| 1.2      | Innledning .....  | 1         |
| 1.3      | Begrep.....   | 5         |
| 1.3.1    | Strømming.....  | 5         |
| 1.3.2    | ”Rettighetshaverne.” .....  | 6         |
| 1.4      | Rettskilder og metode .....   | 8         |
| <b>2</b> | <b>GENERELT OM RETTIGHETSHAVERS ENERETT TIL Å RÅDE OVER<br/>SITT VERK JF. § 2 .....</b> | <b>11</b> |
| 2.1      | Kort om eneretten og dens rekkevidde .....  | 11        |
| 2.2      | Eksemplarframstillingsretten.....   | 13        |
| 2.2.1    | Utvidelsen av eneretten til midlertidige eksemplar .....                                | 14        |
| 2.2.2    | Innebærer eksemplarframstillingsretten en tilgangskontroll? .....                       | 16        |
| <b>3</b> | <b>AVGRENSING AV ENERETTEN TIL Å FREMSTILLE EKSEMPLAR I §<br/>11A .....</b>             | <b>18</b> |
| 3.1      | Kort om innføringen av § 11 a.....  | 18        |
| 3.2      | Introduksjon av vilkårene .....   | 19        |
| 3.3      | Lovgivers tolkning av vilkåret.....   | 20        |
| 3.3.1    | EU-domstolens tolkning av vilkårene .....   | 21        |
| 3.3.2    | Streng fortolkning av § 11a? .....  | 22        |
| 3.3.3    | Den videre fremstillingen.....  | 23        |
| <b>4</b> | <b>KRAVENE TIL EKSEMPLARFREMSTILLINGEN ETTER § 11A.....</b>                             | <b>24</b> |
| 4.1      | Vilkårene «tilfeldig eller forbigående» fremstilling av midlertidig eksemplar .....     | 24        |
| 4.1.1    | Utgjør strømming en «forbigående fremstilling» jf. § 11a .....                          | 25        |

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| 4.1.2    | Innebærer strømming «Tilfeldig» eksemplarfremstilling jf. § 11a? .....  | 28        |
| 4.2      | «Integrert del av teknisk prosess» jf. § 11a, første ledd .....   | 33        |
| 4.2.1    | Utgjør strømming en «Integrert og vesentlig del» av den tekniske prosessen?<br>.....                                  | 34        |
| 4.3      | § 11, a; «selvstendig økonomisk betydning».....   | 35        |
| 4.3.1    | Kort om vilkåret .....  | 35        |
| 4.3.2    | Objektet for vurderingen .....  | 36        |
| 4.3.3    | Gir strømming fordeler utover den lovlige bruken av verket?.....  | 38        |
| 4.3.4    | Blir rettighetsinteresser ivaretatt etter den domstolskapte vurderingen? .....  | 40        |
| <b>5</b> | <b>«LOVLIG BRUK».....</b>   | <b>43</b> |
| 5.1      | Innledning.....   | 43        |
| 5.2      | Opphavsrettslige utgangspunkter for lovlig bruk av verk/nærstående rettigheter.....                                   | 44        |
| 5.2.1    | Hovedregel er at opphavsmannen må samtykke til bruk jf. § 2.....  | 44        |
| 5.2.2    | Krav om produsentens samtykke for bruk jf. § 45.....  | 45        |
| 5.2.3    | Regelen om at bruk i den private sfære ikke er betinget av samtykke.....  | 46        |
| 5.3      | Dagens rettstilstand - Lovgivers forståelse av «lovlig bruk» jf. § 11a, .....   | 48        |
| 5.3.1    | Forarbeidene om «lovlig bruk».....  | 48        |
| 5.4      | Problemstillingen.....  | 50        |
| 5.5      | Er lovgivers forståelse av «lovlig bruk» i samsvar med direktivet .....   | 51        |
| 5.5.1    | Riktig å hjemle <i>lovlig bruk</i> i § 2 som også forbyr den samme handlingen? .....                                  | 51        |
| 5.5.2    | Lovgivers forståelse av konseptet «opphavsrettslig relevant beføyelse».....   | 52        |
| 5.5.3    | Direktivets intensjoner .....   | 55        |
| 5.5.4    | Hensynet til vern av den intellektuelle eiendomsrett .....  | 57        |
| 5.5.5    | EU-domstolens praksis om «lovlig bruk».....   | 60        |
| 5.5.6    | Delkonklusjon og den videre fremstilling .....  | 61        |
| 5.6      | Er § 11a gjennomført i samsvar med direktivet når det ikke er oppstilt et krav om<br>lovlig kopieringsgrunnlag? ..... | 62        |
| <b>6</b> | <b>TRETRINNSTESTEN .....</b>  | <b>65</b> |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>LOVGIVERS FORSTÅELSE AV § 11A OPP MOT TRETRINNSTESTEN.....</b>      | <b>65</b> |
| 6.1 Kort om tretrinNSTESTEN .....                                      | 66        |
| 6.2 Første trinnet-avgrensinger kan kun skje i særlige tilfeller ..... | 67        |
| 6.2.1 Første trinn opp mot forståelsen av <i>lovlig bruk</i> .....     | 68        |
| 6.3 Andre trinnet-ikke å konkurrere med normal utnyttelse .....        | 70        |
| 6.4 Tredje trinnet-ikke stride mot legitime interesser.....            | 73        |
| 6.4.1 Adgang til innskrenkende fortolkning av § 11a? .....             | 74        |
| <b>7 SAMMENFATNING OG KONKLUSJON .....</b>                             | <b>75</b> |
| <b>KILDER.....</b>   | <b>78</b> |
| Lovgivning .....   | 78        |
| Forarbeider .....  | 78        |
| Direktiver .....   | 78        |
| Internasjonale traktater og konvensjoner .....                         | 79        |
| Rettspraksis .....   | 79        |
| Juridisk litteratur .....  | 80        |
| Nettdokumenter og andre publiseringer.....                             | 81        |

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling

I dag er det ansett som lovlig å strøkke opphavsrettslig materiale som film, musikk og sportssendinger, selv om filmene eller musikken er tilgjengeliggjort i strid med åndsverksloven.

Adgangen er forankret i åvl. § 11a som er innført på bakgrunn av et EU-rettslig direktiv. Spørsmålet er om direktivet er forstått riktig når rettighetshaverne mister adgangen til å kontrollere og utnytte sitt verk eller arbeid.

## 1.2 Innledning

Oppgaven behandler tilgangen til «Litterære, vitenskapelige og kunstneriske verk»<sup>1</sup> gjennom strømming. Etter Åndsverksloven § 1 faller slike verk under lovens beskyttes, og rettigheter knyttet til verkene nyter vern etter samme lov.

Åndsverksloven bygger på et prinsipp om at skaperne av slike verk har en enerett over det de har skapt. Dermed har de muligheten til kontrollere andres bruk av verket og kan sikre seg inntekt fra det de har skapt. Prinsippet gjelder over hele verden, og hovedregelen er altså at inngrep i eneretten krever samtykke eller lovhjemmel.

---

<sup>1</sup> Åndsverksloven § 1

Strømming- eller streaming- muliggjør digital overføring av alt fra den siste Bond filmen til en direktesendt Premier- League kamp. Innholdet av slike avspillinger er rettighetsbelagt og tilgjengeliggjøringen av det er en beføyelse bare rettighetshaveren kan utnytte.

Domstolene har i de senere årene slått hardt ned på fildeling som krenker eneretten. I 2010 ble de tiltalte bak fildelingssiden Pirate Bay dømt til fengselsstraff og må betale 30 millioner svenske kroner i erstatning. I dommen blir det lagt vekt på at Pirate Bay på en organisert måte har lagt til rette for nedlastning av rettighetsbelagt materiale<sup>2</sup>. Nettsiden tilbyr også strømming.

Strømming er i ferd med å bli en av de viktigste distribueringskanalene. I 2012 utgjorde strømming 45 % av musikk salget, mot 32 % i 2011<sup>3</sup>. I tillegg kommer overføring av musikk hvor rettighetshaverne ikke får betalt, herunder ved strømming og nedlastning fra ulovlig kilde.

Til tross for at stadig flere aktører tilpasser seg den digitale etterspørselen, deriblant Netflix, HBO, Spotify og Whimp, er omfanget av strømming som krenker eneretten like fullt enormt stort. Norge var i fjor det landet i verden hvor det ble foretatt flest ulovlige nedlastninger av den populære serien Game Of Thrones og da tredje sesong av den samme serien startet 1.april 2013, ble det satt piratrekord på verdensbasis.

Rettighetshaverne mister på denne måten muligheten til å tjene penger på det de har skapt. Enkelte brukere mener at film- og plateselskaper er for grådige og at de ikke har tilpasset tilbudet sitt til samtidens krav. Det vi nå vet, er at publikum blir mindre og mindre tålmodige. De vil ikke vente et helt år på en fersk TV-serie, når de kan se den på storskjerm i stua samme dag den lanseres – bare ved å koble en USS-ledning til Pc' en.

---

<sup>3</sup> <http://www.ifpi.no/9-forsiden/36-arsstatistikken-2012>

Opphavsretten beskytter imidlertid opphavsmenn og nærstående rettigheter av alle slag. De færreste skuespillere kan heve svimlende 100 millioner kroner for en hovedrolle, og det er vel heller tvilsomt om en norsk musiker kan leve av musikken sin dersom ingen betaler for sangene hennes.

Det er på det rene at den som har gjort verket tilgjengelig på Internett har overtrådt åndsverkloven.

Norsk rett anser imidlertid ikke strømming som ulovlig, selv om hverken brukeren eller kilden for overføringen har betalt for bruken. Departementet uttaler « *Innholdet overføres uten at det lagres en varig kopi lokalt hos brukeren, og det vil neppe skje en eksemplarfremstilling som omfattes av eneretten, jf. § 11a som unntar fremstillingen av visse midlertidige eksemplarer. Den enkelte internettbruker som strømmer et verk til sin datamaskin, vil altså ikke begå et opphavsrettsbrudd selv om verket er gjort tilgjengelig for slik bruk uten opphavsmannens samtykke*»<sup>4</sup>

De norske lovforarbeidene går enda lenger, og postulerer at nettlæsning vil være lovlig bruk også der en teknisk tilgangssperre er omgått. Lovgivers resonnement bygger på at når avspilling skjer innenfor det private området er ikke bruken regulert av eneretten etter § 2. Omgåelse av sperre er derfor tillatt for å muliggjøre avspilling på egen pc.<sup>5</sup> På denne måten anses *privat fremføring* som lovlig uavhengig av om kilden for bruken er ulovlig.

I dansk rett derimot er bruken betinget av lovlig avspillingsgrunnlag. I Norge er det kun den private adgangen til å laste ned verk som er betinget av lovlig grunnlag i åvl. § 12, fjerde ledd. Årsaken til dette er at det ved lovendringen i 2005 var nedlastning av verk som utgjorde den største trusselen ovenfor rettighetshaverne. Strømming ble ikke nevnt i disse forarbeidene.

---

<sup>4</sup> Prop. 65 L(2012–2013) punkt 2,2

<sup>5</sup> Ot.prp.2004/2005 nr.46 s. 17

I høringsutkastet til nye lovendringer 2011 bemerket TONO at «*Omfanget av ulovlig streaming har økt betydelig de senere år, dels fordi stadig flere nettsted velger å gjøre verkene ulovlig tilgjengelig for allmennheten på denne måten, dels fordi teknologien er blitt bedre og mer brukervennlig og dels fordi det etter manges oppfatning er lovlig å motta streaming fra ulovlig kilde*».<sup>6</sup>

I februar i år kom kulturdepartementet med forslag til endringer i åndsverksloven. Endringene vil forbedre rettighetshavernes muligheter for å hindre krenkelser på nettet. Fokus for endringen var å innføre hjemler for å blokkere tilgang til nettsider hvor det foregår åpenbare krenkelser av opphavsretten. Videre legger forslaget til rette for sporing av ip- adresser og mulighet til å få utlevert informasjon om hvilket internettabonnement som kan knyttes til opphavsrettskrenkelsene. Forslaget tar ikke for seg endringer i loven med hensyn til lovlig adgangen til strømming.

Sveinung Golimo, produsent i Filmkameratene, mener det er viktigere å stoppe ulovlige fildelingssider, enn å kriminalisere de enkelte brukerne.<sup>7</sup> Lovendringen imøtegår denne ambisjonen på flere punkt, men loven fremstår allikevel som noe forvirrende og inkonsekvent når den gjør utnyttelse av verk som krenker rettighetshavernes interesser lovlig. På hvilke måte vil drøftes gjennomgående i avhandlingen.

Oppgavens fremstilling tar for seg opphavsrettslige utgangspunkter for rettighetshavers råderett over eget verk, for så å prøve lovgivers subsumsjon av strømming opp imot § 11a som avgrenser dette utgangspunktet.

---

<sup>6</sup> Prop. 65 L (2012–2013) punkt 4.8.2

<sup>7</sup> Sveinung Golimo, Filmkameratene, januar 2013



Fokus for redegjørelsen er lovligheten av brukernes strømming når kilden er ulovlig. Fremstillingen utfordrer derfor lovgivers syn på at *privat fremføring* er lovlig uavhengig grunnlaget for bruken jf. § 2.

Oppgaven forholder seg i hovedsak til strømming av film, serier og musikk.

## 1.3 Begrep

### 1.3.1 Strømming

«Strømming eller streaming er overføring av lyd og eller video over et datanettverk der mottakeren hører lyden og ser videoen etter hvert som det kommer inn til klienten»<sup>8</sup> Strømming innebærer midlertidig kopiering av data i arbeidsminnet hos mottakeren, i motsetning til nedlastning som innebærer varig lagring på harddisken. Lagringer i arbeidsminnet omtales som cache lagringer eller lagringer på RAM. I oppgaven brukes fellesbegrepet *mellomlagringer*.

Strømming kan skje ved samtidig og uendret "simulcast" sending av en kringkastingssending eller som en avspilling på forespørsel – «on demand» Med strømming på forespørsel kan man se eller høre innholdet når man selv vil, mens kringkasting foregår i sanntid, altså direkte.»<sup>9</sup> Bruken vil ha ulik intensitet i forhold til hva som spilles av.

En «buffer» kan defineres som en region av et fysisk minne lagring som brukes til å midlertidig lagre data som skal fra et sted til et annet. I en datamaskin kan en buffer også brukes når data skal flyttes fra en prosess til en annen. Buffere kan plasseres på en fast

---

<sup>8</sup> Store norske leksikon definisjon

<sup>9</sup> Wikipedia

minneplass i maskinvaren, eller implementeres i et program som en virtuell buffer. De fleste buffere er implementert i programvare og benytter seg av RAM (Random Access Memory) for å lagre midlertidig data. Grunnen for dette er at RAM gir mye raskere tilgang til den midlertidige dataen enn en harddisk. Buffere blir vanligvis brukt når det er forskjell i hastigheten for mottagelse og behandling av data eller hvis disse hastighetene varierer mye, for eksempel ved online video streaming.<sup>10</sup>

### 1.3.2 "Rettighetshaverne."

Strømming fremfører lyd og video i digital form. I praksis er det musikk, film, tv – og sportssendinger som strømmes. Materialet vil ofte være opphavsrettslig vernede verk jf. Åvl.§1, herunder film, musikk og annet materiale som er resultat av en *individuell skapende åndsinnsetning*.<sup>11</sup> Det knytter seg imidlertid flere rettighetshavere til materiale som strømmes.

Utøvende kunstnere og produsenter er også vernet gjennom åndsverksloven, og deres rettigheter berøres når materiale strømmes uten at det er samtykket eller betalt vederlag for bruken. Skuespillerne i en film, eller artister som fremfører musikk har etter åndsverksloven § 42 vern som utøvende kunstnere og opptak av deres fremføringer er vernet etter § 45b. I praksis overføres ofte opphavsrettigheter, for eksempel slik at regissørens og manusforfatters rettigheter etter § 2 overføres til en filmprodusent. Produsent av musikk og film har vern etter § 45.

I den videre fremstilling vil *rettighetshaverne* omtales under ett, og omfatter da opphavsmenn jf. § 1, film og musikkprodusenter jf. § 45 og utøvende kunstnere jf. § 45 jf. § 42.

---

<sup>10</sup> Wikipedia

<sup>11</sup> Rt. 2007 s.1329 Huldra-dommen

Loven omtaler rettighetshaverne etter § 45 b som «tilvirkere», men i oppgavens vil de omtales som *produsenter*, henholdsvis av film og musikk.

Som fellesbetegnelse for opphavsrettslig vernede verker eller arbeider vil oppgaven bruke begrepet *materiale*.

## 1.4 Rettskilder og metode

Utgangspunktet for fremstillingen er vanlig juridisk metode. Åndsverksloven og forarbeidene til loven er de sentrale rettskildene på opphavsrettens område og vil derfor danne rammen for fremstillingen.

Adgangen til strømming fra ulovlig kilde er forankret i åndsverksloven § 11a og regelen danner således grunnlaget for oppgaven. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 5-1 i Infosoc- direktivet. Tolkningen av direktivet er dermed av sentral betydning for å kartlegge innholdet av § 11a.

Infosoc-direktivet-2001/29/EC ble med hjemmel i traktaten for den Europeiske union (TEUF) vedtatt i 2001. Direktivet er tatt inn i EØS- avtalen og det følger av EØS-loven<sup>12</sup> § 3 at artiklene som er implementert er bindende for norsk rett.

Ved tolkningen av direktivet er det flere rettskildefaktorer som er av relevans. Endringene direktivet medførte i åndsverksloven ble innført ved lov nr. 97/200. De norske forarbeidenes forståelse av direktivet og de gjennomførte bestemmelsene er av sentral betydning. Lovgivers redegjørelse for innholdet av § 11a vil ha størst tyngde for oppgaven.

Direktivet må videre tolkes på bakgrunn av sin fortale. Det følger av (TEUF) artikkel 296 at alle rettsakter skal begrunnes. Fortalen angir begrunnelser og formålsbetraktninger bak bestemmelsene, og er således av stor relevans for den nærmere forståelsen av direktivet.

Videre må direktivet tolkes på bakgrunn av relevant praksis fra EU-domstolen. Domstolen avgjør ikke saken, men kommer med veiledende uttalelser om hvordan fellesskapsretten

---

<sup>12</sup> EØS-loven, L27.11.1992 nr.109

bør forstås jf. TEUF art. 267. EU-domstolen har kun ved noen anledninger redegjort for innholdet av art 5-1 og disse sakene har dermed vekt med hensyn til hvordan vilkårene i artikkelen er å forstå. De konkrete sakene som var under behandling gjennomgås senere i fremstillingen. Strømming fra ulovlig kilde har imidlertid ikke vært prøvet mot artikkel 5-1, verken for norske domstoler eller for EU-domstolen. Spørsmålet anses derfor som uavklart i fra et EU-rettslig perspektiv.<sup>13</sup>

Av relevans for oppgaven er også Generaladvokatens redegjørelse for innholdet av vilkårene artikkel 5-1 i Infopaq saken.<sup>14</sup> Det fremgår av TEUF art. 252 at generaladvokatens uttalelser kun er rådgivende for domstolen. Uttalelsene vil dermed ikke ha like stor rettskildemessig vekt som domstolens endelige uttalelser. Rettsvitenskapen har generelt liten vekt som rettskildefaktor, men ettersom direktivet er relativt nytt og det enda ikke foreligger noe konkret praksis omkring tema vil rettsvitenskapen likevel kunne øve stor innflytelse.<sup>15</sup>

Det samme gjelder norsk juridisk litteratur. Åndsverksloven § 11a reiser komplekse problemstillinger som juridisk litteratur belyser. Det henvises særlig til litteratur av professor Ole Andreas Rognstad. Både til hans lærebok i opphavsrett og utgitte artikler vedrørende tema.

Tema dreier seg om strømming fra Internett. Ulovlig spredning og bruk av opphavsrettslig regulert materiale skjer ofte på tvers av landegrensene og med fremveksten av internett oppstår ytterligere internasjonale problemstillinger. Store deler av opphavsrettens er imidlertid regulert gjennom overnasjonale regelverk. Norge er tilsluttet verdensomspennende konvensjoner og traktater som danner hovedgrunnlaget for

---

<sup>13</sup> Rognstad, epost, april 2013

<sup>14</sup> Generaladvokatens uttalelser C-302/10 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, 12.februar, 2009

<sup>15</sup> Eckhoff, 5.utgave (2001)s. 270

opphavsretten. På grunn av Norges tilslutning til EØS- avtalen har også det Europeiske lovsamarbeidet hatt stor innflytelse på norsk opphavsrettslovgiving.

En viktig kilde er den såkalte «Tretrinns testen». Testen begrenser statenes handlingsrom i forhold til hvilke avgrensinger som kan gjøres i eneretten, og er av lovgiver anerkjent som en internasjonal forpliktelse.<sup>16</sup> Tretrinns testen fremgår av konvensjoner Norge har forpliktet seg til å følge, herunder Bernkonvensjonen, TRIPS, WCT og ikke minst fremgår testen av opphavsdirektivet art 5-5. Testen er i utgangspunktet et verktøy for lovgiver, men i tråd med prinsippet om direktivkonform samt presumsjonen om at norske regler er i samsvar med folkerettslige forpliktelser kan testen ha betydning ved tolkningen av lånereglene.<sup>17</sup> Tretrinns testen drøftes nærmere under punkt 6.

Av relevans for oppgaven er også nordisk rett. I de nordiske landene har det foregått et nært samarbeid for å oppnå nordisk rettsenhet. Da loven ble revidert i 1961 ble det uttalt et ønske om å oppnå likeartet tolkning for likelydende regler.<sup>18</sup> Det er dermed relevant å sammenligne den norske gjennomføringen av artikkel 5-1 med hvordan direktivet er implementert i Svensk og Dansk rett.

---

<sup>16</sup> Ot.prp. 2004/05 nr.46 s.29

<sup>17</sup> Rognstad, 2009, s. 216

<sup>18</sup> Ot.prp.nr.1960-61 s. 2

## 2 Generelt om rettighetshavers enerett til å råde over sitt verk jf.

### § 2

#### 2.1 Kort om eneretten og dens rekkevidde

Den som skaper et åndsverk jf. åvl. § 1 har etter § 2 en «*enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varige eller midlertidige eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmenheten.*» Det samme gjelder for produsentens rettigheter etter § 45 b som henviser til § 2. Gjennom den verdensomspennende Bernkonvensjonen gjelder dette bærende prinsippet for land tilknyttet konvensjonen over hele verden jf. BK. art 9.<sup>19</sup>

Et av de bærende hensyn bak opphavsretten er å bidra til fortsatt kreativitet og kulturell produksjon. Opphavsretten skal således ikke bare gagne opphavsmannen, men samfunnet generelt. Tanken er at man ved å regulere adgangen til bruk av verk sikrer forutsetningen for at kunstnere og andre åndsarbeidere skal kunne leve av sine arbeider.<sup>20</sup> Denne beskyttelsen gir dem incitament til å skape. På denne måten kan kunst og kultur gjøres tilgjengelig samtidig som kunstnerens interesser ivaretas<sup>21</sup>

I praksis kommer eneretten til uttrykk ved at rettighetshavers samtykke betinger bruk av det materiale han selv har skapt. Utgangspunktet er altså at enhver form for bruk som faller inn under § 2 må klareres med rettighetshaver.

Åndsverksloven kapittel 2 oppstiller imidlertid låneregler som avgrenser eneretten. Avgrensingsreglene avspeiler balansen mellom hensyn bak rettighetshavers befyelser og

---

<sup>19</sup> Rognstad (2009) s. 45

<sup>20</sup> Torvund (2010)

<sup>21</sup> Ibid.

allmenhetens interesse i å få tilgang til verk uten å måtte klarere bruken. Avveiningen har resultert i at visse former for fri bruk, mot at rettighetshaverne får et symbolsk vederlag for bruken gjennom statlige ordninger. Av hensyn til ytringsfriheten må ikke den opphavsrettslige regulering rekke lenger enn det hensynet til kreativitet og kulturell produksjon tilsier

Bruk hjemlet i kap. 2 anses ikke for å ha store økonomiske konsekvenser for rettighetshaverne. Lånereglene er vurdert opp mot tretrinnsstestens obligatoriske krav og anses dermed for å utføre rimelige avgrensinger av eneretten. Hjemlene er således gjennomført i takt med internasjonale forpliktelser.

Den av lånereglene som tillater bruk som ligger nærmest strømming er privatbruksregelen i § 12. Forskjellen på handlingene etter 11a og § 12 ligger i det tekniske. Der eksemplaret lastes ned og dermed lagres varig på brukerens harddisk omfattes bruken av § 12. Denne bruken er av lovgiver ansett for å ha større potensiale for å true rettighetshavers legitime interesser og dermed krenke tretrinnsstesten vern mot urimelig utnyttelse av verket.

På denne bakgrunn ble det ved lovendring<sup>22</sup> inntatt forbehold om lovlig grunnlag jf. § 12, fjerde ledd. At kravet kun er innført for kopiering til privat bruk er i proposisjonen blant annet begrunnet med at nedlastning på tidspunkt for lovendringen utgjorde den største trusselen for rettighetshaverne.

Utgangspunktet for lovlig bruk av verk eller prestasjoner er altså betinget av samtykke fra rettighetshaver, eller at det foreligger hjemmel for den konkrete bruken. Dette utgangspunktet samt begrunnelse og hensyn bak eneretten gjennomgås nærmere under fremstillingens punkt 6.

---

<sup>22</sup> Ot.prp. 2004/05 nr.46



Åndsverksloven § 2 gjenspeiler enerettens to beføyelser, tilgjengeliggjøringsretten og eksemplarframstillingsretten. Avhandlingen dreier seg om unntak fra eneretten til å fremstille midlertidige eksemplarer av verket, og krever dermed en kort innføring av innholdet i eksemplarframstillingsretten.

Oppgavens tema dreier seg om strømming. I diskusjonen om strømming i den videre framstilling forutsettes det at innholdet av overføringen er vernet som et åndsverk jf. åvl § 1 eller som nærstående rettighet etter åvl. kap 5.

## 2.2 Eksemplarframstillingsretten

Det fremgår av § 2 at rettighetshaver har en «(..) enerett til å råde over åndsverket ved å framstille varig eller midlertidig eksemplarer (..), i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk». Av bestemmelsens annet ledd fremgår det at «som framstilling av eksemplarer regnes også overføring til innretning som kan gjengi verket.» jf. § 2, annet ledd.

Tidligere brukte åndsverksloven begrepet «mangfoldiggjøring». Da begrepet ble byttet ut med «eksemplarframstilling» ved 1961-loven var dette for å tydeliggjøre at retten ikke bare omfatter «mangfoldige» kopier, men at eneretten også omfatter framstilling av bare noen få eksemplarer.<sup>23</sup> Begrepet henspiller således på eneretten til å kopiere, etterligne og reproducere verket. Flere av EU landene, inkludert den danske åndsverksloven anvender begrepet «reproduksjonsrett». I den videre framstillingen vil begrepene brukes om hverandre.

I Bernkonvensjonen er vernet også etablert som en reproduksjonsrett. Etter artikkel 9 har opphavsmannen krav på at nasjonal lovgiving beskytter en enerett for opphavsmannen til

---

<sup>23</sup> Rognstad (2009) s.151

«(...) *the reproduction of these works, in any manner or form*». Konvensjonen foreskriver således et omfattende vern, men det var allikevel ikke før lovendringen i 2005 denne beskyttelsen var reflektert i den norske åndsverksloven § 2.

Tidligere var det fra lovgiverhold oppstilt krav til at verket skulle ha «*en viss varighet og en viss selvstendighet, for at den skal anses å være omfattet av en enerett*».<sup>24</sup> Midlertidige lagringer i datamaskiner oppfylte neppe slike krav til fiksering, men i dag er det derimot klart at eksemplarframstillingsretten gjelder i enhver form, herunder både for «varig og midlertidig eksemplar».

### 2.2.1 Utvidelsen av eneretten til midlertidige eksemplar

Eneretten til midlertidige eksemplar ble ikke formelt tatt inn under enerettens beføyelser i § 2 før lovendringen i 2005. Loven ble endret på bakgrunn av opphavsdirektivet og eneretten ble nå utvidet til å omfatte midlertidige eksemplarframstilling jf. åvl. § 2.

Rettighetshaver har etter artikkel 2 en «*enerett til at tillate eller forby direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduksjon på en hvilken som helst måte og i en hvilken som helst form, helt eller delvis*» Hverken forarbeidene eller direktivet gir noen legaldefinisjon av «midlertidig eksemplar», men lovkommentar til direktivet art 5-1 uttaler at eksemplaret er «*limited in time*».<sup>25</sup>

Det fremgår av artikkel 2 at både opphavsmenn og nærstående rettighetshavere (utøvende kunstnere, kringkastingsforetak, fonogram- og filmprodusenter) skal gis enerett til eksemplarframstilling av deres verk og arbeider.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Rognstad, (2009) s.153 jf. Ot.prp. nr.85 (1997-98) s.14

<sup>25</sup> Walter & Lewinsky (2010) s. 1025

<sup>26</sup> Ot.prp nr 46. 2004/2005, Punkt 3.1

Som det fremgår av artikkel 2 gir ordlyden rettighetshaverne et omfattende vern og etter direktivets fortale skal begrepet defineres bredt.<sup>27</sup> Eneretten til å fremstille eksemplar gjelder nå i enhver form, og dette på bakgrunn av at direktivet foreskriver en teknologiavhengig og medienøytral reproduksjonsrett<sup>28</sup>. Formålet med endringen var nemlig å tilpasse opphavsretten til den digitale utviklingen.<sup>29</sup>

Utnyttelsen av opphavsrettslig regulert materiale har med den teknologiske utviklingen endret seg til å foregå på et annet medium, herunder på datamaskiner og gjennom internett. Videre forutsetter digital bruk tekniske prosesser for å muliggjøre fremføring i form av avspilling.

Overføring av data, bilder eller lyd i digital form forutsetter kopiering av materiale på mottakernes datamaskin. Ved nedlastning lagres de mottatte data varig på brukerens harddisk. Til motsetning innebærer ikke strømming noen varig lagring, men forårsaker allikevel midlertidig lagring av data i arbeidsminne/cache hos mottakeren. Eksemplarene omtales som midlertidige ettersom de kun legger seg på PC-ens RAM (Random Access Memory) minne og slettes etter bruk. I utgangspunktet omfattes begge lagringene av eneretten til varig og midlertidig eksemplarfremstilling jf. § 2

Strømming og nedlastning, samt annen distribusjon av opphavsrettslig regulert materiale på internett øker daglig. Eksemplarfremstillingsbegrepet ble altså utvidet for å sikre eneretten til digital overføring av opphavsregulert data i lyd og bilder.

---

<sup>27</sup> Infosoc direktivet 2001/29/EF, fortalen, punkt 2.1

<sup>28</sup> Rognstad (2009) s, 152

<sup>29</sup> Infosoc direktivet 2001/29/EF, fortalen punkt 5

Spredning og kopiering av regulert materiale på internett er imidlertid vanskelig å kontrollere og store deler av bruken er ikke ansett for å skade opphavsmennes interesser. På denne bakgrunn ble unntak for visse midlertidige kopier i § 11a tatt inn i loven.

Eneretten etter artikkel 2 skal allikevel medføre et høyt beskyttelsesnivå. Dette fremgår også av direktivets overordnede formål nedfelt i fortalens punkt 4.

På bakgrunn av direktivet må det dermed konkluderes med at den beskyttelsen rettighetshaverne er gitt i åvl. § 2 jf. artikkel 2 skal ha en vid utstrekning. Begrepets innhold har utviklet seg over tid og vernet skal i dag gjelde «alle former for reproduksjon jf. direktivet artikkel 2.

Etter dagens rettstilstand beskytter eksemplarframstillingsretten alt fra fysiske kopier, opp og nedlastning til datamaskin, lagring på maskinen til gjengivelser og etterlikninger av verk. Strømming innebærer reproduksjon av verket i sin helhet.

### 2.2.2 Innebærer eksemplarframstillingsretten en tilgangskontroll?

Tidligere da all verksutnyttelse forgikk manuelt eller analogt kunne opphavsmannen kontrollere andres tilgang til verket, for eksempel ved å kreve billett for adgang til en konsert, hvor og hvordan en film skulle selges eller hvordan et kunstverk skulle publiseres. Nå som opphavsrettslig regulert materiale i stor grad foregår digitalt er en slik kontroll vanskeliggjort.

Det er imidlertid blitt hevdet at eneretten til midlertidig eksemplarframstilling innebærer en rett for rettighetshaver til å kontrollere tilgang til verket i digital form, altså en såkalt «Access control right».<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Thomas Heide (2001) s. 469 -477

Resonnementet bygger på utvidelsen av eneretten til å omfatte midlertidige og middelbare kopier etter direktivet artikkel 2 (åvl. § 2). Når det for eksempel spilles av en tv- serie på brukers PC oppstår samtidig midlertidige lagringer for å muliggjøre denne bruken. Midlertidig lagringer er omfattet av eneretten jf. Artikkel 2 og bruken krever dermed rettighetshaverens samtykke.

Oppfatningen er blant annet blitt diskutert på ALAI konferansen vedrørende «adjuncts and alternatives to copyright» i USA 2001. På konferansen ble det på bakgrunn av et slikt resonnement anført at det etableres en tilgangskontroll når den midlertidige reproduksjonsretten etter loven omfattes av eneretten.<sup>31</sup>

Ordlyden av en potensiell «tilgangskontroll» kan synes å peke på tilfeller der rettighetshaver har sikret tilgangen til det digitale eksemplaret med en teknisk sperre. Det er imidlertid fremmet at beføyelsen ikke bare gjelder der regulert materiale er stengt av med en sperre. Jon Bing anfører at en slik rett også vil gjelde i situasjoner hvor det ikke er innført en «an actual control mechanism»<sup>32</sup> Han mener altså at eneretten til midlertidig fremstilling i digital form innebærer et generelt krav om samtykke for bruk.

Thomas P. Heide ved det juridisk fakultet på Cambridge University er uenig dette, og anfører at «the traditional rights under copyright have not contained and still do not contain an access control right.»<sup>33</sup>

Dersom eneretten omfatter en slik tilgangskontroll vil enhver form for bruk være betinget av rettighetshavers samtykke for å være lovlig. I så fall, etter denne oppfatningen vil

---

<sup>31</sup> Alai konferansen i USA 2001

<sup>32</sup> Bing, Jon.( 2002) s, 298

<sup>33</sup> Heid, Thomas P (2001) s. 469

strømming være ulovlig dersom rettighetshaver ikke har samtykket til at verket overføres til brukeren jf. § 11a.

Teorien om en potensiell tilgangskontroll har stor betydning for hva som anses som lovlig bruk etter § 11a, bokstav a, idet «lovlig bruk» dermed vil være betinget av lovlig kilde, i motsetning til hva lovgiver har lagt til grunn.<sup>34</sup> Særlig strider lovgivers syn på at omgåelse av faktiske tilgangssperrer er tillatt for å muliggjøre private avspilling.

Det er anført at en tilgangskontroll rett følger direkte av opphavsdirektivet, noe oppgaven drøfter nærmere under punkt 5.5. I den videre fremstillingen introduseres åndsverksloven § 11a.

### **3 Avgrensning av eneretten til å fremstille eksemplar i § 11a**

#### **3.1 Kort om innføringen av § 11 a**

Da eneretten til midlertidige lagringer ble tatt inn som en beføyelse i § 2, ble en avgrensning ansett som nødvendig. Digital bruk forutsetter som sagt midlertidige lagringer på brukernes datamaskiner. Det er vanskelig å kontrollere bruk av regulert materiale på internett. På bakgrunn av at det vil være ineffektivt og upraktisk dersom all bruk av opphavsrettslig regulert materiale som oppstår på nettet må klareres på forhånd, ble § 11a innført. Bestemmelsen skal således realisere formålet om tilpasse opphavsretten den digitale utviklingen, herunder muliggjøre lovlig bruk av verk i digital form.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Prop. 65 L(2012–2013) punkt 2,2

<sup>35</sup> Ot.prp.2004/2005 nr.46 s. 140

### 3.2 Introduksjon av vilkårene

Bestemmelsen gir adgang til visse reproduksjonshandlinger uten rettighetshavers samtykke og avgrensar således eneretten til midlertidig eksemplarfremstilling etter § 2.

Det fremgår av § 11a

*«når tilfeldig eller forbigående fremstilling av midlertidige eksemplar utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess som har til eneste formål å muliggjøre*

*a) lovlig bruk av et verk, eller*

*b) en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter,*

*omfattes slik eksemplarfremstilling ikke av eneretten etter § 2, med mindre den har selvstendig økonomisk betydning.*

For at en midlertidig eksemplarfremstilling skal være omfattet av unntaket må fire kumulative vilkår være oppfylt.<sup>36</sup>

Oppgaven avgrenses mot § 11a, alternativ b som sikrer ansvarsfrihet for nettleverandører. Hensikten er at ISP ikke skal bære ansvar for innholdet av mellomlageringer ved transport av opphavsrettslig vernet materiale. Motivet for både alternativ a og b er gitt av praktiske årsaker og har som formål å sikre effektiv og lovlig bruk på internett.<sup>37</sup> Det relevante tema

---

<sup>36</sup> Ot.prp. nr 46 2004/2005 punkt 3.1.1

<sup>37</sup> Ot.prp. nr 46 2004/2005 s. 140

for den videre fremstillingen, herunder strømmingsproblematikken gjelder formålet om å muliggjøre «lovlig bruk» jf. § 11a, annet ledd, bokstav a.

### 3.3 Lovgivers tolkning av vilkåret

Unntaket i § 11a er innført på bakgrunn av opphavsdirektivet art 5-1 og utgjør en tilnærmet ordrett gjengivelse av artikkelen. Direktivets fortale angir begrunnelse og formål bak bestemmelsene og er derfor en viktig kilde for den nærmere forståelse og tolkning.

Det fremgår av artikkel 5-1, første ledd at unntaket både gjelder ovenfor verk og nærstående rettigheter.

Fortalens, punkt 33 gir en knapp veiledning i forhold til hvordan artikkel 5-1 skal forstås. Når vilkårene er oppfylt uttales det at lagringer som muliggjør «browsing as well as acts of caching to take place» omfattes av unntaket.

I de norske forarbeidene forklares nettlesing («browsing») med at bruker ved søking i nettverk ser på materiale via sin dataskjerm. Caching eller mellomlagringer finner sted når materiale mellomlagres i forbindelse med transport i nettverk eller bruk av verket. Lovgiver uttrykker at slike handlinger «kan skje uten hinder av eneretten til eksemplarfremstilling».<sup>38</sup>

Nettlesing, herunder strømming er således ansett som lovlig bruk uavhengig kilden til de midlertidige lagringene. Forarbeidene forklarer subsumsjonen med at mellomlagringene muliggjør en avspilling *innenfor det private området* som ikke er regulert av eneretten jf. §

---

<sup>38</sup> Ot.prp. nr 46 2004/2005 punkt 3.1



2. Derfor er brukenes avspilling av verket «lovlig bruk» etter § 11a, bokstav a, selv om ikke grunnlaget for avspillingen er lovlig.

Anvisning på hvordan vilkårene skal forstås er behandlet i forarbeidene, direktivets fortale samt EUs lovkommentar. I tillegg må EU-domstolens tolkning av vilkårene tillegges vekt.

### 3.3.1 EU-domstolens tolkning av vilkårene

EU domstolen, herunder generaladvokaten har i Infopaq sakene fra 2009 og 2012 kommet med prinsipielle uttalelser om tolkningen av artikkel 2, artikkel 5-1 og 5-5, altså § 2 og § 11a i den norske åndsverksloven. Sakene gjelder nyhetsbyrået Infopaq som sendte ut resyméer av artikler på epost til sine kunder uten å klarerer innholdet med rettighetshaverne bak artiklene.

I 2007 anmodet dansk rett EU- domstolen om å komme med en pre judisielle avgjørelse i forbindelse med tolkningen av den konkrete saken opp mot direktivet. Tolkningen ble foretatt på bakgrunn av spørsmål dansk rett stilte; om hvorvidt prosessen infopaqs forretningsmodell forutsatte, frembringer midlertidige fremstillinger omfattet av rettighetshavers enerett jf. artikkel 2. Videre var spørsmålet om prosessen allikevel oppfylte vilkårene i artikkel 5-1 og dermed var tillatt uten klarering. Til slutt ble bruken holdt opp mot tretrinnssteden i artikkel 5-5.

Da EU domstolen kom med en avgjørelse i C-05-8 i 2009 konkluderte de med at lagring og etterfølgende utprinting av et tekstutdrag fra en artikkel bestående av et søkeord samt de fem foranstående og fem etterfølgende ord anses for reproduksjonshandlinger beskyttet av artikkel 2.<sup>39</sup> Videre konkluderte de med at unntaket for bruk i artikkel 5-1 ikke kom til anvendelse.

---

<sup>39</sup> Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, 16 July 2009

I 2013 falt det ny dom i saken på bakgrunn av EU-domstolens rådgivende fra 2012. Denne gangen var det den tekniske prosessen Infopaq anvendte for å samle nyhetsartikler som var under behandling. Eu-domstolen kom fram til at prosessen var omfattet av unntaket i artikkel 5-1.

I Premier- League dommen C-403/08, slår EU-domstolen fast at en nasjonal lovgivning som forbyr import, salg eller bruk av utenlandske dekoderkort er i strid med EU-traktatens bestemmelse om fri flyt av tjenester.<sup>40</sup> Dekoderkortene muliggjør overføring av fotballkamper. Rettighetene til kampene var kjøpt opp av en tv-kanal som hevdet de hadde enerett til å vise kampene og hevdet at dekoderkortene krenket deres enerett. Overføringene ble vurdert opp mot artikkel 5-1. I saken ble det konkludert med at de midlertidige fremstillingene som gjennomføres i satellittdekoderen og på tv – skjermen oppfylte vilkåret 5-1.

### 3.3.2 Streng fortolkning av § 11a?

Det er fremholdt at unntaket skal tolkes strengt. I Infopaq -saken understrekes det at artikkel 5-1 fraviker et alminnelig prinsipp, herunder «prinsippet om at enhver reproduksjon av et beskyttet verk forutsetter tillatelse fra rettighetshaver.»<sup>41</sup> Videre skriver de at det følger av fast praksis at slik unntak skal fortolkes innskrenkende.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Sven Egil Omdal, artikkel Aftenposten, publisert 05.10.2011

<sup>41</sup> Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, 16 July 2009 avsnitt 56

<sup>42</sup> Ibid.

Det fremgår også av domstolens prinsipielle bemerkninger samt direktivets fortale punkt 4, 6 og 21 at unntaket må fortolkes i lys av kravet om rettighetshavers rettsikkerhet<sup>43</sup>, noe som også taler for en strengere tolkning

Til slutt må unntaket i artikkel 5-1 tolkes i lys av tretrinnssteden nedfelt i artikkelens 5-5.

### 3.3.3 Den videre fremstillingen

Generaladvokaten uttaler i forbindelse med tolkningen av artikkel 5-1 i Infopaq -saken, at det at må foretas et skille mellom den midlertidige fremstilling og det formålet de jobber for å muliggjøre, nemlig sluttbruken<sup>44</sup>

Det er hensiktsmessig å foreta det samme skille ved drøftelsen av strømming opp mot bestemmelsens vilkår. I del. 5 behandles vilkåret om fremstillingens formål, - den «lovlige bruken». Fokus er her lovgivers betraktning om at privat avspilling er tillatt uavhengig om materiale som overføres er ulovlig.

Først. I del 4. behandles kravene til den midlertidige fremstillingen. Spørsmålet er her hvilke lagringer som er «tilfeldig eller forbigående», om de utgjør en «integreert del av en teknisk prosess» og til slutt om eksemplar fremstillingen har økonomisk betydning.

Den overordnede problemstillingen under punkt, 4 er hvorvidt lovgivers subsumsjon av strømming av verk under vilkårene er i samsvar med direktivet og øvrige rettskildefaktorer.

---

<sup>43</sup> Ibid, avsnitt 59

<sup>44</sup> Ot.prp. nr 46. 2004/05 s. 16 og Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, 16 July 2009, avsnitt 55

## 4 KRAVENE TIL EKSEMPLARFREMSTILLINGEN ETTER § 11a

### 4.1 Vilkårene «tilfeldig eller forbigående» fremstilling av midlertidig eksemplar

Spørsmålet er hvilke lagringer som er «tilfeldig eller forbigående»?

Etter ordlyden fremstår de to vilkårene som alternative. Vilkårene «tilfeldig eller forbigående» må imidlertid generelt sees i sammenheng ettersom de gir anvisning på den samme vurderingen. Vilkårene må tolkes i lys av hensynet som begrunner avgrensingen i eneretten. Den midlertidige fremstillingen må etter dette være av en slik karakter at den ikke har økonomisk betydning for rettighetshaver jf. § 11, siste punktum, og må være underordnet den tekniske prosessen som er nødvendig for å muliggjøre lovlig bruk.

Ut ifra en naturlig forståelse av ordlyden indikerer de alternative vilkårene at lagringen ikke har relevans for rettighetshaveren. Altså, at lagringen enten er av såpass kort varighet – «forbigående» eller at lagringen oppstår «*tilfeldig*» på den måten at den ikke er aktivisert av brukeren, men oppstår av seg selv som et ledd i en større prosess. Slik lagring konkurrerer ikke med vanlig utnyttelse av opphavsrettslig regulert materiale og vil dermed ikke være av betydning for rettighetshaver.

Lovgiver forutsetter at strømming faller inn under unntaket i § 11a ettersom eksemplarene kun legger seg på RAM minnet<sup>45</sup>, men lagringene strømming forutsetter er ikke drøftet opp mot bestemmelsens første vilkår.

---

<sup>45</sup> Prop. 65 L(2012–2013) punkt 2,2

Spørsmålet er om lovgivers knappe subsumsjon av strømming som «tilfeldig eller forbigående» fremstilling jf. § 11a er i samsvar med ordlyd og direktivets intensjon?

#### 4.1.1 Utgjør strømming en «forbigående fremstilling» jf. § 11a

Både «tilfeldig og forbigående» peker på at lagringen potensielle varighet. Departementet tolker «forbigående» som at lagringen må være: «flyktig, ubestendig eller forgjengelig».<sup>46</sup>

Direktivet bruker begrepet «transient» om forbigående. I direktivets lovkommentar forklares vilkåret med at lagringen må være; *of particular short duration, such as several microseconds* og at den slettes automatisk “at the end of a working session”.<sup>47</sup>

I forlengelsen av dette uttaler Generaladvokaten at lagringen «(...) *at the same time disappears after arising*». <sup>48</sup> I saken ble lagringen av bildefiler som ble slettet etter 30 sekunder ansett for å være «transient». Generaladvokaten uttaler på denne bakgrunn at en handling kun kan kvalifisere som «transient» så langt dens eksistens er begrenset til å muliggjøre utførelsen av den tekniske prosess.<sup>49</sup>

Den tekniske prosessen kan igjen kun ha til formål å muliggjøre «lovlig bruk» jf. artikkel 5-1, annet ledd. Det forutsettes altså at lagringen automatisk slettes etter at denne målsettingen er oppfylt, altså når den lovlige avspilling av eksempelvis musikk, film eller serie er konsumert.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Ot.prp.2004/2005 nr 46 s.141

<sup>47</sup> Walter & Lewinsky (2010) s. 1025, avsnitt 11.5.16

<sup>48</sup> Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, generaladvokatens Uttalelse, (2009) avsnitt 81

<sup>49</sup> Ibid, 62

<sup>50</sup> Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, (2009), avsnitt. 64

#### 4.1.1.1 Slettes de midlertidige eksemplarene ved strømming automatisk etter bruk?

Spørsmålet er om de midlertidige lagringer som oppstår i forbindelse med strømming av opphavsrettslig regulert materiale automatisk slettes etter bruk?

Avspilling i form av strømming kan enten foregå som samtidig sending eller som en on demand tjeneste.

Ved strømming som kringkastes samtidig, for eksempel ved en sportssending, opphører de midlertidige lagringene så raskt sendingen er ferdig. Fremstillingen oppfyller således kriteriet om at lagringene slettes automatisk etter bruk.

Såkalt «on demand» strømming tilbyr opphavsrettslig regulert materiale som musikk, film og tv-serier. Ved slik bruk slettes ikke de midlertidige lagringene fra RAM minnet før programmet lukkes eller maskinen skrur av. Ved strømming av en film vil filmen ligge tilgjengelig på brukerens PC. En bruker kan altså starte strømming av en film, forlate PC-en og komme tilbake senere for å slippe buffringen.

Det finnes ingen holdepunkter hverken i direktivets eller i de norske forarbeidene for at bestemmelsen skal hjemle så intens utnyttelse av verk eller arbeider. Utgangspunktet er jo at rettighetshaver skal ha enerett over bruk av økonomisk relevans for ham.

Svenske forarbeid anser ikke de midlertidige lagringer som oppstår i forbindelse med overføring av verk for å ha økonomisk betydning for rettighetshaver, fordi «*t.ex en cachekopia i en natverksserver, finns kvar trots att den permanenta utspungskopian tagits bort från internet*»<sup>51</sup> Eksemplarene eksisterer altså ikke på egen hånd og kan derfor ikke utnyttes videre.

---

<sup>51</sup> Dag Mattson, Karnov lovkommentar til svenske forarbeider Prop. 2004/2005: 110 s. 384,

Det er klart at lagringene som skjer ved strømming ikke kan eksistere uten kilden for overføringen. Lagringene som ligger på RAM- minnet er ikke varig i den forstand at de kan utnyttes videre i strid med eneretten.

På bakgrunn av forarbeidenes beskrivelse kan det konkluderes med at lagringene som oppstår ved strømming er «forbigående» jf. § 11a.

#### 4.1.1.2 Brukerens påvirkning på eksemplarfremstillingen

I kommentaren til den svenske åndsverksloven uttales det at «fluktig» (forbigående) innebærer at kopiene fremstilles uten at internettleverandøren eller personen som anvender PC-en på noen måte «*kan påverka några omstendigheter med anknytning till kopiaan*»<sup>52</sup>

Strømmetjenester tilbyr som sagt en nokså intens form for utnyttelse av verk, hvor flere omstendigheter er påvirket av brukeren. Det er blant annet opp til brukeren når han vil strøme en film, hvor lenge den skal ligge på PC-en eller hvor mange ganger han har lyst til å høre en låt. Spørsmålet er om fremstillingen er for intens til å omfattes av unntaket?

I den svenske lovkommentaren presiseres det at også slike overføringer av verk omfattes av unntaket, men under forutsetning av at eksemplarene kan anses som tilfeldige.<sup>53</sup>

Vilkåret; «forbigående» må således sees i sammenheng med vilkåret om at det midlertidige eksemplaret er «tilfeldig» jf. § 11a og artikkel 5-1, «tilfeldig/incidental».

---

<sup>52</sup> Karnov lovkommentar til svenske forarbeider Prop. 2004/2005: 110 s. 384, Dag Mattson

<sup>53</sup> Karnov lovkommentar til svenske forarbeider Prop 2004/2005: 110 s. 384, Dag Mattson

#### 4.1.2 Innebærer strømming «Tilfeldig» eksemplarframstilling jf. § 11a?

I sin tolkning av direktivet legger forarbeidene til grunn at en «tilfeldig» framstilling peker på at eksemplaret må bære preg av å være vilkårlig.<sup>54</sup> Videre vises det til at framstillingen «samtidig i en viss grad også skal være uberegnelig, uforutsett eller utilsiktet».<sup>55</sup>

En naturlig forståelse av ordlyden til «uforutsett» eller «utilsiktet» ligger en antakelse om at lagringen skjer automatisk og ikke krever menneskelig forsett eller innblanding.

EU domstolen la også denne forståelsen til grunn i Infopaq 2009 og konkluderte med at reproduksjonshandlingen ikke kan være avhengig av menneskelig aktivering eller manuell handling<sup>56</sup>.

Domstolen tolket vilkåret i lys av rettighetshavernes rettsikkerhet og konkluderte med at reproduksjon basert på menneskelig skjønn lettere kan komme i konflikt med rettighetshavers interesser. På denne bakgrunn uttalte de at *«oppbevaringen og tilintetgjørelse av reproduksjonen ikke må være avhengig av et skjønn udøvet av en fysisk person, navnlig et skjønn udøvet av brukeren av de beskyttede verk.»*<sup>57</sup> Begrunnelsen for dette er at brukeren da kan utnytte verket i strid med eneretten, altså i større grad enn det unntaksbestemmelsen hjemler.

Lovforståelsen ser ut til å sikte til normal browsing; - surfing av nettet hvor midlertidige lagringer i cache -minnet oppstår uten at brukeren er det bevisst.

---

<sup>54</sup> Ot.prp.2004/2005 nr 46 s.141

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, avsnitt 62

<sup>57</sup> Ibid.



Av domstolens resonnement kan det utledes to kriterier for at en handling faller inn under vilkåret «tilfeldig» i art 5-1. For det første kan ikke oppbevaringen være avhengig av brukerens skjønn. For det andre må eksemplarene slettes automatisk, altså kan ikke slettingen være avhengig av brukeren.

Kravet gjelder for den som fremstiller eksemplaret jf. § 11a. I henhold til avhandlingens problemstilling blir personen som strømmer et verk objektet for vurderingen.

#### 4.1.2.1 Er strømming avhengig brukerens innblanding.

Spørsmålet blir dermed om strømming er betinget av manuelle handlinger fra brukerens side, og dermed at bruken ikke kan omfattes av unntaket i § 11a?

Domstolen uttaler at det er «oppbevaringen» av eksemplaret som ikke kan være forbundet med manuell handling. Isolert sett vil «oppbevaring» kun gjelde selve lagringen eller håndteringen av de midlertidige eksemplarene. Av EU- domstolens uttalelser i Premier-League dommen fremgår det at oppbevaringen av mellomlagringene er «*performed without influence, or even awareness, on the part of the persons thereby having access to the protected works*».<sup>58</sup>

Saken gjaldt overføring av direktesendte fotballkamper. Ved slike samtidige overføringer er altså ikke oppbevaringen av de midlertidige lagringene på RAM -minnet kontrollert av brukeren. Ved on-demand overføring kan derimot brukeren velge tidspunkt for overføringen, pause avspillingen ved behov. Slettingen eller «tilintetgjørelsen» av eksemplarene er således avhengig brukeren.

---

<sup>58</sup> C-403/08 - Football Association Premier League and Others, avsnitt 176

Bing og Rognstad uttrykker i sin presentasjon av emnet at det foreligger «*et grunnleggende krav til at eksemplarene ikke forutsetter manuell innblanding.*»<sup>59</sup>. Lagringen krever jo aktivering og sett i sammenheng med forarbeidenes uttalelser om at bruken ikke kan være *forutsett eller tilsiktet*<sup>60</sup> legges det til grunn at eksemplarframstillingen i seg selv ikke forutsetter menneskelig innblanding.

Både ved strømming i form av en samtidig kringkastingssending<sup>61</sup> eller som en avspilling på forespørsel er det klart at overføringen av musikk, serier og fotballkamp krever aktivering fra brukeren side, og aktiveres dermed etter «*skjønn av brukeren*».

Såpass intens bruk som strømming av totale verk innebærer kan dermed ikke falle inn under vilkåret «tilfeldig». Både fra tilbyderen og brukerens ståsted er dette bevisst utnyttelse av verk som både er forutsett og tilsiktet, og i mer en «*en viss grad*».

Drøftelsen viser at strømming, særlig på forespørsel ikke passer godt under rettskildenes beskrivelse av vilkårene «tilfeldig eller forbigående». Eksemplarene aktiveres etter brukerens behov og kan bli liggende på en PC i lenger tid enn kravet om «transient» etter direktivet forutsetter. Strømming kan etter dette neppe omtales som *uforutsett eller utilsiktet*,<sup>62</sup> hverken fra tilbyderen eller brukerens ståsted.

---

<sup>59</sup> Rognstad og Bing, Søkemotor i opphavsrettslig belysning, Samt Infopaq-dommen (C-5/08) premiss 62

<sup>60</sup> ot.prp. nr 46 2004/05 s.16

<sup>61</sup> Se definisjon under punkt 1,4,1

<sup>62</sup> Ot.prp. nr 46.2004/2005 s.141

4.1.2.2 Er den menneskelige innblandingen ved strømming relevant når overføringen uansett er ansett for å utgjøre «lovlig bruk»?

Vilkåret om at eksemplarene er «tilfeldig eller forbigående» må sees i sammenheng med den tekniske prosessen de er betinget å være en del av jf. § 11a, første ledd. Vilrårene vurderes derfor i stor grad om hverandre. Uttrykket «teknisk prosess» tilsier at prosessen foregår teknisk og automatisk, noe som innebærer at prosessen ikke er betinget av menneskelig innblanding.<sup>63</sup>

I henhold til delkonklusjonen ovenfor (punkt 4.1.2.1) kan den midlertidige eksemplarframstillingen som oppstår ved strømming beskrives som forsettlig og intens utnyttelse av materialet. Spørsmålet er om dette er relevant å ta i betraktning når overføringen prosessen har til formål å muliggjøre er «lovlig bruk»?

Domstolens anvendelse av vilrårene i Infopaq saken fra 2012, viser at unntaket for framstilling av midlertidige kopier likevel ikke skal tolkes strengt.<sup>64</sup> Det avgjørende spørsmålet var hvorvidt det var av betydning at de midlertidige reproduksjonshandlingene oppsto på et stadium av den tekniske prosessen som er en del av den *lovlige bruken* av materialet, noe som ble besvart bekreftende.

Domstolen kom til at vilrårene i artikkel 5-1 var oppfylt, til tross for at prosessen var betinget av menneskelig innblanding. Domstolen la til grunn at denne delen av prosessen kun var et ledd i den lovlige utarbeidelsen av et resymé, og trengte dermed ikke oppfylle unntakets betingelser.

---

<sup>63</sup> Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, avsnitt 64

<sup>64</sup> Sak C-302/10, Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening 17. januar 2012 ,

Saken gjaldt i denne omgang hvorvidt Infopaq ved å fortsatt anvende den tidligere fremgangsmåten, bortsett fra utdraget på 11 ord (som de ble dømt for), krenket direktivets artikkel 2. Prosessen Infopaq benyttet innebar manuell printing og scanning av artiklene før de ble lagt over på filer. Denne delen ble som sagt ansett for å være en del av den lovlige bruken. Denne delen hadde dermed heller ingen økonomisk betydning etter vilkåret i § 11a, tredje. Infopaqs økonomiske gevinst ble anslått til å ligge i anvendelsen av de ferdige resyméene, ikke i de midlertidige kopiene.<sup>65</sup>

Hvorvidt den lovlige bruken av strømming har en økonomisk verdi drøftes under punkt. 4,3. Spørsmålet blir videre om det er av betydning at strømming er betinget av brukerens handling. Avspillingen betraktes jo av lovgiver som et ledd i den *lovlige bruken* av de midlertidige eksemplarene, uavhengig av om bruken er tilsiktet og forutsett eller ikke.

Spørsmålet er uavklart ettersom strømming aldri er blitt prøvet opp mot vilkårene i artikkel 5-1 i noen domstol. Domstolens anvendelse av vilkårene i Infopaq-saken gir imidlertid artikkel 5-1 et nokså vidt omfang, noe som kan stride mot både direktivet og EU-domstolens tydelige uttalelser om at unntaket skal tolkes snevert og at rettighetshaverne skal ha et sterkt vern under direktivet.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Hentet fra resyme på Advokatfirma Thommesens nettside : monitor, Utgave 2 (01.01.2012 - 10.09.2012)

<sup>66</sup> (se. Punkt. 3.3.2)

## 4.2 «Integrert del av teknisk prosess» jf. § 11a, første ledd

De midlertidige lagringene må ikke gå utover det som er nødvendig for å fullføre den tekniske prosessen.<sup>67</sup>

Det fremgår av § 11a, første ledd at den midlertidige eksemplarfremstilling må *utgjøre en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess*. Vilkåret er det andre av de fire kumulative vilkårene i § 11a som må være oppfylt for at en midlertidig eksemplarfremstilling skal unntas fra eneretten etter § 2.

Spørsmålet er når de midlertidige eksemplarene «utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess».

Kriteriene henspiller både på de enkelte eksemplarene og på de relevante formålene disse muliggjør, som er angitt i § 11a, annet ledd, bokstav a og b. Eksemplarene må altså være en underordnet del av den tekniske prosessen, og som departementet uttrykker det må de midlertidige lagringene ha relevant tilknytning til sluttbruken.<sup>68</sup> Det vil si at prosessen ikke kan arbeide for noe annet enn å muliggjøre sluttbruken eller gjøre den mer effektiv.

Vilkåret forklares nærmere ut ifra de to kriteriene til prosessen, nemlig at de «utgjør en *integrert og vesentlig del* av den tekniske prosessen».

---

<sup>67</sup> Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, avsnitt 62

<sup>68</sup> Ot. Prp 04/05 nr. 46 s. 17

#### 4.2.1 Utgjør strømming en «Integrert og vesentlig del» av den tekniske prosessen?

Spørsmålet er hvorvidt de midlertidige lagringene som oppstår ved strømming av verk utgjør en «Integrert og vesentlig del» av den tekniske prosessen? Kriteriet må tolkes i lys av rettighetshaveres rettsikkerhet.

Eksemplarene må «utgjøre en integrert del» av prosessen. En naturlig forståelse av «integrert del» tilsier at eksemplarene ikke kan skilles fra hverandre og således ikke fungerer på egen hånd. Kriteriet om at fremstillingen ikke kan ha selvstendig økonomisk betydning støtter også opp under dette, idet eksemplaret som er fremstilt ikke skal kunne utnyttes videre på måter som er i strid med eneretten. Lagringene som oppstår ved strømming kan ikke fungere på egen hånd, noe de heller ikke gjør.

Videre må eksemplaret utgjøre en «vesentlig del» av den tekniske prosessen. En alminnelig forståelse av dette betyr at prosessen ikke fungerer uten de midlertidige eksemplarene. Dersom de midlertidige lagringene bare utgjør en liten del av prosessen, mens den øvrige delen er varige lagringer, vil hensynet bak unntaket vil falle bort, idet fremstillingen mister flyktigheten som begrunner unntaket fra eneretten.

Etter dette kan det slås fast at strømming kun består av midlertidige lagringer, og at disse ikke har noen funksjon hver for seg og oppfyller vilkårene til å utgjøre «Integrert og vesentlig del» av den tekniske prosess jf. § 11a.

### **4.3 § 11, a; «selvstendig økonomisk betydning»**

#### 4.3.1 Kort om vilkåret

Kravet fremgår av § 11a, første ledd, tredje punktum og omtales som bestemmelsens fjerde vilkår.

Når de tre øvrige vilkårene i § 11a er oppfylt, er eksemplarframstillingen unntatt fra eneretten, «med mindre den har selvstendig økonomisk betydning» jf. § 11a, siste setning.

Direktivet artikkel 5-1, tredje ledd anvender begrepet økonomisk «verdi», men den norske bestemmelsen skal gjenspeile artikkel 5-1, og tolkes derfor på denne bakgrunn. Vilkåret utgjør således et forbehold som må tolkes opp den midlertidige eksemplarframstillingen.

Spørsmålet er når en midlertidig fremstilling har « økonomisk betydning», når denne er «selvstendig» og hvem som er subjektet for denne vurderingen?

Eneretten omfatter alle handlinger av økonomisk betydning og subjektet for denne beskyttelsen er rettighetshaver. Vernet fremgår av vilkåret i § 11a og reflekterer tretrinnsstestens vern hjemlet i direktivets artikkel 5-5. Tretrinnsstesten innebærer at den midlertidige lagringen ikke kan true opphavsmannens «normale utnyttelse», herunder hans rett til å hente gevinsten av eget arbeid. Eneretten skal derfor omfatte de handlinger rettighetshaver kan regne med å utnytte.

Forarbeidene legger til grunn at kravet om manglende økonomisk betydning gjelder rettighetshaver, mellomledd, sluttbruker og andre.<sup>69</sup> Eneretten skal altså omfatte den «normale mulighet» til å hente økonomisk gevinst ut ifra alle disse leddene.

Det må imidlertid gjenkalles at bestemmelsen utgjør et unntak fra eneretten, hvor det bærende hensyn er å muliggjøre digital anvendelse av verk for brukerne.<sup>70</sup> Kravet avspeiler direktivets motiv om å bevare en rimelig balanse med hensyn til rettigheter og interesser mellom rettighetshavere og brukere.<sup>71</sup>

Spørsmålet blir videre hvorvidt strømming innebærer eksemplarfremstilling av «selvstendig økonomisk betydning» for rettighetshaver i strid med § 11a jf. artikkel 5-1.

#### 4.3.2 Objektet for vurderingen

Både direktivet og forarbeidene er knappe når det gjelder innholdet av vilkåret. EU-domstolen, både Infopaq og Premier League- dommen<sup>72</sup> gir nyttig veiledning for når en midlertidig reproduksjonshandling er av «selvstendig økonomisk verdi»

En alminnelig forståelse av vilkåret opp mot bruk i form av strømming, tilsier at avspilling av rettighetshavers verk er av sentral økonomisk betydning for hans del. Det er jo nettopp salg av sitt verk til brukerne han lever av.

---

<sup>69</sup> Ot.prp.. 2004-2005 nr 46 s. 17

<sup>70</sup> Ot.prp.. 2004-2005 nr 46 s. 17

<sup>71</sup> Direktiv 2001/29, Fortalen, punkt 31

<sup>72</sup> C-403/08 premier league and other vs. England, (04.10.2011)



Generaladvokaten viser imidlertid til at unntaksbestemmelsen jf. art 5-1 mister sin betydning dersom den økonomiske verdien kun vurderes opp mot rettighetshavers interesser.<sup>73</sup> Unntaket er jo hjemlet i allmenhetens rett til effektiv digital bruk

Også, ordlyden av vilkåret taler for en snevrere forståelse. Det fremgår av § 11a, som viser til at «den» må være uten «selvstendig økonomisk betydning». Det er altså selve eksemplarframstillingen kravet gjelder, ikke sluttbruken den jobber for å muliggjøre. EU-domstolen begrunner en slik forståelse i hensyn bak bestemmelsen.

EU-domstolen vurderte i Premier -League saken hvorvidt dekoderkort for å se sportssendinger i andre land var omfattet av unntaket i artikkel 5-1. Hensynet bak bestemmelsen ble fremhevet; *aim to make access to the protected works and their use possible*<sup>74</sup>. Formålet med bestemmelsen er jo nettopp å muliggjøre avspilling av beskyttet materiale. Disse verkene eller arbeidene er beskyttet av eneretten i § 2 fordi de har en økonomisk verdi, således innebærer tilgang også en verdi.<sup>75</sup>

For at de sentrale hensyn om effektiv digital bruk da ikke skal fratras sin virkning etter artikkel 5-1, uttrykkes det i Premier- League dommen at den økonomiske verdien avgrenses til å gjelde økonomiske fordeler generert utover den lovlige bruken av verket.<sup>76</sup> Etter domstolens forståelse tolkes derfor ikke verdien opp mot den sluttbruken, herunder den «lovlige bruken» av verket. Det er den «selvstendige» verdien av eksemplarframstillingen som er objekt for vurderingen.

---

<sup>73</sup> Generaladvokatens uttalelser, avsnitt 174, referer til; Study on the implementation and effect in member states of directive 2001/29/e

<sup>74</sup> Infopaq c-302/10, 2012, avsnitt 48

<sup>75</sup> Infopaqc-302/10, 2012, avsnitt 48,

<sup>76</sup> C-403/08 premier league and other vs. England, 04.10.2011, avsnitt 175

Spørsmålet blir videre hvorvidt de midlertidige lagringer strømming forutsetter kan ha økonomisk betydning utover å muliggjøre den lovlige avspillingen.

Strømming innebærer en buffring av flere midlertidige eksemplarer som til sammen utgjør en teknisk overføring av verket. De ulike eksemplarene som buffres etter hvert som de legger seg på minnet gir ikke noen mening hver for seg og har sånn sett ikke noen *selvstendig verdi*. Denne tekniske metoden som benyttes for å muliggjøre de midlertidige lagringene er som sagt av lovgiver uttrykkelig omfattet av § 11a, men forarbeidene sier ikke noe om deres økonomiske verdi.

Problemstillingen forutsetter en nærmere innføring i hva som ligger i «økonomisk verdi»

#### 4.3.3 Gir strømming fordeler utover den lovlige bruken av verket?

Generaladvokaten uttaler I forbindelse med tolkningen av vilkåret I infopaq- saken at *«economic significance means that the temporary act of reproduction must involve an economic advantage (...)»*<sup>77</sup> For eksempel kan fordelene innebære *“a profit or a reduction in costs(...)”*<sup>78</sup> Fortjeneste av verket er således handlinger rettighetshaver kan regne med å utnytte.

Lagringene kan altså ikke ha økonomisk verdi som medfører profitt eller reduksjon i kostnader for brukeren.

De midlertidige lagringene som muliggjør avspilling av verk medfører effektivitetsfordeler for den som spiller av verket. Effektiv bruk av verk er imidlertid et av motivene som begrunner unntaket for digitale mellomlagringer i § 11a.

---

<sup>77</sup> Infopaq. Case C-5/08 Opinion of advocate general Trstenjak., avsnitt 125

<sup>78</sup> Infopaq. Case C-5/08 Opinion of advocate general Trstenjak., avsnitt 125

I tilknytning til Infopaq- saken konkluderte generaladvokaten med «*it is not sufficient that the act of reproduction only contributes, in a general manner to making Infopaq more effecent*»<sup>79</sup> selv om det leder til økt profitt eller reduksjon i kostnader.

Generaladvokaten anser altså ikke effektivitetsfordeler som relevante idet de ikke har selvstendig økonomisk betydning. Han illustrerer videre at dersom eksemplarframstillingen skal ha selvstendig økonomisk betydning ville man vært avhengig av at Infopaq tok betaling for de scannede eksemplarene. Fordelen må altså ha manifestert seg<sup>80</sup>.

Kravet må sees i sammenheng med at lagringene er en del av en teknisk prosess. Dersom eksemplarene kan skilles fra denne prosessen er det det større sjanse for at disse kan utnyttes videre.

I premier league-saken uttrykkes vilkåret som et krav til at den verdien kan ikke gå ut over den økonomiske fordel som følger av «*the mere reception and visual display*» av en overføring av beskyttede materiale.

I saken ble det konkludert med at de midlertidige fremstillingene som gjennomføres i satellittdekoderens hukommelse og på tv – skjermen, «*utgjør en uatskillelig og ikke-selvstendig del*» av overføringsprosessen. Ettersom eksemplarene som utgjør overføringen ikke er varige, viser domstolen til at de midlertidige eksemplarene ikke kan genererer mulighet for ytterligere økonomiske fordeler.

Det samme hensynet gjelder ved strømming. Det vernede materialet som overføres lagres ikke varig og kan således ikke utnyttes videre. Brukeren får ikke noen fordel som

---

<sup>79</sup>Infopaq. Case C-5/08 Opinion of advocate general Tristenjak, avsnitt 128

<sup>80</sup> Ibid, avsnitt 126, siste setning

*manifesterer seg økonomisk.*<sup>81</sup> På dette grunnlag anses det som rimelig at handlingene ikke er omfattet av eneretten. Etter den domstolskapte vurderingen må det konkluderes med at de midlertidige lagringene ved strømming ikke har selvstendig økonomisk betydning.

Til tross for at fordelene ikke har *manifestert seg* etter generaladvokatens anvisning,<sup>82</sup> kan det anføres at brukeren får en fordel av å strømme et verk. *Ved å skaffe seg tilgang til film m.m på internett slipper man å kjøpe filmen eller leie filmen, og får således en fordel av andre har brutt åndsverksloven,* skriver Haukaas.<sup>83</sup>

Verdien av denne overføringen vurderes imidlertid ikke. Lovgiver anser den private avspillingen for å være *lovlig bruk*, og sluttbruken tas dermed ikke i betraktning så lenge den er *lovlig*.

#### 4.3.4 Blir rettighetsinteresser ivaretatt etter den domstolskapte vurderingen?

Domstolen vurderer ikke den økonomiske betydningen av sluttbruken. Så lenge de midlertidige lagringene jobber for å muliggjøre *lovlig bruk* er kravet til sluttbruken oppfylt. Hva som er lovlig angis av åndsverkslovens øvrige normer. Privat avspilling på brukerens PC er av lovgiver holdt utenfor eneretten uavhengig kilden.<sup>84</sup>

I Premier League-dommen legges det til grunn at selve overføringen utgjør *lovlig bruk*, men i saken ble heller ikke tilgjengeliggjøringen av fotballkampene ansett som ulovlig. Grunnlaget- eller kilden for bruken var således lovlig.

---

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> Infopaq. Case C-5/08 Opinion of advocate general Trstenjak, avsnitt 126

<sup>83</sup> Haukaas, 2010, s. 5, avsnitt 6

<sup>84</sup> Ot.prp. nr 46 2004/2005 s.17

Den norske bestemmelsen jf. § 11a regulerer ikke et krav til avspillingsgrunnlaget, slik at overføringer anses som *lovlig bruk* uavhengig av om kilden er lovlig. Når materialet er ulovlig tilgjengeliggjort, mister rettighetshaver muligheten til å utnytte den økonomiske betydningen av å tilby overføringen.

Spørsmålet er om ikke rettighetshavers interesser i for stor grad blir forbigått når den økonomiske verdien av eksemplarframstillingen vurderes isolert. Overføringen vil jo ha en verdi for rettighetshaver.

Det følger av forarbeidene at § 11a, siste punktum må vurderes opp mot tretrinnsstesten.<sup>85</sup> Når den økonomiske verdien av handlingene hjemlet i § 11a vurderes, må rettighetshavers økonomiske beføyelser over sitt verk stå sterkt. Unntaksbestemmelsen i artikkel 5-1 skal tolkes strengt og i lys av rettighetshavers rettsikkerhet, slik det er konstatert ovenfor<sup>86</sup>. EU-domstolen og generaladvokaten foretar imidlertid isolert vurdering av eksemplarframstillingen ut ifra verdien det kan ha for tilgjengeliggjøreren og brukeren. EU-domstolens uttalelser bygger på andre hensyn når grunnlaget for bruken i den konkrete saken er lovlig<sup>87</sup>. De prinsipielle uttalelsene kan dermed ikke få avgjørende betydning i henhold til spørsmålet om lovligheten av strømming.

Hensynet bak *lovlig bruk* i den private sfære får heller ikke gjennomslag når grunnlaget for bruken ikke er lovlig. Hver eneste husstand i Norge har en pc eller flere, og når alle disse lovlig kan se verk hjemmefra faller viljen for å betale for det samme verket bort.

---

<sup>85</sup> Ot.prp. nr.46 2004/2005 s. 141

<sup>86</sup> se punkt 3.3.2

<sup>87</sup> C-403/08 premier league and other vs. England, 04.10.2011

Den enkelte fremstillingen kan kanskje anses som forbigående og uten økonomisk verdi i seg selv, men når sluttproduktet er konsumpsjon av en hel film eller gjentatt strømming av en låt går intensiteten langt utover de hensyn som begrunner privat bruk.

Om en bare fokuserer på verdien av den enkelte eksemplar fremstilling, kan eneretten til midlertidige eksemplarer bli illusorisk. Eneretten etter § 2, gir rettighetshaverne beføyelser til å verne om sine interesser. Det er neppe hvorvidt enkelte deler av materiale lagres midlertidig eller varig på datamaskinen rettighetshaverne er interessert i å kontrollere. Deres interesse ligger i å hindre at filmen, serien eller sendingen blir sett.

Konklusjon blir etter dette at rettighetshavers interesser ikke blir ivaretatt når den økonomiske verdien av eksemplar fremstillingen vurderes isolert. Overføringen, herunder den *lovlige* sluttbruken vil ha en verdi for rettighetshaver og denne verdien blir oversett når kilden for bruken krenker rettighetshavers enerett.

Spørsmålet blir her hvorvidt strømming fra ulovlig kilde er i overensstemmelse med at rettighetshaver skal ha enerett til handlinger av økonomisk verdi. Vilkåret vedrørende fremstillingens økonomiske betydning<sup>88</sup> forsømmer verdien av sluttbruken. Overføringen, herunder sluttbruken må derfor vurderes opp mot tretrinnsstegen i punkt 6.<sup>89</sup>

Slik bestemmelsen tolkes i dag er det imidlertid klart at brukernes konsumpsjon av verket er ansett som *lovlige bruk* etter § 11a. Den videre fremstillingen tar for seg lovgivers forståelse av *lovlige bruk*, herunder den lovlige adgangen til å strømme fra ulovlig kilde.

---

<sup>88</sup> Åvl.§11a, siste punktum

<sup>89</sup> Ot.prp. nr.46 2004/2005 s. 141

## 5 «LOVLIG BRUK»

### 5.1 Innledning

Når digital bruk av rettighetsregulert materiale innebærer en *tilfeldig eller forbigående fremstilling* som utgjør en *integrert og vesentlig del av en teknisk prosess*, blir spørsmålet om prosessen « har til eneste formål å muliggjøre lovlig bruk» jf. § 11a, første ledd, bokstav a.

Norsk rett anser strømming som *lovlig bruk* på grunnlag av at avspilling i det private ikke er en opphavsrettslig relevant beføyelse etter § 2 og dermed er lovlig etter § 11a. I de seneste forarbeidene uttales det; *Den enkelte internetbruker som strømmer et verk til sin datamaskin, vil altså ikke begå et opphavsrettsbrudd selv om verket er gjort tilgjengelig for slik bruk uten opphavsmannens samtykke»*<sup>90</sup>

Det omstridte spørsmålet er om strømming fra ulovlig kilde også er *lovlig bruk* i henhold til direktivet og øvrige rettskilder?

Før lovgivers forståelse av lovlig bruk behandles nærmere, gis det i den følgende fremstillingen en kort innføring i de opphavsrettslige utgangspunktene for når bruk av verk og arbeider er *lovlig*.

---

<sup>90</sup> Prop. 65 L(2012–2013) punkt 2,2

## 5.2 Opphavsrettslige utgangspunkter for lovlig bruk av verk/nærstående rettigheter

### 5.2.1 Hovedregel er at opphavsmannen må samtykke til bruk jf. § 2

De fleste er fullstendig klar over at de må betale for å få adgang til å oppleve kulturelle goder som musikk og film. Det skjer ved å løse billett til en kinoforestilling eller en konsert, eller om du kjøper en CD eller DVD i butikken.

Ved nettbruk er imidlertid oppfatningen en helt annen. Mange mener at slikt materiale kan lastes ned eller strømmes helt gratis. Undersøkelser viser at 82 % av unge mellom 13 og 18 synes det er helt selvsagt å laste ned gratis musikk fra nettet. 62 % i samme aldersgruppe har den samme holdningen i forhold til nedlastning av film.<sup>91</sup> Departementet viser til disse undersøkelsene i 2005. Lovgiver støtter likevel opp under denne oppfatningen når de tillater strømming fra ulovlig kilde.

Det internasjonalt anerkjente utgangspunktet i opphavsretten er imidlertid at rettighetshaver har rådighet over sitt verk, og at vedkommende derved har krav på kompensasjon. Hovedregelen er derfor at inngrep i eneretten, dvs. ved kopiering av verket eller å tilgjengeliggjøre det til allmennheten jf. § 2, er betinget av samtykke.

Der materiale er lagt ut med rettighetshavers samtykke er bruk av dette lovlig. Også der verket er lagt ut på nettet av rettighetshaver uten tilgangssperre «*må i det minste innebære samtykke til browsing av verket*», skriver Rognstad.<sup>92</sup> Dette er imidlertid ikke sikker rett.

---

<sup>91</sup> Undersøkelser fra SAFT, ref. ot .prp nr 46 2004/2005, s. 33

<sup>92</sup> Rognstad, 2009 s. 155



Som behandlet i punkt 2.2.2 har det vært hevdet at eneretten til midlertidige fremstillinger jf. § 2 gjenspeiler en rett til å kontrollere andres tilgang til verket i en digital kontekst, en såkalt Access Control Right.<sup>93</sup> Rognstad fremhever at mye av poenget med å ha enerett til midlertidig eksemplarframstilling er å hindre tilgang til ulovlig materiale, noe oppgaven vil komme nærmere inn på.

### 5.2.2 Krav om produsentens samtykke for bruk jf. § 45

En film blir til på bakgrunn av flere skapende innsatser som har opphavsrettslig vern. Manusforfatter, regissør og skuespiller er blant dem disse. I realiteten overføres deres rettigheter til produsenten, slik at filmprodusenten kontrollerer bruk av selve opptaket. Filmens bidragsytere får dermed vederlag ved denne rettighetsovergangen. Produsenten er selvsagt avhengig av at disse kostnadene dekkes, ved at publikum betaler for å se den aktuelle filmen.

Produsentens eiendomsrett knytter seg til selve opptaket av film eller musikk. Beføyelsene er i stor grad like opphavsmannens enerett etter § 2, og etter § 45, fjerde ledd er § 2 gitt tilsvarende betydning. Utgangspunktet for *lovlig bruk* er dermed betinget av produsentens samtykke.

Det fremgår av direktivet artikkel 5-1, tredje ledd at bestemmelsen gjelder verk og arbeid.

Eneretten til lydopptak er imidlertid begrenset. Kopiering av opptaket og der opptaket er tilgjengelig på brukerens forespørsel vil bruken være underlagt produsentens enerett jf. § 45. Annen offentlig fremføring av opptaket er derimot underlagt en tvangslisens slik som

---

<sup>93</sup> Rognstad, 2009 s. 154

for opptak av utøvende kunstners prestasjoner jf. § 45b jf. 45, første ledd. Tvangslisenser innebærer at rettighetshaver ikke kan hindre bruken, men kun har vederlagsrett.

Både for opptak etter § 45 og § 45 b innebærer dette at offentlig fremføring som kringkasting, webcasting og strømming, som er overført på avsenders initiativ ikke er betinget av samtykke. Bruken er like fullt underlagt vederlagsplikt § 45b.<sup>94</sup> Radio og TV trenger eksempelvis ikke å innhente samtykke for hver sang de spiller, men må betale vederlag for bruken.<sup>95</sup>

Spesielt der direktesendte sportssending tilbys i form av strømming vil overføring skje på avsenders initiativ. Dette vil også være tilfellet der video og lydsnutter er embeddet på en nettside. Ved embedding hentes materiale fra et annet sted på nettet, men brukere opplever innholdet på siden de allerede er på. *Lovlig bruk* er i slike tilfeller betinget av at det er betalt vederlag for bruken.

Den vanligste formen for strømming skjer etter brukerens forespørsel, som ved avspilling av film og musikk. Utgangspunktet for lovlig bruk er da betinget av samtykke jf. § 45 og § 45 b.

*Lovlig bruk* er altså betinget av samtykke eller vederlag jf. § 45 og § 45 b.

### 5.2.3 Regelen om at bruk i den private sfære ikke er betinget av samtykke

Tilgjengeliggjøringsretten etter § 2 er begrenset til fremføring i det offentlige. Produsentens beføyelser etter § 45 er begrenset på samme måte.

---

<sup>94</sup> Jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 25

<sup>95</sup> Rieber – Mohn, Lovkommentar §45, Rettsdata.no

Når et eksemplar av et verk *fremføres eller vises* i det private rom jf. § 2, annet ledd er bruken således ikke betinget av samtykke. Det betyr at en privat person ikke må klarere eller betale for å spille av en CD i sitt eget hjem. Tanken bygger på at CD-en forutsettes jo å være betalt for i første omgang, og bruken er derfor ikke ansett for å skade rettighetshavers legitime interesser.

Bruk av verk innen den «private sfære» er holdt utenfor eneretten av flere hensyn. For det første avspeiler adgangen hensynet til *privat livets fred*.<sup>96</sup> For det andre vil en regulering av privat bruk være upraktisk. I forarbeidene til § 12 fra 1960 ble det uttrykt at den private kopieringsadgangen ikke vil; *virke som regulær økonomisk konkurranse med opphavsmennene*<sup>97</sup>. Konsekvensene av privat bruk er imidlertid en helt annen i dag, idet det finnes mulighetene til å fremstille perfekte kopier i et enormt omfang. For eksempel kan man strømme en film og få like god kvalitet på avspillingen som ved å se den på dvd.

Den private sfæren defineres imidlertid som mer omfattende enn bruk i egen husstand, slik dansk rett legger til grunn.<sup>98</sup> Etter Knophs maksime anses bruk for å ha privat karakter når den skjer »innenfor den forholdsvis snevre krets som familie, vennskaps eller omgangsbånd skaper». <sup>99</sup>

Som det fremgår av § 2, fjerde ledd «*regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst* » som fremføring. Digital avspilling av verk er altså ikke opphavsrettslig relevante handlinger, og bruken krever ikke samtykke. Avspilling av verk på PC utgjør en *privat fremføring* og denne handlingen er ikke i seg selv regulert som en relevant beføyelse med vern etter § 2.

---

<sup>96</sup> Rognstad, 2009, s. 229

<sup>97</sup> Innst.O.X1 (1960-61) s. 18, hentet fra Rognstad, 2009, s229

<sup>98</sup> Rognstad, 2009 s. 230

<sup>99</sup> Rognstad, 2009 s. 188

### 5.3 Dagens rettstilstand - Lovgivers forståelse av «lovlig bruk» jf. § 11a,

Utgangspunkt for lovlig bruk, herunder avspilling av opphavsrettslig regulert materiale er altså at det klareres med rettighetshaver eller at det betales vederlag for bruken.

Rettstilstanden i dag tillater imidlertid visse former for bruk, herunder strømming, til tross for at hverken samtykke er innhentet eller vederlag er betalt, hverken av den som har tilgjengeliggjort materiale eller den som spiller det av. Adgangen følger av unntaksbestemmelsen i § 11a.

#### 5.3.1 Forarbeidene om «lovlig bruk»

Unntaket i § 11a regulerer ikke kravene til sluttbruken av de midlertidige fremstillingene, utover at de må muliggjøre «lovlig bruk» jf. § 11a. Hva som er *lovlig bruk* avgjøres altså av rettslige normer utenfor selve bestemmelsen. Hvilke rettslige normer som kan vektlegges fremgår ikke av bestemmelsen, men må forstås på bakgrunn av forarbeidene og direktivet bestemmelsen gjennomfører<sup>100</sup>.

Innledningsvis uttaler departementet at lovlig bruk er betinget av samtykke eller at det i loven ikke eksisterer noe forbud mot den aktuelle bruk.<sup>101</sup> Forståelsen bygger på direktivets fortale, punkt 33 som anser bruk for lovlig «*når den er godkjent av rettighetshaver eller når den ikke er undergitt lovmessige restriksjoner*».<sup>102</sup> Forarbeidene viser til at fravær av lovforbud kan «*tilfredsstilles enten ved at forholdet ikke omfattes de*

---

<sup>100</sup> Direktivet 2001/29/EF

<sup>101</sup> Ot.prp.2004/05 nr. 46 s. 17

<sup>102</sup> Direktivet, 2001/29/EF, fortalen, punkt 33

*opphavsrettslige eneretter eller at det dekkes av en avgrensingsbestemmelse i åndsverksloven kap. 2.»*<sup>103</sup>

Departementet nevner eksplisitt av nettleasing og cache- lagringer er å anse som *lovlig bruk* i henhold til § 11a, bokstav a. Strømming er ikke konkret vurdert i forarbeidene til § 11a, men i forarbeidene til den foreslåtte lovendringen av februar 2013 legges det til grunn at strømming er en form for digital bruk som faller inn under unntaksbestemmelsen.

Resonnementet er at strømming innebærer avspilling i det private, og at det dermed ikke er underlagt rettighetshavers enerett jf. § 2. Det eksisterer altså ikke noe lovforbud mot bruken, og dermed utgjør den *lovlig bruk* jf. § 11 a.<sup>104</sup>

Også omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer for å muliggjøre privat avspilling er av lovgiver forutsatt å utgjøre *lovlig bruk*.<sup>105</sup>

Rettstilstanden i dag åpner altså for to nivåer av lovlig konsumpsjon av ulovlig utlagt materiale. Løsningen krenker rettighetshavernes rett til vederlag jf. § 2 og rettighetenes kan ikke håndheves fullt ut når brukernes avspilling er lovlig.

#### 5.3.1.1 Om grunnlaget for bruk etter åndsverksloven

Der materiale er lastet opp uten rettighetshavers samtykke eller ligger tilgjengelig som følge av at en kopi/tilgangssperre er blitt omgått vil selve grunnlaget for videre fremstilling være ulovlig jf. § 2.

---

<sup>103</sup> Ot.prp.04/05 nr. 46 s. 17

<sup>104</sup> Ot.prp.04/05 nr. 46 s.17

<sup>105</sup> Ot.prp.04/05 nr. 46 s. 17

Loven oppstiller ikke noen betingelse om lovlig grunnlag for privat fremføring jf. § 2. Heller ikke den midlertidige fremstilling etter § 11a krever lovlig grunnlag. Det er kun adgangen til privat kopiering som setter en slik betingelse jf. § 12, fjerde ledd. Lovgivers forståelse resulterer dermed i en lovlig adgang til å strøkke ulovlig utlagt materiale.

Dansk rett har oppstilt «lovlig grunnlag» som generelt kriterium for avgrensninger i eneretten og strømming på ulovlig grunnlag er dermed ikke tillatt.<sup>106</sup>

Både den tyske og den svenske innføringen av direktivets artikkel 5-1 er lik den norske og<sup>107</sup> inneholder heller ikke noe eksplisitt forbehold om lovlig grunnlag. En løsning foreslått i tysk rettslitteratur,<sup>108</sup> er at browsing/strømming fra ulovlige kilder er *lovlig bruk*, men ikke når mottakeren selv har foretatt en ulovlig handling for å få tilgang til verket, f.eks. ved urettmessig å bryte et teknisk beskyttelsestiltak. De norske lovforarbeidene går enda lenger når de positivt angir at nettløsing er lovlig bruk når det urettmessig er brutt med et teknisk beskyttelsestiltak.

## 5.4 Problemstillingen

Problemstillingen dreier seg om den lovlige adgang til å strøkke materiale på ulovlig grunnlag.

Spørsmålet er først om lovgiver har tolket innholdet av *lovlig bruk* etter direktivets Art. 5-1, bokstav b riktig?

---

<sup>106</sup> Ophavsretsloven § 11, tredje ledd-Danmark

<sup>107</sup> Malte Stieper, 2012 s. 12-17. s. 16

<sup>108</sup> Urheberrechtsgesetz, artikkel 44a

Deretter blir spørsmålet om direktivet forutsetter at det burde ha vært innført et krav om lovlig grunnlag for bruk etter § 11a.

## 5.5 Er lovgivers forståelse av «lovlig bruk» i samsvar med direktivet

En naturlig forståelse av *lovlig bruk* innebærer at både bruken og grunnlaget for den ikke er forbudt etter norsk rett. Det følger av direktivet at *lovlig bruk*, enten vil være bruk rettighetshaveren har samtykket til eller at bruken *ikke er undergitt lovmessige restriksjoner*.<sup>109</sup>

Avspillingen som skjer ved strømming forutsetter midlertidige eksemplarframstillinger, og disse er vernet av eneretten etter § 2, jf. Art. 2. Dersom materiale er tilgjengeliggjort i strid med eneretten jf. § 2 vil bruken av det være *undergitt en lovmessig restriksjon*, nemlig eneretten til midlertidige framstillinger. Slik blant andre Rognstad har forstått det, så innebærer eneretten til midlertidige framstillinger etter artikkel 2, rett til å hindre tilgang til ulovlig materiale.

Spørsmålet er om det er riktig å hjemle strømming som privat framføring jf. § 2, uavhengig om kilden er lovlig?

### 5.5.1 Riktig å hjemle *lovlig bruk* i § 2 som også forbyr den samme handlingen?

Departementet tolker direktivet slik at handlinger som ikke omfattes av de opphavsrettslige eneretter jf. § 2 utgjør *lovlig bruk*.<sup>110</sup> Ut ifra denne betraktingen legger de til grunn at all framføring i det private er lovlig bruk.

---

<sup>109</sup> EU-direktiv 2001/29, fortalet, punkt 33

<sup>110</sup> Ot.prp.04/05 nr. 46 s. 17

Problemet er at fremføringen av materiale i form av strømming er betinget av at det oppstår midlertidige lagringer. Behovet for å anvende unntaket i § 11a på nettleasing/strømming oppstår da som følge av at handlingen faller inn under eneretten til midlertidig eksemplarframstilling jf. § 2. Som Rognstad fremhever er det da «underlig at lovligheten av bruken begrunnes med at nettleasing også kan forklares som privat fremføring».<sup>111</sup> Lovforståelsen blir dermed noe forvirrende.

Loven er blitt kritisert for å fremstå som inkonsekvent og tvetydig ved å hjemle lovlig bruk i § 2 som også forbyr den samme handlingen, blant annet av Rognstad.<sup>112</sup>

Kritikken må sees i sammenheng med hvordan lovgiver har tolket *opphavsrettslig relevante beføyelser* ved innføringen av opphavsdirektivets vern av tekniske beskyttelsessystem jf. artikkel 6 i § 53 a.

#### 5.5.2 Lovgivers forståelse av konseptet «opphavsrettslig relevant beføyelse».

Kritikken retter seg mot hvordan departementet har tolket *opphavsrettslig relevante handlinger* som norm for *lovlig bruk* etter § 11a, annet ledd. Normen bygger på forståelsen av at lovgiver har gitt opphavsdirektivets vern av tekniske beskyttelsessystem jf. artikkel 6 i § 53 a.

Til innføringen av direktivets artikkel 6 presiserer departementet at systemer som hindrer privat fremføring ikke omfattes av forbudet mot omgåelse. Lovgiver begrunner standpunktet med at vernet etter § 53 a kun gjelder opphavsrettslig relevante beføyelser.

---

<sup>111</sup> Rognstad, 2009 s. 154

<sup>112</sup> Rognstad 2009, s. 155 og kap. 25



Ettersom privat fremføring ikke anses som en relevant beføyelse gjelder ikke vernet. Dette fremgår hverken av ordlyden etter § 53a eller direktivets ordlyd<sup>113</sup>.

Av artikkel 6 fremgår det derimot at beskyttelsen «skal hindre handlinger som rettighetshaver ikke har samtykket til».<sup>114</sup> Vernet etter § 53 a gjelder «beskyttelsessystem for å kontrollere *eksemplarfremstilling* og *tilgjengeliggjøring*.»

Med det samme direktivet er eksemplarfremstillingsretten utvidet til midlertidige eksemplarer jf. § 2, noe som tyder på at rettighetshaver har en rett til å kontrollere tilgang til verket i digital form. Ut ifra dette perspektivet er midlertidig fremstillinger av eksemplar faktisk en opphavsrettslig relevant beføyelse som hindrer tilgang til ulovlig materiale som forutsetter lagringer både etter § 11a og § 53.

Forarbeidene er imidlertid helt klare; omgåelse av tilgang- eller kopisperre for å muliggjøre strømming har ikke vern etter § 53 a og er dermed tillatt etter § 11a<sup>115</sup>. Departementet presiserer eksplisitt at unntaket i § 11a også gjelder i tilfeller hvor fremføring skjer etter at teknisk beskyttelsessystem er omgått.<sup>116</sup>

Rognstad anfører at departementet ikke har tolket direktivets vern av tekniske beskyttelsessystem jf. art. 6 riktig og dermed at forståelsen av lovlig bruk etter § 11a blir feil. Oppfatningen bygger på at lovgiver har forstått direktivet uriktig når de lar de *opphavsrettslig relevante beføyelser* bestemmes av unntak fra eneretten, herunder § 11a.

Både Rognstad og Rieber-Mohn hevder at konseptet *opphavsrettslig relevante handlinger* bestemmes ut ifra begrepene eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring for allmenheten,

---

<sup>113</sup> Ot.prp.04/05 nr. 46 s. 116

<sup>114</sup> EU direktiv 2001/29, art 6, punkt 3

<sup>115</sup> Ot.prp.04/05 nr. 46 s. 116

<sup>116</sup> Ot.prp.04/05 nr. 46 s. 17

ikke den nærmere avgrensingen av eneretten».<sup>117</sup> Når nettleasing innebærer midlertidig fremstilling er handlingen underlagt eneretten, mener de at det ikke er relevant å avgjøre lovligheten ut ifra unntaket i § 11a.

Departementet avgjør imidlertid lovligheten ut ifra at eksemplarframstillingen etter § 2 er avgrenset gjennom § 11a, og uttaler at «*eksemplar som oppstår i forbindelse med lovlig bruk av verket ikke vil være en opphavsrettslig relevant handling*»<sup>118</sup>

Rognstad hevder at denne forståelsen hverken er i samsvar med direktivets ordlyd eller intensjonen bak direktivet.

Han peker på at direktivets artikkel 6 legger opp til en vurdering ut ifra rettighetshavers beføyelser og ikke ut ifra den generelle avgrensingen i loven.<sup>119</sup> Rognstad uttrykker at eneretten til midlertidig eksemplarframstilling innebærer en tilgangskontrollrett. Slik kan rettighetshaver kontrollere brukernes tilgang til materiale i den digitale kontekst, og ikke bare andres tilgjengeliggjøring av det.<sup>120</sup>

*Lovlig bruk* etter § 11a, annet ledd vil etter denne oppfatningen være betinget av rettighetshavers samtykke eller at bruken er positivt hjemlet i avgrensingsbestemmelsene etter åvl. Kap. 2. Både strømming og omgåelse av tekniske beskyttelsessystem vil da være betinget av lovlig grunnlag.

---

<sup>117</sup> Rognstad, 2009 s. 381 og Rieber-Mohn, 2006, s. 327

<sup>118</sup> Ot.prp.04/05 nr. 46 s.116

<sup>119</sup> Rognstad, 2009 s.154

<sup>120</sup> Ibid.

Direktivets nevner ikke uttrykkelig at rettighetshaver generelt har en tilgangsrett etter § 2, men mye tyder likevel på at denne tolkningen ligger nærmest direktivets intensjon. Som det ble diskutert under punkt 2.2.2 har denne holdningen oppslutning fra flere hold.<sup>121</sup>

Spørsmålet blir videre om direktivets intensjon støtter opp under forståelsen av at lovlig bruk er betinget av lovlig grunnlag.

### 5.5.3 Direktivets intensjoner

Spørsmålet er om direktivets intensjoner taler for at all «lovlig bruk» skal tolkes ut ifra beføyelsene etter § 2 og at lovligheten av midlertidig kopiering dermed er betinget av at rettighetshaver har tillatt det.

Det fremgår av direktivets fortale, punkt 33 at cache -lagringer omfattes av unntaket i artikkel 5 og dermed ikke må klareres med rettighetshaver, noe som kan tale for at slik bruk er tillatt som sådan. De øvrige vilkårene i bestemmelsen viser imidlertid til at det kun er visse former for slik bruk som er tillatt. Lagringen må være «tilfeldig og forbigående» og rettighetshaver skal fremdeles ha enerett over handlinger av økonomisk betydning.

Videre gjennomgås hensyn nedfelt i direktivet og hvorvidt de taler for at intens bruk som strømming er betinget av lovlig grunnlag for å omfattes av artikkel 5-1, bokstav b.

#### 5.5.3.1 Formål om en teknologinøytral lov

Direktivet søker å tilpasse opphavsretten digital bruk og ønsker å oppnå en teknologinøytral lov. Direktivet søker å balansere hensyn og interesser mellom

---

<sup>121</sup> Se bla: Alai konferansen

rettighetshaver og allmenheten, herunder muliggjøre privat bruk. Reguleringen skal således tilpasses begge disse partene.

Hensikten bak avgrensingen av eneretten etter artikkel 5-1 er at «eneretten ikke er til hinder for at globale nettverk skal fungere effektivt og at lovlig bruk av verk og arbeider skal være mulig.»<sup>122</sup>

For å muliggjøre nettlensing og hindre en upraktisk regulering er dermed de midlertidige lagringene som oppstår ved slik bruk unntatt fra eneretten jf. artikkel 5-1.

Videre skal privat fremføring være unntatt i digital form på samme måte som det er analogt eller live. Loven virker dermed teknologinøytral ovenfor brukeren idet verk også kan utnyttes digitalt. Ut ifra denne betraktningen legger forarbeidene til grunn at nettlensing, herunder strømming er tillatt.

#### 5.5.3.2 Hensynet til å ivareta et teknologinøytralt vern for rettighetshaver

En teknologinøytral regulering for rettighetshaver innebærer at eneretten er like godt vernet digitalt som analogt og direktivet er tydelige i sin hensikt om å forsterke eneretten ved digital bruk.<sup>123</sup>

Det fremgår av direktivets fortale punkt 5, at direktivet har til formål å sikre at rettighetshavernes beføyelser er tilpasset den teknologiske utviklingen og at regelverket må tilrettelegges nye former for utnyttelse<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Ot.prp.04/05 nr. 46 s. 116

<sup>123</sup> EFdirektivet -2001/29, fortalen punkt 3. punkt 44, artikkel 5-5

<sup>124</sup> Ibid, fortalen punkt 5

Strømming er en relativ ny måte å konsumere verk på. Lovgiver redegjør ikke for hvordan denne formen berører rettighetshaver når avspillingsgrunnlaget for bruken er ulovlig. Da nedlastning utgjorde den hyppigste formen for ulovlig konsumpsjon av verk ble dette tatt hensyn til. Lovgiver innførte derfor et krav om lovlig grunnlag for bruken etter § 12 som den gang på ansett for å gi en for vid adgang til fri bruk.

Resultatet av nedlastning og strømming på ulovlig grunnlag er imidlertid det samme i form av at materiale blir konsumert uten at rettighetshaverne får vederlag for bruken. Forskjellen mellom nedlastning og strømming ligger i teknikken. Vernet er således ikke teknologinøytralt ovenfor rettighetshaver, når utnyttelse av materiale som krenker deres interesser skjer i lovlige former.

Ved strømming anser lovgiver privat fremføring for å være *lovlig bruk*, uavhengig grunnlaget. Der den private fremføringen er muliggjort som følge av en nedlastning er imidlertid bruken kun lovlig dersom grunnlaget også er det. Lovgivers argumentasjon er således ikke helt konsekvent.

Intensjonen om et teknologinøytralt vern kan ikke sies å være ivaretatt ved en slik forståelse av *lovlig bruk*.

#### 5.5.4 Hensynet til vern av den intellektuelle eiendomsrett

I fortalens punkt 3. fremheves den intellektuelle eiendomsrett som et av de grunnleggende prinsipper som skal styrkes ved direktivets gjennomføring. Prinsippet og hensynet bak den individuelle eiendomsrett begrunner eneretten i § 2 jf. artikkel 2. Med andre ord; rettighetshavers rett til å kontrollere og utnytte rådigheten over verket han selv har skapt eller produsert.

Det fremgår av 4, 6 og 21 punkt i direktivets fortale at vilkårene etter artikkel 5-1 skal tolkes i lys av å sikre en beskyttelse av rettighetshavernes verk og arbeid.<sup>125</sup> I tillegg gjennomfører direktivet en utvidelse av eneretten til midlertidige reproduksjonshandlinger jf. artikkel 2.

Det følger av rettferdighets- og rimelighetssynspunkt at det er rettighetshaver som skal høster fruktene av arbeidet som ligger til grunn.<sup>126</sup> Det økonomiske aspektet ved den intellektuelle eiendomsretten utgjør grunnsteinen for vern etter de internasjonale forpliktelsene, og er også beskyttet etter tretrinnssteden nedfelt i direktivet art 5-5.

Om hensikten bak § 11a er å sikre *lovlig bruk av verk og arbeider*<sup>127</sup>, bør innholdet av lovlig bruk samsvare med eneretten jf. § 2 og de hensyn som begrunner unntak fra denne.<sup>128</sup> En naturlig forståelse av *lovlig bruk* tilsier at også grunnlaget for handlingen er lovlig. På denne måten krenkes ikke eneretten mer enn det hensynet bak privat bruk tilsier.

*Lovlig bruk* bør derfor ikke omfatte handlinger som samtidig strider mot prinsippet om den intellektuelle eiendomsrett.

---

<sup>125</sup> Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening , 12.09.2009, avsnitt 59.

<sup>126</sup> Rognstad, 2009, s. 31

<sup>127</sup> Ot.prp.2004/05 nr. 46 s. 140

#### 5.5.4.1 Innebærer hensyn bak eneretten at det må innfortolkes en tilgangskontroll etter § 2?

Teorien om at eneretten til midlertidige kopier jf. § 2 innebærer en tilgangskontroll, støttes av det grunnleggende formålet om å sikre rettighetshavers eiendomsrett. Resonnementet er at digital bruk i form av strømming i utgangspunktet er omfattet av eneretten jf. § 2, og dersom bestemmelser som avgrenser rådighetsretten under forutsetning av *lovlig bruk* skal gjøres gjeldende må rettighetshaver ha gitt tilgang til bruken. På denne måten tolkes *lovlig bruk* ut ifra hensyn til den intellektuelle eiendomsrett, slik intensjonen bak direktivet tilsier

Dersom rettighetshaver ikke kan kontrollere bruken i en digital kontekst vil eneretten til midlertidige eksemplarer være illusorisk.

Artikkel 5-1 kan også tas til inntekt for at en tilgangskontrollrett følger av direktivet. Det fremgår av direktivets artikkel 5-1 at eneretten omfatter alle handlinger av økonomisk betydning. Eiendomsretten innebærer jo at rettighetshaver kan utnytte verket til sin fordel og belønnes for sitt arbeid.

Lovgiver går imidlertid langt i å motarbeide en slik rett. Ikke bare angir de at strømming er lovlig på ulovlig grunnlag, men de postulerer at tilgangen er lovlig selv når det er brutt med et teknisk beskyttelsessystem.

Drøftelsen viser imidlertid at motivene bak direktivets regulering taler for at *lovlig bruk* skal forstås på bakgrunn av de grunnleggende prinsippene som begrunner eneretten. Privat fremføring er etter denne betraktningen betinget av at rettighetshaver har samtykket til det, ettersom digitale verksutnyttelse er omfattet av § 2, og lovlig bruk kan ikke da hjemles i samme bestemmelsen.

### 5.5.5 EU-domstolens praksis om «lovlig bruk»

Tolkningen ovenfor taler for at poenget med enerett til midlertidige eksemplarframstilling er å hindre tilgang til ulovlig materiale. Men praksis fra EU-domstolen, ikke minst Premier League-dommen, kan tyde på at *lovlig bruk* også henspiller på handlinger etter "§ 2".

I dommen står det; *the mere reception as such of those broadcasts – that is to say, the picking up of the broadcasts and their visual display – in private circles does not reveal an act restricted by European Union legislation (..) , and that act is therefore lawful.*<sup>129</sup>

Det legges altså til grunn at overføring til privat bruk ikke er opphavsrettslig regulert og er *lovlig bruk* i henhold til artikkel 5-1. I saken ble grunnlaget for overføringene, altså dekoderkortene konkludert med å være lovlig tilgjengeliggjøring. De samme hensyn gjør seg dermed ikke gjeldende som ved strømming av materiale som krenker rettighetshavers interesser.

Selv om Premier- League-dommen gjaldt et tilfelle der kilden var lovlig, støtter den likevel synspunktet om at "privat fremføring" er lovlig bruk. En naturlig konsekvens kan i så fall være at bruken er lovlig selv om kilden ikke er det.

Samtidig støtter uttalelser i Infopaq-dommen opp under utgangspunktet om at rettighetshavers samtykke er påkrevd for *lovlig bruk* etter § 11a. I avsnitt 9 i dommen forutsettes det at *«lawful use of work within the meaning of article 5-1 covers any form of use of a work which does not require the copyrightholderes consent»*<sup>130</sup>. *Any form of use* omfatter da etter en naturlig forståelse også at tilgang til verk ved midlertidig fremstilling krever samtykke jf. § 2.

---

<sup>129</sup> C-403/08 - Football Association Premier League and Others, 4 October 2011, avsnitt 176

<sup>130</sup> Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening  
Judgment of the Court, punkt 9.



Hva som er den riktige tolkning av *lovlig bruk* er som sagt uavklart før EU-domstolen tar uttrykkelig stilling til om *lovlig bruk* også omfatter strømming fra ulovlige kilder.

#### 5.5.6 Delkonklusjon og den videre fremstilling

Drøftelsen ovenfor taler for at *lovlig bruk* skal forstås på bakgrunn av rettighetshavers berettigelse til å kontrollere tilgang til sitt verk. Dessuten at privat fremføring ikke lovlig med mindre det er samtykket til det. Det fremgår også at lovgiver ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til direktivets intensjoner om en sterk og teknologinøytral enerett ved tolkningen av *lovlig bruk*.

EU-domstolens praksis trekker i retning av at privat fremføring holdes utenfor eneretten, men overføringen i saken skjedde på lovlig grunnlag. Forarbeidene er imidlertid klare når de uttrykker at privat fremføring er *lovlig bruk*, uansett grunnlag. Spørsmålet er om det burde ha vært oppstilt et krav til at også grunnlaget for den «lovlige bruken» jf. § 11a ikke krenket eneretten?

## 5.6 Er § 11a gjennomført i samsvar med direktivet når det ikke er oppstilt et krav om lovlig kopieringsgrunnlag?

Spørsmålet er om lovgiver har forstått direktivets artikkel 5-1 riktig når avgrensingsbestemmelsen i § 11a tillater så intens utnyttelse av verk og krenkelse av rettighetshavers eiendomsrett, som strømming medfører når det skjer på ulovlig grunnlag.

Av direktivet fremgår det ikke noe direkte krav om lovlig grunnlag for bruk etter artikkel 5-1, men etter artikkel 5-5 forutsettes det at innføring av hjemler, som avgrenser eneretten, ikke hjemler urimelig utnyttelse etter tretrinnsstestens krav.

Spørsmålet blir først om direktivet forutsetter at det oppstilles krav om lovlig grunnlag for den midlertidige eksemplarframstillingen etter § 11a?

Hverken norsk, svensk eller tysk<sup>131</sup> rett har innført et slikt kriterium for lovlig bruk. Den norske og den tyske versjonen av artikkel 5-1 utgjør nokså ordrette gjennomføringer. I svensk rett er betingelsene for lovlig bruk presisert i lovteksten, men reflekter de samme kriterier som etter norsk rett, hvor *lovlig bruk* enten er bruk rettighetshaver har samtykket til- eller som er lovlig på annen måte.

Dansk rett har imidlertid oppstilt «lovlig grunnlag» som et generelt kriterium i § 11, tredje ledd.<sup>132</sup> Kravet gjelder ikke bare for de midlertidige kopier, men for alle avgrensingsreglene i den danske åndsverksloven kapitel 2.

---

<sup>131</sup> Urheberrechtsgesetz, artikkel 44a

<sup>132</sup> Ophavsretsloven § 11, tredje ledd-Danmark

Rognstad mener at et så generelt krav neppe er i samsvar med EU-direktivet<sup>133</sup>, og uttrykker at «*det ikke er rom for å gi supplerende vern for midlertidige kopier enn det som følger av direktivet,*». Han presiserer at det i hvert fall er å gå for langt å kreve lovlig kilde for at internettleverandørene og andre mellommenn, som lagrer midlertidige skal være lovlig på samme måte som dansk rett gjør. Kritikken retter seg hovedsakelig mot ansvarliggjøringen av nettleverandørene ved et slikt forbehold.<sup>134</sup> Et lovlig grunnlag for bruk etter § 11a ville imidlertid ikke påvirke slike mellommenn ettersom deres virksomhet er gjort ansvarsfri uavhengig av om bruken er lovlig jf. § 11a, bokstav b og e-handelsloven.<sup>135</sup>

Et tilsvarende tillegg i § 11, tredje ledd var foreslått i den norske åndsverksloven ved lovendringen i 2005.<sup>136</sup> Både justisdepartementet samt flere av rettighetsorganisasjonene støttet forslaget, men implikasjonene ved et så generelt forbehold førte til at tillegget ble utelatt.

Departementet utelot et krav om lovlig grunnlag av flere grunner. Blant annet fordi det er vanskelig for brukerne å skille mellom lovlig og ulovlig innhold. For mange kategorier verk, som er tilgjengelig i digital form, er det vanskelig for brukeren å vite om det dreier seg om et lovlig eksemplar eller ikke.<sup>137</sup> Det er vanskelig å ha oversikt over innholdet ved ren surfing av nettet, og hensikten bak bestemmelsen er jo nettopp å muliggjøre slik bruk jf. § 11a.<sup>138</sup> Det ble også fremhevet at et slikt forbehold vil være vanskelig å håndheve fullt ut, og at det vil kunne stride med yringsfriheten.

---

<sup>133</sup> Rognstad , 2009 s 411, fotnote 1241

<sup>134</sup> Rognstad, 2009, s.411

<sup>135</sup> E-handelsloven, 23.05.2003

<sup>136</sup> Ot prp. Nr 46.2004/2005 s. 30

<sup>137</sup> Ibid. s.32

<sup>138</sup> Ot.prp.04/05 nr. 46 s. 140

De fleste organisasjonene var imidlertid enige om at det burde være forbudt å dra nytte av andres lovbrudd, også på det opphavsrettslige området.<sup>139</sup> Justisdepartementet presiserer at generelt «*må det antas at det også vil være i samsvar med ytringsfriheten å forby eksemplarframstilling som er i konflikt med opphavsmannens normale utnyttelse av verket og, eller som er til urimelig skade for opphavsmannen*».<sup>140</sup>

Selv IKT -Norge som til vanlig er negative til enhver form for regulering av internett stiller seg positive. Samtidig som de peker på mulige negative konsekvenser, som f.eks personvern<sup>141</sup> Det presiseres imidlertid at «*betydningen av bestemmelsen ikke først og fremst er å forfølge de enkeltpersoner som kopierer sporadisk fra ulovlig grunnlag*»<sup>142</sup> Med et slikt krav vil mellommennene som organiserer den omfattende utnyttelse, kunne rammes av et selvstendig ansvar eller medvirkningsansvar jf. åvl. § 54.

Det ble, som man vet, ikke innført noe krav om lovlig grunnlag, og det er usikkert om et så generelt tillegg, som var foreslått, vil være i samsvar med direktivet. Organisasjonenes høringsuttalelser og direktivets intensjoner støtter likevel klart opp under innføringen av et krav om lovlig grunnlag for § 11a, bokstav a.

Det fremgår ikke av direktivets ordlyd at det må oppstilles et eksplisitt krav til grunnlaget jf. artikkel 5-1, bokstav b. Løsningen må i så fall bero på tolkningen av *lovlig bruk*, og fremstillingen viser at en forståelse, hvor *lovlig bruk* også omfatter grunnlaget ligger nærmest direktivets intensjon. Forarbeidene er imidlertid klare i sin oppfatning av hvordan loven skal forstås; Privat fremføring er tillatt uansett grunnlaget for den digitale avspillingen.

---

<sup>139</sup> Ot.prp.2004/05 nr 46 s.32

<sup>140</sup> Ibid. s.30.

<sup>141</sup> Ibid. s.33

<sup>142</sup> Ibid, Uttalelse fra Norwaco s. 31

I den videre fremstillingen prøves lovligheten av strømming etter § 11a opp mot tretrinnsstesten. Spørsmålet er om den frie adgangen til strømming av opphavsrettslig regulert materiale utgjør en urimelig utnyttelse av rettighetshaver.

## **6 TRETRINNSTESTEN**

### **Lovgivers forståelse av § 11a opp mot tretrinnsstesten**

Tretrinnsstesten er utformet for å beskytte rettighetshaver mot urimelig utnyttelse av hans eiendom.

I Infopaq-dommen legges det til grunn at reproduksjonshandlinger som oppfyller kravene etter artikkel 5-1, da også oppfyller tretrinnsstestens krav etter artikkel 5-5.<sup>143</sup>

Gjennomgangen av bestemmelsens fjerde vilkår under punkt 4, 3,4. viser imidlertid at rettighetshaverens interesser ikke blir ivaretatt slik tretrinnsstesten krever. Etter EU-domstolens praksis blir den økonomiske verdien kun vurdert opp imot den tekniske delen av eksemplarframstillingen, og ettersom midlertidige lagringer ikke kan utnyttes videre, er det lagt til grunn at disse ikke har en selvstendig verdi omfattet av eneretten.<sup>144</sup> Tolkningen er basert på EU-domstolens praksis hvor grunnlaget for bruken i de konkrete sakene ikke krenket eneretten, og de samme hensyn gjør seg dermed ikke gjeldende.

Etter denne vurderingen blir det ikke tatt hensyn til at avspillingen også kan ha økonomisk betydning, særlig når grunnlaget for den er ulovlig. Sluttbruken må derfor vurderes opp mot tretrinnsstesten.

---

<sup>143</sup> Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, avsnitt 56

<sup>144</sup> C-403/08 - Football Association Premier League and Others, 4 October 2011

Spørsmålet er om åvl. § 11 a strider mot de internasjonale forpliktelsene tretrinnsatesten oppstiller, når det i norsk rett hverken er oppstilt- eller innfortolket et vilkår om lovlig grunnlag for den *lovlige bruk* jf. § 11a, bokstav a.

Problemstillingen drøftes ut ifra den forståelse lovgiver har gitt unntaket i § 11a, både med hensyn til tolkningen av cache-lagringer/strømming opp mot vilkåret; *tilfeldig og forbigående* og av *lovlig bruk*, opp imot tretrinnsatestens krav.

## 6.1 Kort om tretrinnsatesten

Tretrinnsatesten er et internasjonalt anerkjent prinsipp for å beskytte immaterielle rettigheter. Testen begrenser statenes handlingsrom ved utformingen av nasjonal rett slik at det bare er avgrensninger som tilfredsstillende kravene i testen som er tillatt. Nasjonale regler som avgrenser rettighetshavers beføyelser må etter testen reflektere en balanse mellom de motstridende hensyn og interesser, og hindre urimelig utnyttelse.

Testen har en konvensjonsrettslig bakgrunn. Prinsippet stammer fra Bernkonvensjonen artikkel 9-2, men fremkommer av det øvrige internasjonale regelverket. I TRIPS-avtalen under WTO og i WCT fremgår det at tretrinnsatesten gjelder som betingelse for alle unntak fra opphavsretten. Dvs. at testen omfatter alle unntak fra eksemplarfremstillings og tilgjengeliggjøringsretten under § 2. Testen er også gjort gjeldende i en WIPO traktat for visse nærstående rettigheter.<sup>145</sup>

Ikke minst har opphavsdirektivet inntatt tretrinnsatesten i art 5-5. Bestemmelsen legger således føringer på alle unntak som direktivet i utgangspunktet hjemler. Selv unntak som følger av direktivet må prøves mot tretrinnsatesten. Departementet uttaler selv at tretrinnsatesten i dag utgjør «*en internasjonalt anerkjent ramme for nasjonal handlefrihet*

---

<sup>145</sup> Ot.prp. nr 46, 2004/2005 s. 29

*når det gjelder adgangen til å gjøre unntak fra eneretten og lovgiver er dermed bundet av testens krav.»<sup>146</sup>*

I direktivets fortale, punkt 44 er det i tillegg presisert at statene spesielt må ta hensyn til at nye digitale utnyttingsmåter kan innebære at tradisjonelt aksepterte unntak vil være for vidtgående.

Tretrinns-testen trekker opp føringer både for implementering og forståelse av direktivet. Testen oppstiller tre kumulative vilkår som krever at avgrensning av eneretten;

- Den må være avgrenset til særlige tilfeller ("certain special cases"<sup>147</sup>);
- ikke skade den normale verksutnyttelsen ("not conflict with a normal exploitation of the work"); og
- ikke urimelig tilsidesette rettighetshaverens legitime interesser ("not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author")

## **6.2 Første trinnet-avgrensinger kan kun skje i særlige tilfeller**

Det første trinnet sier at avgrensninger av opphavsmannens enerett kun kan gjelde i visse særlige tilfeller ("certain special cases"). WTO har tolket vilkåret som at regelen må være klart definert ("clearly defined") og ha et snevert anvendelsesområde ("narrow in its scope and reach").<sup>148</sup>

Det er imidlertid i senere tid gitt uttrykk for en mykere tilnærming hvor det ikke stilles krav til regelens anvendelsesområdet, men at det første trinnet kun stiller krav til at regelens

---

<sup>146</sup> Ot.prp nr 46 2004/2005, punkt 3.4

<sup>147</sup> Bernkonvensjonen artikkel 9-2

<sup>148</sup> WTO Panel (2000): United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, pkt. 6.108 og pkt. 6.

rekkevidde. Vilkåret skal således ikke hindre”*legislatures from introducing open ended limitations and exceptions, so long as the scope of such limitations and exceptions is reasonably foreseeable*”<sup>149</sup> .

Regelens rekkevidde må ikke være snever, men må altså være rimelig forutsigbart. Direktivets fortale uttrykker også at «legal certainty», - forutberegnelighet, er viktig for å sikre «a high level of protection»<sup>150</sup> Om en regel er forutsigbar henger nøye sammen med hvorvidt den er *klart definert*, som også kreves av det første trinnet.

Spørsmålet er om en regel som tillater så intens bruk som strømming på ulovlig grunnlag oppfyller testens krav til å være rimelig forutsigbart?

### 6.2.1 Første trinn opp mot forståelsen av *lovlig bruk*

Spørsmålet er om lovgivers forståelse av *lovlig bruk* jf. § 11a er klar og tydelig nok og om rekkevidden unntaket er gitt er *forutsigbart*?

I begrepet forutsigbart ligger en antakelse om at endringen kan forutses. For at noe skal kunne forutses må det også bygge på de samme hensyn og interesser reglene på det aktuelle rettsområdet er bærer av.<sup>151</sup>

Åndsverksloven § 11a er på bakgrunn av art 5-1 innført for å muliggjøre lovlig bruk av opphavsrettslig regulert materiale i digital form. Ettersom unntaket ikke krever at bruken skjer på lovlig grunnlag har gjennomføringen av § 11a gitt incentiv til ulovlig tilrettelegging for strømmingstjenester i et svært stort omfang. Både Justisdepartementet og

---

<sup>149</sup> Geiger/Hilty/Griffiths/Suthersanen (2008) s. 711 (erklæringen pkt 3(a))

<sup>150</sup> EU-direktiv 2001/29, fortalen, punkt 4

<sup>151</sup> Store Norske leksikon om *forutsigbarhet I et demokrati*



de andre rettighetsorganisasjonene er enige om at det burde være forbudt å dra nytte av andres lovbrudd.<sup>152</sup> Hensynet til fri bruk i det private rom begrunner ikke gratis tilgang til film og musikk. Rekkevidden av unntaket gir grunnlag for vidtgående interessekrenkelser som strider mot de hensyn og interesser opphavsretten er bærer av, og unntaket kan således umulig sies å være forutsigbart.

Det første trinnet stiller også krav til at unntaket er «clearly defined»<sup>153</sup> I direktivets fortale, punkt 44, presiseres det at lovgiver spesielt må ta hensyn til de økonomiske følger digital utnyttelse medfører.

For det første er det klart at lovgiver ikke har drøftet de økonomiske implikasjonene unntaket medfører for rettighetshaverne. For det andre viser drøftelsen under punkt 5.5.1 at tolkningen bak innholdet av *lovlig bruk* er uklar. Dette bygger på oppfatningen om at det er tvilsomt om lovgivers forståelse av opphavsrettslige relevante beføyelser ut ifra dets avgrensning er i samsvar med direktivet.

Konklusjonen blir dermed at unntaket i § 11a ikke står seg mot tretrinnsstestens krav til at unntak kun kan skje i *særlige tilfeller* jf. artikkel 5-5

Med henvisning til punkt 4.1 kan det også kort konkluderes med at lovgivers forståelse av strømming som en *tilfeldig og forbigående* fremstilling fremstår som uklar og lite forutsigbar.

---

<sup>152</sup> Ot.prp nr 46 2004/05. s.32

<sup>153</sup> WTO Panel (2000): United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, pkt. 6.108 og pkt. 6

### 6.3 Andre trinnet-ikke å konkurrere med normal utnyttelse

Det andre trinnet stiller krav til at regelen ikke konkurrerer med rettighetshavers normale utnyttelse av verket. Thomas Rieber – Mohn gjennomgår tretrinnsstegen i sin doktoravhandling om digital bruk. Han legger her til grunn at begrepet *normal verksutnyttelse* etter en naturlig forståelse innebærer to vurderingstema: (...) *den anvendte utnyttelsesformen og [...]den bruken utnyttelsen gjelder.*<sup>154</sup>

Vurderingen må ta utgangspunkt i hva som anses som normalt ut ifra en empirisk og en normativ bedømmelse<sup>155</sup> For en musiker vil for eksempel normal bruk innebære salg av CD-der, salg av konsert billetter, lisensiering til radio oss. Rieber – Mohn uttaler videre at det ved den empiriske vurderingen er avgjørende ... *at den nasjonale avgrensingsregelen ikke må gripe inn i markedsområder det med utgangspunkt i eneretten og tilgjengelig teknologi fremstår som nærliggende for rettighetshaveren å utnytte.*<sup>156</sup>

Det er ikke noen tvil om at digital bruk er den nye plattformen for bruk av opphavsrettslig regulert materiale, og i kraft av eneretten skal rettighetshaverne ha kontroll over denne bruken. Rettighetshavernes utnyttelse av dagens marked omfatter salg av film, musikk og sendinger over nett. Det betyr at fler og fler tilbyr verkene sine gjennom lovlige strømmingstjenester.

Når lovgiver anser privat fremføring for å være lovlig uavhengig grunnlaget og selv når en tilgangssperre er brutt, overser de følgen av denne tilgangen. Ved strømming vil kanskje

---

<sup>154</sup> Rieber-Mohn, 2009, s. 85

<sup>155</sup> Rieber –Mohn, 2009 s.86

<sup>156</sup> Ibid.

ikke den midlertidige fremstillingen i seg selv ha verdi for rettighetshaver, men resultatet er det samme som ved nedlastning; materialet blir konsumert av forbrukeren.

Rettighetshaverne er avhengig av de private aktørene ettersom de til sammen utgjør kjøpegruppen til verkene/arbeidene deres. Når private brukere, både gratis og med loven på sin side, kan strømme dette materialet, kan mye tyde på at etterspørselen etter betalingstjenester vil minke.

Forskning viser imidlertid at fildeling bare kan forklare en liten del av nedgangen av CD-salget.<sup>157</sup> Artikkelen peker på at mange som nå laster ned musikk ikke nødvendigvis var trofaste platekunder tidligere. Forskningen viser derimot at forbruket av musikk øker dramatisk med introduksjonen av fildeling.<sup>158</sup> Det er imidlertid nær sagt umulig å vite hva etterspørselen etter betalingstjenester for verk ville vært om en så bort ifra det ulovlige tilbudet på markedet.

Rettighetshaverne viser til forskning de mener beviser motsatt effekt, nemlig at strømming og nedlastning fra piratsider har en direkte sammenheng med minkende salg. Det strides altså om effekten av ulovlig digital bruk.

Det man vet er at strømming utføres av et titalls millioner brukere. Ved en direktesendt sportsbegivenhet er verdien kun knyttet til den ene sendingen. En naturlig antagelse innebærer at et fåtall av de som har strømmet en film eller tv-serie vil se den mer enn den ene gangen, og muligheten er liten for at de da skulle velge å betale for det. Mye taler for at rettighetshaverne taper etterspørsel ved slike strømmingstilbud, særlig ved fil og tv-serier.

---

<sup>157</sup> The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis (with F. Oberholzer-Gee). *Journal of Political Economy*. 2007. 115(1):1-42.

<sup>158</sup> Ibid.

Ved strømming av musikk kan låten strømmes om og om igjen. Intensiteten av adgangen til bruk er ikke begrenset etter § 11a, slik som i § 12, første ledd. Den intense utnyttelse av materiale som § 11a tillater, er av stor økonomisk verdi. Dette er bruk rettighetshaverne ønsker å kontrollere. På bakgrunn av dette blir konklusjonen at lovligheten av strømming på ulovlig grunnlag bryter med tretrinnsstestens beskyttelse av *den normal utnyttelse*.

Etter WTO- panelets uttalelser skal det imidlertid også foretas en normativ vurdering av som ligger i normal utnyttelse.<sup>159</sup> Etter denne vurderingen skal det tas høyde for utnyttelse som er nærliggende for rettighetshaveren i fremtiden. ”Samlet sett får kriteriet ”normal exploitation” etter dette en svært vid rekkevidde,<sup>160</sup> uttaler Rieber-Mohn.

Hensynet verner om rettighetshavers forventning om å kunne tjenes penger på sitt materiale. Etter opphavsdirektivet punkt 5-1 og § 11a, siste setning, omfatter eneretten midlertidige fremstillinger som har selvstendig økonomisk karakter. Hensynet henger således sammen med at innskrenkninger må være forut-beregnelige<sup>161</sup>.

Til tross for at nedlastning var den store trussel for rettighetshaverne ved opphavsdirektivets innføring, var utnyttelse i form av strømming allerede den gang på fremmarsj. Teknologien som muliggjør verksutnyttelse uten varig lagring var allerede en del av markedet i 2005. Dersom tretrinnsstesten også skal gi beskyttelse for *potensielle og hypotetiske*<sup>162</sup> utnyttelsesmuligheter må strømming klart vært omfattet.

---

<sup>159</sup> I følge WTO-panelets avgjørelse

<sup>160</sup> Rieber-Mohn, 2009, s. 87

<sup>161</sup> Se punkt 8.2.1 om tretrinnsstestens første trinn.

<sup>162</sup> Rieber – Mohn, 2009, s.90

## 6.4 Tredje trinnet-ikke stride mot legitime interesser

Det tredje trinnet oppstiller krav om at unntaket ikke strider mot rettighetshavernes legitime interesser. *Det tredje trinnet kan slik sett godt betraktes som en finjusteringsmekanisme.*<sup>163</sup> Vilkåret fungerer altså som en forholdsmessighetsvurdering hvor balansen mellom rettighetshaver ikke urimelig må utnyttes mot allmenhetens interesse.

Både i praksis fra EU-domstolen og i forarbeidene er det lagt vekt på at bestemmelsen ikke bør tolkes slik at den gir et videre unntak fra eneretten enn det formålet tilsier.<sup>164</sup> I henhold til bestemmelsen i § 11a må altså ikke brukernes fordeler av å konsumere verk i digital forstand gå utover rettighetshavers krav på belønning for sitt arbeid. Testens vern skal imidlertid ikke være mer omfattende enn det hensynet til fortsatt kreativ innovasjon tilsier.

Til tross for at fremtidige utnyttelsesmuligheter omfattes av vernet må det likevel bemerkes at hensynet som begrunner eneretten ikke gjør seg gjeldende i like stor grad når et verk har vært utgitt og tilgjengeliggjort i flere år. Dersom filmen Casablanca, fra 1942, deles ulovlig på nettet, vil ikke hensynet til om rettighetshaverne får betaling for visningen være av like stor betydning som ved utgivelsen av en ny film. En ny film vil selvsagt være avhengig av å tjene inn produksjonskostnadene.

Mange mener at slik rigid kontroll ikke oppmuntrer til videre innovasjon, men at slikt vern kun metter mektige rettighetshavernes grådighet. Dette er imidlertid et spørsmål om vernetid og at rettighetshaverne må tilpasse seg tiden.

---

<sup>163</sup> Ibid.

<sup>164</sup> Ot.prp. nr 462004/2005 s. 30-32 og Infopaq Sak C-5/08, avsnitt 56

Tretrinnsatesten og den øvrige fremstillingen viser imidlertid klart at den lovlige adgangen til strømming tillater krenkninger av rettighetshavernes interesser som går langt utover hva hensyn til privat bruk tilsier. Sett i sammenheng med vurderingen av strømming opp mot de øvrige trinnene må det konkluderes med at § 11a strider mot testens krav.

#### 6.4.1 Adgang til innskrenkende fortolkning av § 11a?

Norge er formelt bundet av både opphavsdirektivet og Bernkonvensjonen som begge oppstiller Tretrinnsatesten som ramme for lovgivingen. Når det er konkludert med at adgangen til strømming strider mot Tretrinnsatesten, krenker dermed Norge internasjonale forpliktelser. Lovgiver bør altså endre § 11a.

I mellomtiden blir spørsmålet om det er adgang til å tolke bestemmelsen innskrenkende i forhold til intens bruk som strømming av verk.

Tretrinnsatesten er ikke lovfestet og er i utgangspunktet et verktøy for lovgiver<sup>165</sup> Det er likevel hevdet at testen kan brukes som tolkningsmoment.<sup>166</sup> Om § 11 a strider mot Tretrinnsatesten må norsk rett presumeres å stemme overens med folkerettslige forpliktelser, noe som taler for en innskrenkende tolkning for strømming fra ulovlig kilde.

Etter direktivet art 5-5 kan det dessuten hevdes å gjelde et EØS – rettslig prinsipp om direktiv konform tolkning<sup>167</sup>. På dette punkt må artikkel 5-5 sees i sammenheng med fortalens punkt, 44. Her presiseres det at artikkel 5-1 skal tolkes strengt ettersom bestemmelsen avviker fra hovedregelen om rettighetshavers samtykke.

---

<sup>165</sup> Ot. Prp.2004/2005 nr. 46 s. 30

<sup>166</sup> Rognstad, 2009, s 216

<sup>167</sup> Rognstad, 2009, s. 216

Dersom det er grunnlag for streng fortolkning av § 11a slik det fremgår av punkt 3.3.2, kan det hjemle en innskrenkende tolkning med hensyn til lovligheten av strømming. Dette, både når det gjelder lovgivers forståelse av *lovlig bruk* og departementets subsumsjon av strømming som *tilfeldig og forbigående* - uten å vurdere intensiteten av bruken.

## 7 Sammenfatning og konklusjon

Som avhandling viser, er strømming et tema som reiser kompliserte problemstillinger innen opphavsretten. Dette gjenspeiles også i forarbeidene til Åndsverksloven § 11 a.

Bestemmelsen er kryptisk og vanskelig å forstå. Det samme gjelder lovgivers forklaring av vilkårene og subsumsjonen av at strømming er omfattet av unntaksbestemmelsen.

Strømming er kanskje *forbigående* bruk, men utnyttelse av verk kan neppe omtales som *tilfeldig* slik § 11a, første ledd forutsetter. Strømming er tilsiktet og intens utnyttelse av verk, både fra forbrukerens og vedkommende som har piratkopiert den, sin side.

Intens bruk som strømming passer således dårlig på ordlyden av vilkåret, både etter den norske ordlyden og etter direktivet. I Premier-League saken legger imidlertid EU-domstolen til grunn en tolkning som gir artikkel 5-1 et videre omfang enn tidligere. Avgjørelsens prinsipielle uttalelser gjelder imidlertid overføringer som ikke er ansett for å krenke eneretten. Domstolens vurdering av den midlertidige fremstillingens *økonomiske betydning* i Premier-League saken, tar dermed ikke verdien av å tilby overføringen i betraktning, og uttalelsene passer dårlig på problemstillinge om strømming fra ulovlig kilde.

Problemet ligger i forståelsen av at privat fremføring er *lovlig bruk*, uavhengig kilden for bruken.

I fremstillingen konkluderes det med at adgangen både strider mot direktivets intensjoner og opphavsrettslige utgangspunkter. Opphavsretten skal verne rettighetshaveren, uavhengig hvilket medium som brukes for å utnytte verket eller arbeidet. Dette er ikke et faktum i dag. *Privat fremføring* må vurderes opp mot dagens muligheter til å fremstille verk. Ved å hjemle fri adgang til strømming i en utdatert privatbruksregel, overser lovgiver at teknologien utvikler seg forttere enn jusen rekker å utvikle seg. Hvorvidt *lovlig bruk* også kan henspille på privat fremføring etter § 2 er imidlertid uavklart, også etter EU-domstolens praksis.

Det er ikke anledning til å konstatere at § 11a strider mot direktivet. Bestemmelsen er en ordrett gjengivelse av direktivets art. 5-1. Både svensk og tysk rett har gjennomført direktivet på samme måte, og lovligheten av strømming er debattert, også her. Problemet er at innholdet av artikkel 5-1 ikke er avklart i forhold til alle problemstillingene digital bruk av verk reiser. Rekkevidden av eneretten til midlertidige fremstillinger etter artikkel 2, samt omfanget av unntaket i artikkel 5-1 er således ikke helt avklart.

Bruk av verk på internett, som ved nedlastning og strømming er relativt nye form for utnyttelse, og gir store utfordringer for lovgiver, både i Norge og Internasjonalt. Hva som er riktig tolkning får vi ikke før EU-domstolen uttrykkelig tar stilling til om *lovlig bruk* også omfatter strømming fra ulovlige kilder.

Når den frie adgangen til strømming vurderes opp mot Tretrinnstesten er konklusjonen imidlertid nokså klar; den lovlige adgangen innebærer en urimelig utnyttelse som går langt utover hensyn som begrunner fri bruk i det private. Lovgiver anerkjenner Tretrinnstesten



som en internasjonal forpliktelse <sup>168</sup>, og i henhold til presumsjonsprinsippet bør § 11 a dermed tolkes innskrenkende, slik at strømming av verk er betinget av lovlig grunnlag.

Dersom § 11 a, bokstav a ble tolket på betingelse av lovlig grunnlag, ville loven fremstå som mer konsekvent og krenkelser vil kunne håndheves i en betydelig større grad enn tidligere. I sammenheng med de foreslåtte lovendringene vil åndsverksloven på denne måten gi et mer helhetlig vern, tilpasset tiden. Rettighetshaverne kan for eksempel sende ut varselbrev til de IP- adressene som blir funnet å strøkke fra ulovlige nettsider. På denne måten gjøres brukeren bevisst på at det de gjør er ulovlig, men uten at de kriminaliseres.

Til tross for at temaet er komplisert, vil de fleste være enige om en ting; vi ønsker ikke et samfunn hvor det er tillatt å profitere på andres straffbare handlinger. Ut ifra dette allmennpreventive hensynet er strømming av verk fra ulovlig kilde, sammenlignet med Heleri i straffeloven. Etter straffeloven § 317 kan «*den som mottar eller skaffer seg eller andre del i utbytte av en straffbar handling*» straffes med bøter eller fengsel inntil 3 år. <sup>169</sup>

Sammenligningen illustrer misforholdet mellom rettighetshavernes interesser og adgangen lovgiver har gitt allmenheten for å benytte verk på internett.

---

<sup>168</sup> Ot.prp. 2004/05 nr.46 s.29

<sup>169</sup> Haukaas, 2010, s. 5

## Kilder

### Lovgivning

#### Norske lover

- 1902 Almindelig borgelig Straffelov (straffeloven) av 22.mai 1902 nr. 10.
- 1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v (Åndsverksloven) av 12.mai 1961 nr. 2.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) nr. 109.
- 2003 Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven 05.2003 nr. 35).

#### Utenlandske lover

- |                              |   |
|------------------------------|---|
| Upphovsrattslagen            | Lag om upphovsratt till litterara och konstnliga verk (1960:729) (Sverige)                              |
| Ophavsretsloven, Danmark     | Lovbekendtgørelse 2010-02-27 nr. 202 om ophavsret.  |
| Urheberrechtsgesetz-Tyskland | Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 9. september 1965, siste endring 14. desember 2012 |

### Forarbeider

- |                            |  |
|----------------------------|--|
| Ot.prp. nr. 29 1959-60     | Om lov om opphavsrett til åndsverk   |
| Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) | Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.   |
| Prop. 65 L (2012–2013)     | Endringer i åndsverkloven (tiltak mot krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett) |

### Direktiver

- |            |   |
|------------|---|
| 2001/29/EF | EU-direktiv 2001/29/EF om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet (infosoc- eller opphavsdirektivet) |
|------------|---|

## **Internasjonale traktater og konvensjoner**

|                  |   |
|------------------|---|
| TEUF             | Traktaten om den Europeiske Unions Funksjon (engelsk: "Treaty on the Functioning of the European Union"). Endret fra "Treaty establishing the European Community" ved Lisboa-traktaten av 13.12.07. |
| Bernkonvensjonen | The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Bern, 09.09.1886.   |
| WCT              | WIPO Copyright Treaty, Genève, 20.12.1996.  |
| WIPO             | Performances and Phonograms Treaty, Genève, 20.12.96.   |
| TRIPS            | Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh, 15.04.1994.   |

## **Rettspraksis**

*Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening,*

Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 16 July 2009 (Reference for a preliminary ruling from the Højesteret ,Denmark).

Publisert: OJ C 220 of 12.09.2009, p.7.

*Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening,*

Generaladvokatens uttalelse – Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 12 February 2009

(Reference for a preliminary ruling from the Højesteret, Denmark).

Publisert: OJ C 220 of 12.09.2009, p.7.

*Sak C-302/10, Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening,*

Reference for a preliminary ruling from the Højesteret (Denmark), lodged on 18 June 2010.

Publisert: OJ C 221, 14.08.2010, p. 31.

*Sak C-403/08 - Football Association Premier League v Others*,  
JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber) 4 October 2011.

Ikke publisert enda.

## **Juridisk litteratur**

### Bøker

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001

Rognstad, Ole Andreas og Birger Stuevold Lassen. *Opphavsrett*. 1.utg. Oslo, 2009.

Walter, Michael og Silke von Lewinski. *European Copyright Law: A Commentary*.  
Revidert utgave. OUP Oxford, 2010.

### Artikler

Bing, Jon. *The New or Evolving 'Access Right'*, ALAI 2001 USA, Proceedings of the  
ALAI Congress June 13-17, 2001, Columbia University, School of Law, New York City

Griffiths, Jonathan. *The 'Three-Step Test' in European Copyright Law - Problems and So-  
lutions* (September 22, 2009). Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper  
No. 31/2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1476968>

Heide, Thomas P. *Copyright in the EU and U.S.: What 'Access-Right'?*. Journal of the  
Copyright Society of the USA, Vol. 48, No. 3, Spring 2001. SSRN:  
<http://ssrn.com/abstract=270861> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.270861>

Malte Stieper: *Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung - Urheberrechtliche  
Bewertung des Streaming vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils in Sachen  
FAPL/Murphy, Multimedia und Recht (MMR) 2012 s. 12-17. s. 16*

Rieber-Mohn, Thomas: "Digital privatkopiering – analyse av åndsverkloven §12 i møte  
med tekniske beskyttelsessystemer og rettslige omgåelsesforbud" (Oslo, 2009)

Rognstad, Ole-Andreas & Bing, Jon (2012). *Søkemotorer på Internett i opphavsrettslig belysning*. NIR: Nordiskt immaterielt rättsskydd. 2012. ISSN 0027-6723. 81(4), s 345-374.

### **Nettdokumenter og andre publiseringer**

Advokatfirma Thommessen. *Infopaq v. Danske Dagbladet - Infosoc III – C-302/10*. Monitor (resyme). 2. utg. 01.01.2012 - 10.09.2012.

URL: <http://apps.thommessen.no/Monitor/DisplayIssue.aspx?uid=32&fkode=TMT>

International Federation of the Phonographic Industry. *ÅRSSTATISTIKKEN 2012 - Oppgang i musikkalget på 7% i 2012*.

URL: <http://www.ifpi.no/9-forsiden/36-arsstatistikken-2012>

Oberholzer-Gee, Felix and Strumpf, Koleman S., *The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis*. Journal of Political Economy, Vol. 115, pp. 1-42, February 2007. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=961830>

Omdal, Svein Egil. *Stortap for Premier League i EU-domstolen*. Aftenbladet. 2011.  
URL: <http://www.aftenbladet.no/sport/Stortap-for-Premier-League-i--EU-domstolen-2875095.html?xtor=RSS-2#.UXhSRMpVaTs>

*“The Breadth of the Anti-Trafficking Provisions and the Moral High Ground.”* In Proceedings of the ALAI Congress, June 13-17, 2001: *Adjuncts and Alternatives to Copyright*, edited by J. C. Ginsburg and J. M. Besek, New York, 456-65. New York: ALAI-USA, 2002. (Work published when author not on Michigan Law faculty.)

Rieber – Mohn, Thomas. Lovkommentar §45. Rettsdata.no

Store Norske Leksikon. URL: <http://snl.no/>

Torvund, Olav. *Lovlig strømming av ulovlig materiale?*. 2010.

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

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

Wikipedia. URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Data\\_buffer](http://en.wikipedia.org/wiki/Data_buffer)

WTO Panel (2000): United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, pkt. 6.108 og pkt. 6. URL: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds160\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm)