

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Offentlig fremføring

En redegjørelse av begrepet "offentlig fremføring" i åndsverkloven §§ 2 og 45b

Kandidatnummer: 763

Leveringsfrist: 25. april 2013

Antall ord: 17 590



## Innholdsfortegnelse

<b>1 INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1 Innledende betraktninger .....	1
1.2 Problemstilling.....	1
1.3 Rettskildebildet og metode .....	2
1.3.1 Nasjonalt rettskildebilde .....	2
1.3.2 Internasjonalt rettskildebilde .....	4
1.3.3 EU-retten .....	6
1.4 Avgrensninger og den videre fremstilling .....	8
<b>2 OPPHAVSRETTEEN .....</b>	<b>8</b>
2.1 Opphavsrettens funksjoner .....	8
2.2 Opphavspersonen.....	9
2.3 Åndsverk og verkshøydekravet .....	10
2.4 Opphavsmannens enerett .....	12
<b>3 TILGJENGELIGGJØRINGSRETTEEN .....</b>	<b>13</b>
3.1 Det rettslige utgangspunktet for tilgjengeliggjøringsretten .....	13
3.2 Infosoc-direktivets betydning for tilgjengeliggjøringsretten .....	15
<b>4 FREMFØRINGSRETTEEN .....</b>	<b>15</b>
4.1 Det rettslige utgangspunkt, åndsverkloven § 2.....	15
4.2 Krav om fremføring .....	17
4.3 Krav om at fremføringen er offentlig .....	18
4.4 Krav om nærhet mellom handling og tilgjengeliggjøring .....	21
4.5 Åndsverkloven § 2 er ikke uttømmende og fremføringen konsumeres ikke .....	23
4.6 Fremføringsretten er teknologinøytral .....	24
4.7 Ulike former for fremføring.....	25

4.7.1	Generelt om kategoriseringen.....	25
4.7.2	”Live” fremføring av verk.....	26
4.7.3	Distanseoverføringer av verk.....	26
4.7.4	Videresending av verk.....	27
4.7.5	Tilrådighetsstillelse og utplassering av utstyr .....	29
<b>5</b>	<b>OFFENTLIG FREMFØRING AV LYDOPPTAK .....</b>	<b>31</b>
5.1	Det rettslige utgangspunktet .....	31
5.2	Mer om EU-retten.....	32
5.2.1	Tilsvarende vern etter åndsverkloven og utleiedirektivet.....	32
<b>6</b>	<b>FORHOLDET MELLOM ÅNDSVERKLOVEN §§ 2 OG 45 .....</b>	<b>34</b>
6.1	Ulikt anvendelsesområde, lignende begrepsinnhold .....	34
6.2	Infosoc- og utleiedirektivet.....	34
6.3	Lik begrepsbruk i Infosoc- og utleiedirektivet .....	35
<b>7</b>	<b>NÆRMERE OM VURDERINGEN ”OFFENTLIG FREMFØRING” .....</b>	<b>38</b>
7.1	Det rettslige utgangspunkt .....	38
7.2	Momenter i vurderingen privat eller offentlig fremføring.....	41
7.2.1	Personlige bånd mellom fremfører og mottaker.....	41
7.2.2	Allmennhetens tilgang til fremføringen .....	43
7.2.3	Antall mottakere av fremføringen .....	44
7.2.4	Fremføringens hensikt og formål .....	47
7.2.5	Fremførers rolle .....	48
7.2.6	Mottakers rolle.....	49
7.2.7	Økonomisk incentiv.....	50
7.2.8	Fremføringsstedet .....	53
7.2.9	Fremføring i klubber, foreninger etc. ....	54
7.2.10	Bemerkninger ved vurderingen offentlig eller privat fremføring .....	56
<b>8</b>	<b>TILFELLER I GRÅSONEN OFFENTLIG OG PRIVAT FREMFØRING .....</b>	<b>57</b>

8.1	Fremføring og tilgjengeliggjøring på hotell.....	57
8.2	Venteværelser og butikker .....	58
8.3	Leiebil .....	60
8.3.1	Utvidelse av begrepet ”offentlig fremføring” .....	61
8.4	Drosjer og busser .....	62
8.5	Kontorlokaler og bedrifter .....	63
<b>9</b>	<b>AVSLUTNING/BETENKNING.....</b>	<b>65</b>
<b>10</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>66</b>
10.1	Lover og forarbeider .....	66
10.2	Traktater, avtaler og konvensjoner .....	67
10.3	Rettspraksis.....	68
10.4	Bøker og artikler.....	71
10.5	Andre kilder.....	73

# 1 Innledning

## 1.1 Innledende betraktninger

Opphavsretten skal gi opphavsmannen et vern mot at verket hans utnyttes. Han skal få høste fruktene av sitt arbeid, men også kunne bli inspirert til å fortsette skaperarbeidet. Samtidig skal allmennheten ha tilstrekkelig grad av frihet til å benytte seg av åndsverkene. For å sikre at disse hensynene ivaretas har man utviklet opphavsretten. Man har sett behovet for rettslig regulering.

En sentral del av opphavsmannens rettighetskatalog er eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Dette innebærer rett til å ”offentlig fremføre” eget verk. I den forbindelse ønsker jeg å sitere advokat Jon Wessel-Aas.

”Rettsfeltet [offentlig fremføring] [...] er et særdeles komplekst rettsfelt, med et til dels meget uoversiktlig rettskildesbilde og intrikate sammenhenger mellom nasjonal rett og internasjonale forpliktelser og reguleringer som dels åpner for nasjonale variasjoner, dels krever harmonisering, uten at det alltid er enkelt å klarlegge hvor grensen går.”<sup>1</sup>

## 1.2 Problemstilling

”Offentlig fremføring” er et sentralt begrep i norsk og nordisk opphavsrett.<sup>2</sup> Derfor er det et tankekors at innholdet i begrepet er noe uklart.<sup>3</sup> Jeg skal forsøke å kartlegge innholdet i begrepet ”offentlig fremføring”, jf. åndsverkloven §§ 2 og 45b. Oppgaven vil ha hovedvekt på innholdet i begrepet ”fremføring” og grensen for når en fremføring er ”offentlig”.

---

<sup>1</sup> Wessel-Aas (2012).

<sup>2</sup> Lund, Astri M. (2001) s. 604.

<sup>3</sup> Wessel-Aas (2012).

## 1.3 Rettskildebildet og metode

### 1.3.1 Nasjonalt rettskildebilde

I Norge reguleres opphavsretten av åndsverksloven av 12.mai 1961 nr. 2, heretter bare åndsverkloven eller åvl. Loven av 1961 erstattet den gamle åndsverkloven av 1930 og var et resultat av et nordisk lovsamarbeid. Det var Det Nordiske Forfatterråd som allerede i 1937 sendte en oppfordring til de nordiske regjeringene om å utarbeide en opphavsrettslovgivning på tvers av de nordiske landegrensene.<sup>4</sup> I 1939 ble det nedsatt en nordisk kommisjon som skulle lage et forslag til ny åndsverklov. Den andre verdenskrig forsinket arbeidet noe. Det var også motstand mot å utarbeide en ny åndsverklov i Norge, men Kirke- og undervisningsdepartement ønsket å fortsette samarbeidet. Proposisjon om ny åndsverklov ble 8. januar 1960 sendt Odelstinget for behandling.<sup>5</sup> Ønsket om nordisk rettsenhet på opphavsrettens område ble fremhevet av Kirke- og undervisningsdepartementet. Blant annet var de nordiske delegasjonene enige om en felles forståelse av hva som lå i begrepet ”å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten”, en formulering man finner i alle de nordiske åndsverklovene.<sup>6</sup> Derfor kan det på opphavsrettens område, især tilgjengeliggjøringsrettens område, i utstrakt grad ses hen til rettskilder i de andre nordiske landene. I Leiebilsaken uttaler domstolen at rettspraksis fra de nordiske landene er relevant ved tolkingen av åvl. § 45b.<sup>7</sup> I en artikkel fra Nordisk Immaterielt Rettsskydd oppsummerer Stakemann forholdet på trefende vis:

”I kraft af det nordiske samarbejde er de nordiske landes lovbestemmelser tæt beslægtede. Til trods for, at bestemmelserne på visse punkter har en anden ord- lyd, er deres

---

<sup>4</sup> Lund, Astri M. (2012) s. 105.

<sup>5</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959–60).

<sup>6</sup> Lund, Astri M. (2001) s. 606.

<sup>7</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.14. Ikke rettskraftig.

materielle indhold i overvejende grad ens, hvorfor de nationale retskilder bliver anvendt som fortolkningsbidrag i de øvrige nordiske lande.”<sup>8</sup>

Tilgjengeliggjøringsrettens og herunder fremføringsrettens hovedlinjer trekkes opp av åndsverkloven. I praksis vil man derimot måtte bruke andre rettskilder for å anvende reglene i praksis, da det lett kan oppstå grense- og tvilstilfeller. Forarbeidene er en viktig rettskilde og gir mye veiledning, på lik linje med rettspraksis. Rettspraksis vil i tillegg kunne være delaktig i pensle ut utviklingen av rettstilstanden. Norsk rettspraksis vil naturligvis være tungtveiende, i likhet med dommer fra EU-domstolen. Annen nordisk rettspraksis vil og få stor betydning. Den nyeste norske høyesterettsdommen om tilgjengeliggjøring for allmennheten er fra 2005.<sup>9</sup> Ønsker man etter en høyesterettsdom som i hovedsak gjelder fremføringsretten må man tilbake til 1950-tallet.<sup>10</sup> Det finnes derimot to dommer fra EU-domstolen fra 2012 og noe nyere rettspraksis fra de andre nordiske landene. Da opphavsretten er i stadig endring må man anerkjenne at en doms alder kan få betydning for dommens rettskildeverdi. På den annen side er ikke opphavsretten så særegen at eldre dommer ikke har rettskildeverdi. Rettskildeverdien må vurderes i hver enkelt dom. Er de blitt stående som prejudikater og Høyesterett ikke har valgt en annen kurs, har de selvsagt høy rettskildeverdi uavhengig av alder. I mangel på dommer om opphavsrett vil det tidvis bli vist til en dom av Asker og Bærum Tingrett.<sup>11</sup> Den er ikke rettskraftig og har svært lav rettskildeverdi. Vurderingene og rettsspørsmålene kan likevel ha interesseverdi og benyttes som ek-

---

<sup>8</sup> Stakemann, Helle (2007) s. 135.

<sup>9</sup> Rt-2005-41(Napster).

<sup>10</sup> Det er to dommer vedrørende fremføringsretten fra 1950-tallet. Den nyeste Rt-1955-536 har liten relevans for kartleggingen av begrepet ”offentlig fremføring. Den eldre Rt-1953-633, kjent som Bedriftsmusikkdommen har stor interesse for begrepestolkingen og vil bli grundig gjennomgått i oppgaven.

<sup>11</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012.

sempler. Juridisk teori er av stor interesse og kan gi veiledning, men er ingen autorativ rettskilde.

### 1.3.2 Internasjonalt rettskildebilde

Helt siden 1800-tallet har det vært et internasjonalt samarbeid på det immaterielle rettsområdet.<sup>12</sup> Det internasjonale justissamarbeidet øker og Norge har ratifisert traktater på opphavsrettens område.<sup>13</sup> Videre kan menneskerettigheter kan ofte anføres som argument.<sup>14</sup> Åndsverk vil naturligvis spre seg på tvers av landegrenser, dette må lovgivningsmyndighetene ta til følge.

De internasjonale avtalene som i det følgende skal gjennomgås, nevnes i liten utstrekning senere i oppgaven. Dette er en følge av at de internasjonale avtalene er lite bearbeidet i nordisk rettspraksis.<sup>15</sup> Det er et begrenset antall saker vedrørende opphavsretten i de øverste nordiske domstolene. Og i de sakene har man primært anført nasjonal lov, nasjonal og nordisk rettspraksis, i tillegg til EU-regelverk og praksis fra EU-domstolen. Man ser derimot at konvensjonene og traktatene i større grad nevnes i forbindelse med lovgivningsarbeid. I forarbeider kan man se at avtalene er nevnt og er med på å forme lovgivningsarbeidet. Enten i form av en endring av loven, eller ved at man mener loven er i tråd med avtalens krav. Den direkte bruken av de internasjonale avtalene har uteblitt, men en indirekte betydning har avtalene hatt.

En av de mest relevante konvensjonene på fremføringsrettens område er Bernkonvensjonen.<sup>16</sup> Den administreres av WIPO og skal beskytte opphavsretten til litterære og kunstne-

---

<sup>12</sup> NOU 2013:2 avsnitt 4.2.

<sup>13</sup> Eksempelvis Bernkonvensjonen og Trips-avtalen.

<sup>14</sup> Eksempelvis FNs konvensjon om økonomisk, sosiale og kulturelle rettigheter, art. 15.

<sup>15</sup> Riktignok noe mer i EU-domstolens praksis.

<sup>16</sup> Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886.



riske verk.<sup>17</sup> Konvensjonen har blitt revidert ved en rekke anledninger. Nasjonene som ratifiserer avtalen utgjør Bernunionen. Norge ratifiserte i 1896. Ifølge regjeringen er det antagelig “den internasjonale konvensjonen som har størst betydning for digital næringsutvikling”.<sup>18</sup> Konvensjonen oppstiller minimumsrettigheter, Norge plikter dermed å gi rettighetshavere tilsvarende eller bedre rettigheter som i konvensjonen. Videre skal nasjonale og utenlandske rettighetshavere ha de samme rettighetene i det samme landet, unntaket er at utenlandske verk ikke får bedre beskyttelse enn de ville gjort i opprinnelseslandet, jf. prinsippet om materiell resiprositet. Konvensjonen har derimot ingen generelle regler om retten til fremføring.<sup>19</sup>

I tillegg til Bernkonvensjonen administrerer WIPO to konvensjoner av betydning. Det er WCT som blant annet omhandler opphavsmannens tilgjengeliggjøringsrett og WPPT om rettighetene til utøvende kunstnere og produsenter.<sup>20</sup> Ingen av konvensjonene er signert av Norge, men det har lenge vært diskutert om Norge skal tiltre.<sup>21</sup> Konvensjonene har tidvis blitt henvist til av EU-domstolen, de kan således få indirekte betydning i norsk rett. De er også vist til flere ganger i forarbeidene til endringen av åndsverkloven fra 2005.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> *The World Intellectual Property Organization*. En særorganisasjon under De Forente Nasjoner, deres mandat er å fremme opphavsrettigheter.

<sup>18</sup> NOU 2013:2 avsnitt 4.2.

<sup>19</sup> Rognstad (2009) s. 177.

<sup>20</sup> Henholdsvis WIPO Copyright Treaty og WIPO Performances and Phonograms Treaty.

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 2.3.1.

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005). Eksempelvis pkt. 2, 2.3, 3.4 og 3.5.

WTO utformet i 1994 TRIPS, en avtale som i hovedsak regulerer immaterialrettens handelsrelaterte sider.<sup>23</sup> Avtalesignering medfører at medlemslandene plikter å gi borgerne tilsvarende rettigheter som Bernkonvensjonen, med et mindre unntak vedrørende ideelle rettigheter.<sup>24</sup>

### 1.3.3 EU-retten

”Immaterialretten er ansett som svært viktig for det indre marked, og har lenge vært regulert i betydelig grad på felles EU-nivå. Det aller meste av dette er tatt inn i EØS-avtalen, og EU/EØS-retten styrer i dag i stor grad utviklingen av norsk immaterialrett.”<sup>25</sup>

Norge har signert EØS-avtalen og står derfor ikke fritt til å regulere alle rettsforhold etter eget ønske. Gjennom EØS-avtalen vedlegg 17 vil EU-rettens immaterielle regler gjelde i Norge og norsk opphavsrett vil påvirkes av EU/EØS-samarbeidet. EU/EØS-rettens innflytelse på norsk immaterialrett har vært betydelig siden 1992.<sup>26</sup> Hvis utviklingen følger den generelle utviklingen i EU/EØS-retten, vil innflytelsen ikke stagnere i nær fremtid.<sup>27</sup> Norge plikter å følge opp EUs immaterielle bestemmelser. Norske domstoler vil videre aktivt se hen til EU-domstolens praksis. Dette kan motsetningsvis utledes av Tripp Trapp-saken<sup>28</sup>. Det fremgår av Leiebil-saken at rettspraksis fra EU-domstolen vedrørende Infosoc-

---

<sup>23</sup> The World Trade Organization. Global organisasjon som jobber for å fremme handelsregler i internasjonal handel. Trips er en forkortelse for *Trade-related aspects of intellectual property rights*.

<sup>24</sup> TRIPS art. 9.

<sup>25</sup> NOU 2012: 2 pkt. 20.13 Immaterialrett.

<sup>26</sup> NOU 2012: 2 pkt. 20.13 Immaterialrett.

<sup>27</sup> Antallet direktiver og forordninger relevante for EØS-samarbeidet øker. Antall EU-dommer likeså.

<sup>28</sup> Rt-2012-1062.

direktivet er relevant ved tolkingen av åvl. § 45b.<sup>29</sup> Det er interessant å se at immaterialretten er et av de rettsområder hvor EU/EØS-regler oftest anføres for norske domstoler.<sup>30</sup> Dette gjelder riktignok varemerkeretten. EU-domstolen står derimot ikke formelt over Høyesterett. Høyesterett er heller ikke bundet av EU-domstolens uttalelser.<sup>31</sup> Like fullt vil norske domstoler i stor grad rette seg etter EU-domstolens kurs. Uavhengig av EØS-medlemskapet vil avgjørelsene til EU-domstolen også få indirekte betydning i norsk rett da norske rettsanvendere gjerne ser hen til de nordiske landene, som alle er EU/EØS-medlemmer og vil rette seg etter domstolens avgjørelser.

Gjennom EØS-medlemskapet er Norge forpliktet til å gjennomføre EU-direktiver på opphavsrettens område. De to viktigste direktivene innen fremføringsretten er Infosoc-direktivet og utleiedirektivet.<sup>32</sup> Opphavsretten påvirkes altså av EU gjennom regelverk og rettsavgjørelser. Ved tolkingen av begrepene i de to direktivene vil man sjeldent finne tolkingsstøtte i selve direktivtekstene. Man er nødt til å se hen til dommer fra EU-domstolen, EU-forarbeider og eventuelt andre internasjonale rettskilder. Eksempelvis har Infosoc-direktivet art. 3 (1) om tilgjengeliggjøring av verk forholdsvis lik ordlyd som WCCT art. 8. Mens utleiedirektivet art. 8 nr.2 om vederlag for radiospilling nesten er avskrift av Roma-konvensjonen art.12. Dette er ikke tilfeldig. Begrepsbruken innenfor tilgjengeliggjørings-

---

<sup>29</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.14. Infosoc-direktivet gjelder først og fremst åvl. § 2, ikke § 45b. Likevel ser domstolen hen til Infosoc-direktivet. Dette behandles inngående i oppgaven. Dommen er ikke rettskraftig.

<sup>30</sup> Haukeland (2011) s. 55.

<sup>31</sup> I Rt-2000-1811(Finanger I) uttaler førstvoterende at uttalelser fra EFTA-domstolen er rådgivende, men at en uttalelse må ”tillegges vesentlig vekt”. Dissensen gjaldt ikke vektingen av EFTA-domstolens uttalelser. Tilsvarende må formodentlig gjelde EU-domstolens avgjørelser vedrørende Infosoc- og utleiedirektivet. For mer se rapport av Fredriksen (2011).

<sup>32</sup> Henholdsvis dir. 2001/29/EF (utleiedirektivet) og Dir. 2006/115/EF (Infosoc-direktivet).

retten er i en viss grad forsøkt harmonisert, slik at det blir et samspill og en rettslikhet mellom de internasjonale rettskildene.<sup>33</sup>

#### **1.4 Avgrensninger og den videre fremstilling**

Oppgaven kommer til å omhandle opphavsmannens enerett til å gjøre verk tilgjengelig for allmennheten gjennom fremføring. Jeg avgrenser da mot opphavsmannens rett til visning og spredning. Jeg vurderer heller ikke hvorvidt ”lenking” på internett er en fremføring. Utgangspunktet er norsk rett, men jeg ser i utstrakt grad hen til opphavsretten i Norden. Videre vil jeg aktivt bruke EU/EØS-rettens regelverk og EU-domstolens praksis for å belyse rettstilstanden i Norge. Jeg vil i liten grad vise til andre internasjonale kilder enn EU-retten. Delvis fordi det er begrenset materiale å vise til, videre av plasshensyn. Før jeg drøfter fremføringsretten vil jeg redegjøre for sentrale deler ved opphavsretten, som er nødvendig for forståelsen av begrepet ”offentlig fremføring”.

## **2 Opphavsretten**

### **2.1 Opphavsrettens funksjoner**

Opphavsretten har flere funksjoner. En av hovedfunksjonene er å sikre grobunn for at mennesker skal kunne skape verk. En komite ledet av Ragnar Knoph leverte i 1925 det første utkastet til en åndsverklov. Deler av hans begrunnelse for opphavsretten var hensynet til rettferdighet og rimelighet. I utkastet står det bl.a. at de økonomiske rettighetene til opphavsmannen er ”likeså dypt etisk og sosialt berettiget, som selve eiendomsretten til materielle ting.”<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Se for eksempel Infosoc-direktivet, Romakonvensjonen art. 12, WPPT art. 15 og Trips art. 14 (1).

<sup>34</sup> Norsk komitéinnstilling 1925 s. 14.

Det strider mot rettsfølelsen om skapere av åndsverk ikke får den hederen og anerkjennelsen de fortjener for arbeidet. Likeledes er det urett hvis noen høster fruktene av andres arbeid. Det økonomiske aspektet står naturligvis sterkt. Har man skapt noe som genererer penger, bør man ikke sitte igjen tomhendt. Økonomisk kompensasjon er også et incentiv for videre skapelse.<sup>35</sup> I Bedriftsmusikkdommen viser Høyesterett til komitéinnstillingen fra 1925.<sup>36</sup> I innstillingen står at utkastet til åndsverklov prinsipielt baserer seg på at kunstnere og forfattere har ”krav på å nyte de økonomiske frukter av sitt arbeid”.<sup>37</sup> Bedriftsmusikkdommen gjaldt hvorvidt arbeidsgivere som fremførte musikk for sine ansatte foretok en offentlig fremføring, og følgelig var avgiftspliktige. Dommen kommer vi tilbake til senere i oppgaven.

Et kompliserende aspekt ved vern av åndsverk er dens immaterielle karakter. Det er ikke den fysiske gjenstanden som vernes. Ofte vil man måtte forholde seg til en ”ytre manifestasjon”, men gjenstanden i seg selv vernes ikke.<sup>38</sup> En bok, et maleri eller en CD-innspilling i sin fysiske form har ikke opphavsrettslig vern. Knoph beskriver situasjonen på følgende vis: ”i åndsretten er derimot spørsmålet om rettens gjenstand et kjerneproblem”.<sup>39</sup> Å beskrive nettopp hva som beskyttes har tidligere blitt prøvd, uten ubetinget suksess. Det som er klart er at åndsverket beskyttes, ikke den fysiske gjenstand.

## 2.2 Opphavspersonen

For at opphavsretten skal få anvendelse, må det som regel være en eller flere som har rettigheter knyttet til et åndsverk. Dette følger av lovteksten, jf. åvl. § 1, første ledd:

---

<sup>35</sup> Rognstad (2009) s. 31-32.

<sup>36</sup> Rt-1953-633, midt på s. 635.

<sup>37</sup> Norsk komitéinnstilling 1925 s. 14.

<sup>38</sup> Ot.prp. nr.46 (2004-2005), pkt. 3.2.2.

<sup>39</sup> Knoph (1936) s. 98.

”Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket.”

Er det intet åndsverk eller ingen skaper, vil ingen ha opphavsrett. Videre har Høyesterett i Rt-2010-366, kjent som Mauseth-dommen, uttalt at skaperen av et åndsverk har opphavsretten.<sup>40</sup> Rettighetshaveren til et åndsverk, vil ofte ha det som følge av å være skaper. Ole Andreas Rognstad skriver at en originær opphavsmann må være en fysisk person.<sup>41</sup> Personer, både fysiske og juridiske kan derimot ha fått rettigheter overdratt til seg, jf. åvl. § 39, første ledd. Åndsverkloven setter ikke skranker for overførsel av økonomiske rettigheter. Det ligger derimot en begrensning i muligheten til å overdra de ideelle rettighetene. For eksempel er navngivningsplikten uoverdragelig.<sup>42</sup>

### **2.3 Åndsverk og verkshøydekravet**

Når det er klart at skaperen av åndsverk erverver opphavsretten, blir utfordringen å klargjøre hva som menes med et åndsverk.<sup>43</sup> I norsk rett legges det til grunn et krav om verkshøyde.<sup>44</sup> Det er i praksis en nedre grense for når noe er et åndsverk.<sup>45</sup> I Huldra-dommen gjennomgår Høyesterett kravene for å oppnå verkshøyde. For det første skal frembringelsen være et resultat av en ”individuell preget skapende innsats”.<sup>46</sup> Knoph skrev i sin tid at det krevdes en ”sann og ekte skaperinnsats fra opphavsmannens side”.<sup>47</sup> Det er nok intet krav om at innsatsen må være sann og ekte i moralsk forstand, noe Knoph muligens mente, men skaperinnsats kreves. En ren gjengivelse av andres skaperverk vil mangle den individuelle

---

<sup>40</sup> Rt-2010-366 avsnitt 23.

<sup>41</sup> Rognstad (2009) s. 119.

<sup>42</sup> Jamfør åvl. § 39, første ledd, jf. § 3.

<sup>43</sup> Se uttalelser om erverv av opphavsrett i Rt-2010-366.

<sup>44</sup> Dette legger Høyesterett til grunn i blant annet i Rt-2007-1329.

<sup>45</sup> Rognstad (2009) s. 82.

<sup>46</sup> Rt-2007-1329 avsnitt 43.

<sup>47</sup> Knoph (1936) s. 51.

skapende innsatsen. Unntaket kan for eksempel være samleverk, da vil det få beskyttelse etter åvl. § 5. Begrunnelsen er at man har skapt noe ved å sette sammen et nytt verk. Rognstad skriver at en ren utvelgelsesakt ikke kan gi opphavsrettslig vern.<sup>48</sup>

I kravet om ”individuell preget skapende innsats” ligger et vilkår om at det må være frembrakt noe som ”fremstår som originalt”.<sup>49</sup> Dette medfører blant annet at rene naturmotiv ikke kan ha opphavsrettslig vern, man kan ikke få opphavsretten til å male solnedganger.

England er ikke et land Norge tradisjonelt ser til i opphavsrettslige saker, men én sak kaster lys over utviklingen av originalitetskravet i Europa. I England var det i lang tid usikkerhet rundt kravet om originalitet. Engelsk opphavsrettslovgivning ga ikke støtte for ”sweat of the brow-doktrinen”.<sup>50</sup> Domstolene opprettholdt likevel læresetningen.<sup>51</sup> I mars 2012 kom vendepunktet hvor EU-domstolen uttalte at betydelig arbeid ikke var nok for å oppnå opphavsrettslig vern.<sup>52</sup> EU-domstolen gikk altså bort fra ”sweat of the brow-doktrinen”. Mangel på mulighet for fri kreativitet gjorde opphavsrettslig vern umulig. I USA tok den øverste domstolen endelig avstand fra ”sweat of the brow-doktrinen” i 1991.<sup>53</sup>

Videre er det klart at rene idéer ikke har opphavsrettslig vern. En idé er en abstrakt konstruksjon som kan få vern når den har materialisert seg på et vis.<sup>54</sup> Den rene idé er likevel

---

<sup>48</sup> Rognstad (2009) s. 79.

<sup>49</sup> Rt-2007-1329 avsnitt 43 og 44.

<sup>50</sup> ”Sweat of the brow-doktrinen” går i korthet ut på at opphavsrettslig vern kan oppnås ved å legge ned nok arbeidsinnsats. Et krav om originalitet og/eller kreativt skaperverk oppstilles ikke.

<sup>51</sup> *Walter v Lane* [1900] AC 539 at 561.

<sup>52</sup> *Sag C-604/10 Football Dataco Ltd m.fl. mod Yahoo! UK Ltd m.fl.*, avsnitt 42.

<sup>53</sup> *The U.S Supreme Court in Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*

<sup>54</sup> NOU 2013: 2 pkt. 4.1.

ikke resultat av en ”individuell skapende innsats”. Det må foregå en slags innovativ prosess etter idéstadiet, før et opphavsrettslig vern kan bli aktuelt.<sup>55</sup>

## 2.4 Opphavsmannens enerett

Når man har fastslått at rett opphavsmann har skapt et åndsverk vil vedkommende få en enerett over verket gjennom rettigheter i åndsverkloven. Eneretten er ikke uten unntak, men gir opphavsmannen en sterk beskyttelse. Opphavsmannens rettigheter deles inn i to hovedgrupper, økonomiske rettigheter og ideelle rettigheter. De økonomiske rettighetene gir opphavsmannen en enerett til å råde over verket, ved enten å fremstille eksemplarer av det, eller å gjøre det tilgjengelig for allmennheten, jf. åvl. § 2, første ledd. De ideelle rettighetene baserer seg i stor grad på god skikk. Skaperen skal navngis og åndsverket skal ikke krenkes, jf. åvl. § 3. De ideelle rettighetene etter åndsverkloven er nokså omfattende og gir et godt vern.<sup>56</sup> De er også med på å si opphavsretten sitt særpreg.

Det opphavsrettslige vernet er begrenset både i tid og sted. Dette er karakteristisk for opphavsretten. Utgangspunktet er at åndsverk nyter vern i opphavsmannens levetid, deretter 70 år etter opphavsmannens dødsår.<sup>57</sup> Åndsverkloven inneholder noen presiseringer og modifikasjoner fra utgangspunktet, blant annet hvis det er et fellesverk eller filmverk.<sup>58</sup> Det er videre egne vernetidsregler for nærstående rettigheter.<sup>59</sup> Det er sentralt at vernet ikke gjelder i den private sfæren. Årsaken til dette er en ”balansering mellom rettighetshaverens og allmennhetens interesser”.<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> NOU 2013: 2, del fire om immaterielle rettigheter.

<sup>56</sup> Rognstad (2009) s. 198.

<sup>57</sup> Jamfør åvl. § 40.

<sup>58</sup> Se åvl. §§ 40 og 41.

<sup>59</sup> Jamfør åvl. § 42, annet ledd.

<sup>60</sup> NOU 2013: 2, del fire om immaterielle rettigheter.



### 3 Tilgjengeliggjøringsretten

#### 3.1 Det rettslige utgangspunktet for tilgjengeliggjøringsretten

Tilgjengeliggjøringsretten er opphavsmannens rett til å gjøre eget verk tilgjengelig for allmennheten. I følge åvl. § 2, tredje ledd, er tilgjengeliggjøringsretten en enerett til å spre verket til allmennheten, vise verket for offentligheten og fremføre verket for offentligheten.<sup>61</sup> Den private bruk faller utenfor opphavsmannens enerett. Det er fristende å omtale dette som en innskrenkning i opphavsmannens enerett, men det medfører ikke riktighet. Knoph omtaler det som ”en del av ophavsretens prinsipielle struktur”.<sup>62</sup> Knoph skrev i 1936 at den ”offentlige meddelelse” ville omfattes av opphavsmannens enerett, ikke det som skjer i privatlivet. Begrunnelsen er blant annet lovgivers vegring mot å regulere privatlivets anliggende og at det ofte vil være praktisk umulig.<sup>63</sup> På det private området er det mer naturlig å snakke om en rett for privatperson til å råde over egen eiendom.

I en innstilling fra den norske delegasjonen til det nordiske opphavsrettssamarbeidet fra 1938 fremgår det at begrepet ”tilgjengelig for allmennheten” skal tolkes vidt. Opphavsmannens enerett skal omfatte alle måter å gjøre verket tilgjengelig på, fra offentlig opptelling, fremføring, kringkasting til avspilling via høyttaler.<sup>64</sup>

Rognstad skiller mellom eksemplarubundet og eksemplarbundet tilgjengeliggjøring for allmennheten. Den eksemplarbundne tilgjengeliggjøringsretten består av visning- og spredningsretten. Den eksemplarubundne tilgjengeliggjøringsretten er retten til offentlig fremføring. Begrepet fremføring i åndsverklovens forstand skal i likhet med ”tilgjengelig for all-

---

<sup>61</sup> Åvl. § 2, tredje ledd, henholdsvis litra a, b og c.

<sup>62</sup> Knoph (1936) s. 87.

<sup>63</sup> Knoph (1936) s. 87.

<sup>64</sup> De norske delegertes innstilling av 1938 s. 11.

mennheten” forstås vidt.<sup>65</sup> Begrepet omfatter livefremføring, fremføringer ved hjelp av tekniske hjelpemidler og overføringer til allmennheten.<sup>66</sup> En overføring til allmennheten kan både være en overføring hvor det foretas en aktiv handling som gjør verket tilgjengelig for allmennheten, men det kan og være en handling hvor man bare gjør verket tilgjengelig, men hvor mottaker selv må foreta en aktiv handling for å få tilgang. I forarbeidene legges det derimot til grunn at ”tilrådighetsstillelse av utstyr for personlig, interaktiv bruk, som hovedregel ikke vil være å anse som en tilgjengeliggjøring for allmennheten”.<sup>67</sup> Årsaken er at brukeren i så tilfelle selv må disponere de verkene han vil ha tilgang til. Han får ikke servert og presentert verket. Dermed vil et krav om nærhet mellom handlingen til potensiell fremfører og bruker ikke være oppfylt.<sup>68</sup>

Opphavsmannens enerett til å fremføre verket for offentligheten eksisterer side og side med åvl. § 45b, som tillater bruk av lydopptak gjennom kringkasting. Opphavsmannen har ved slik bruk krav på vederlag.

Opphavsmannens enerett til ”offentlig fremføring” er med andre ord et element av opphavsmannens rett til å gjøre hans verk ”tilgjengelig for allmennheten”. Dette skillet er ikke alltid like klart i rettskildene. Det er derfor viktig å være bevisst på at uttalelser om ”tilgjengeliggjøring for allmennheten” i alt det vesentlige gjelder ”offentlig fremføring”. Når tilgjengeliggjøring skjer for allmennheten og fremføring foregår for offentligheten, betyr allmennhet og offentlighet det samme etter dansk rett.<sup>69</sup> Norske forarbeider legger til grunn at fremføringen er ”offentlig” når den er ”rettet mot allmennheten”.<sup>70</sup> Begrepene har et

---

<sup>65</sup> Rognstad (2009) s. 178.

<sup>66</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.2.

<sup>67</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 5.

<sup>68</sup> Mer om dette kravet følger i pkt. 4.1.6.

<sup>69</sup> Schovsbo (2011) s. 130.

<sup>70</sup> Se Ot.prp. nr.46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.2.

nokså ensartet innhold i nordisk rett, videre også i EU-retten.<sup>71</sup> Dette gjennomgås senere i oppgaven.

### **3.2 Infosoc-direktivets betydning for tilgjengeliggjøringsretten**

Infosoc-direktivet er gjennomført i norsk rett og oppstiller krav til nasjonal lovgiver vedrørende opphavsmannens rettigheter. Artikkel 3 i Infosoc-direktivet gir opphavsmannen enerett til å offentlig fremføre verk, samt gjøre tilgjengelig andre ”beskyttede gjenstander”. Opphavsmannens enerett gjelder hvis allmennheten selv kan velge når og hvor de vil ha tilgang. Dette gjennomfører norske myndigheter i åvl. § 2.<sup>72</sup> Dermed er kringkasting av lydopptak tillatt hvis mottaker ikke kan styre når og hvor han vil høre opptaket. Dette er lovfestet i åvl. § 45b, som er nært knyttet til utleiedirektivet art. 8 (2).

## **4 Fremføringsretten**

### **4.1 Det rettslige utgangspunkt, åndsverkloven § 2**

Den primære hjemmelen vedrørende tilgjengeliggjøring for allmennheten er åvl. § 2. Åndsverkloven § 2, tredje ledd gjelder spesifikt når verk blir gjort tilgjengelig for allmennheten. I tredje ledd, litra c fremgår det at en offentlig fremføring av verk vil være en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Åvl. § 2, fjerde ledd fastslår at en kringkasting eller annen overføring til allmennheten også er offentlig fremføring, det gjelder og hvis verket er tilgjengeliggjort slik at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang. Dette fremkommer av åvl. § 2, tredje ledd. Fjerde ledd ble tilføyd i 2005 og fungerer som en presisering

---

<sup>71</sup> Når det i oppgaven vises til uttalelser og praksis rundt tilgjengeliggjøring for allmennheten vil det også gjelde fremføringsretten, men mindre det er opplyst om annet.

<sup>72</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.2.

og eksemplifisering av begrepet offentlig fremføring i tredje ledd. Det er derimot ikke noe krav at verket er tilgjengelig på valgfritt sted eller tidspunkt for mottaker.<sup>73</sup>

En livefremføring av et musikkstykke vil og være en fremføring. Det behøver altså ikke å være et opptak. Til og med en overføring over et datanettverk som gir enkeltbrukere tilgang vil være en offentlig fremføring.<sup>74</sup> En fremføring uten bruk av tekniske hjelpemidler, hvor man viser eksemplar av verket til et fysisk publikum som er tilstede under visningen vil derimot ikke være en fremføring. Det vil være en visning, jf. åvl. § 2, tredje ledd litra b. Dette vil være tilfellet ved visning av kunst. Det er tidvis et uklart skille mellom hva som er visning, jf. åvl. § 2, tredje ledd litra b, og hva som er en fremføring, jf. åvl. § 2, tredje ledd litra c. Dette har blitt noe klarere etter lovendringen i 2005, hvis forarbeider også vektla det vanskelige skillet visning og fremføring.<sup>75</sup> Man vil ofte skille de fleste tilfeller ved å vurdere om det er en visning av eksemplar, som foregår ”uten bruk av tekniske hjelpemidler”.

Hensyn bak opphavsretten taler for at ”offentlig fremføring” er et begrep som må ses i lys av samfunnsforhold og teknologisk utvikling.<sup>76</sup> Det er ikke et statisk begrep, men et dynamisk et som må tolkes og vurderes.<sup>77</sup> Dette er en følge av at lovgiver har valgt en lovgiverteknikk som gir rom for tolking.

---

<sup>73</sup> Svea Hovrätt B 4041-09 s.17.

<sup>74</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.2.

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.2.

<sup>76</sup> Ved å betrakte ”offentlig fremføring” som et statisk begrep vil opphavsmannens enerett og hans vern innskrenkes ved teknologisk utvikling. Nye former for fremføringsmetoder vil kunne falle utenfor begrepet.

<sup>77</sup> Følger av danske forarbeider og kan legges til grunn i norsk rett. Se Folketingstidende 1960/1961, B, spalte 629.

Sterke grunner taler for at innholdet i begrepene ”tilgjengeliggjøring av ... verk for allmennheten” og ”offentlig fremføring” i Infosoc art. 3 (1), samsvarer med begrepene ”tilgjengelig for allmennheten” og ”offentlig fremføring” i åvl. § 2. Lik begrepsbruk taler sterkt for at innholdet er likt. Videre at begrepene i åndsverkloven ble endret som følge av implementering av Infosoc-direktivet.<sup>78</sup> Lov og forarbeider taler for likt innhold, rettspraksis gir heller ingen indikasjon på at innholdet etter norsk rett er svakere eller sterkere enn det vernet Infosoc-direktivet oppstiller.<sup>79</sup> Videre er det et krav om lik forståelse av Infosoc-direktivets begreper i EU/EØS.<sup>80</sup> Ved ulike nasjonale tolkninger av begrepene i Infosoc-direktivet vil innholdet i opphavsmannens vern følgelig bli ulikt. Dette vil ikke være i tråd med Infosoc-direktivet.

## **4.2 Krav om fremføring**

For at det skal være snakk om en ”offentlig fremføring” er det klart at det må foreligge en faktisk fremføring. Etter norsk rett er det klart at begrepet ”fremføring” favner vidt. Dette behandles inngående i punkt 4.2 om ulike former for fremføring.

I dansk rett er det lagt til grunn at begrepet ”fremføring” i ophl. § 2, stk. 4 skal forstås bredt og gis et vidt innhold.<sup>81</sup> Det er klart at ”fremføring” i åvl. § 2 vil omfatte betydelig mer enn den naturlige språklige forståelsen av ordet.<sup>82</sup> EU-domstolen har tidligere påpekt at Infosoc-direktivet ikke gir anvisning på hvordan begrepet ”overføring til almenheten” skal forstås, men at begrepet skal forstås bredt.<sup>83</sup> I betraktningene til Infosoc-direktivet frem-

---

<sup>78</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.2.

<sup>79</sup> Videre drøftelse av begrepslikheten i åvl. § 2 og Infosoc-direktivet art. 3(2) følger i pkt. 4.1.4.

<sup>80</sup> C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 31.

<sup>81</sup> Schönning og Blomqvist (2011) s. 296.

<sup>82</sup> Rognstad (2009) s. 175-176.

<sup>83</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 33 og 36.

kommer det at ”offentlig fremføring” skal tolkes vidt. ”All formidling til allmenheten som ikke er til stede på formidlingens opprinnelsessted” skal omfattes.<sup>84</sup> I Rafael Hotels-saken viser EU-domstolen til at en vid forståelse av begrepet ”overføring til allmennheten”, vil bidra til å fremme direktivets formål om et ”højt beskyttelsesniveau for bl.a. op-havsmænd”.<sup>85</sup>

Betrakting 24 til Infosoc-direktivet presiserer at art. 3 (2) skal omfatte all tilgjengeliggjøring til ”allmennhet som ikke er til stede ved tilgjengeliggjøringens opprinnelsessted, og som ikke å omfatte noen andre handlinger.”<sup>86</sup>

### **4.3 Krav om at fremføringen er offentlig**

Der skoen trykker i åvl. § 2, tredje ledd litra c, er uttrykket ”fremføres offentlig”. Man må trekke et skille mellom den private og offentlige fremføring. Knoph påpekte allerede i 1936 at man var nødt til å trekke en nedre grense for begrepet ”offentlig”.<sup>87</sup> Verken i den gamle eller den nye åndsverkloven gis det en forklaring eller definisjon på hva som er en offentlig fremføring. Tilgjengeliggjøring for allmenheten har jeg tidligere omtalt som et paraplybegrep, den offentlige fremføring faller inn under denne paraplyen. Rognstad fremholder at en fastleggelse av innholdet i begrepet ”allmennheten”, er en vurdering som sammenfaller med fastleggelsen av innholdet i ”offentlig fremføring”.<sup>88</sup> Det er et omfattende samspill mellom begrepene i åvl. §§ 2 og 45b.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> St.prp. nr. 6, vedlegg 2, betrakting 23.

<sup>85</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 36.

<sup>86</sup> St.prp. nr. 6, vedlegg 2, betrakting 24.

<sup>87</sup> Knoph (1936) s. 89.

<sup>88</sup> Rognstad (2009) s. 178.

<sup>89</sup> Mer om dette i pkt. 6.

Det er klart at den private sfære faller utenfor definisjonen av ”allmennheten” i åvl. § 2. Det følger motsetningsvis av at den offentlige fremføring tilligger opphavsmannen.<sup>90</sup> Det som skjer på det private området i en privat sammenheng er naturligvis ikke en handling som foretas ”offentlig. Man kan spille av platen sin hjemme, sette på film og bedrive høytlesing av boken man selv har kjøpt foran kjernefamilien. Det vil være innenfor den private sfære.<sup>91</sup> Spilling av radio over høyttalere eller film på storskjerm i kaféløkale eller kulturhus, som er tilgjengelig for hvem som helst som går forbi, samt et stort antall publikumme-re vil derimot klart falle inn under begrepet ”allmennheten”. Ytterpunktene er uproblema-tiske å forholde seg til.<sup>92</sup> Det er grensetilfellene som er egnet til å skape tvil. Ved lovend-ringen i 2005 endret man begrepet ”fremføres utenfor det private området” i åvl. § 2, tredje ledd, til ”offentlig fremføring”. Det medførte ingen realitetsendring.<sup>93</sup> Vurderingen vil fort-satt være den samme og bero på om fremføringen skjer innenfor den private sfære.

På nordisk nivå har man i stor grad forsøkt å oppnå rettsenhet vedrørende ”tilgjengeliggjø-ring for allmennheten” og ”offentlig fremføring”. Dette som følge av det nordiske lovgiv-ningssamarbeidet. Rent retts teknisk er åvl. § 2 utformet noe ulikt i de forskjellige landene, terminologien er heller ikke lik. Likevel vil det være relevant å se hen til de andre lands praksis. Sverige og Danmark har en tredeling ved tolkingen av begrepet ”allmennhet”. De skiller mellom det som er offentlig og privat, men de har også en mellomkategori; større sluttet krets”.<sup>94</sup> Tilsvarende gjelder ikke i Norge. Norsk rett skiller bare mellom det som skjer i den offentlig og den private sfære. Likevel vil man etter både norsk, svensk og dansk rett måtte konkludere med at en handling enten er privat eller offentlig. Handling som ikke faller innunder den private sfære, skjer offentlig. Peter Schönning skriver at gren-

---

<sup>90</sup> Knoph (1936) s. 89.

<sup>91</sup> Rognstad (2009), s. 157.

<sup>92</sup> Knoph (1936) s. 89.

<sup>93</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.2.

<sup>94</sup> Rognstad (2009) s. 187.

sen mellom en offentlig og en ikke-offentlig fremføring er spørsmålet om man skal betale vederlag til opphavsmennene.<sup>95</sup> Dette gjør det viktig å fastslå om det er en offentlig fremføring, den vil kunne være lovstridig eller utløse vederlagsplikt. Mogens Koktvedgaard påpeker at en offentlig fremføring etter dansk rett ikke fordrer at alle og enhver har mulighet til å oppleve fremførelsen. Videre at den konkrete grensedragningen er ”ganske vanskelig”.<sup>96</sup>

Da Norge skulle gjennomføre Infosoc-direktivet art. 3 (1) ble det naturligvis diskutert om norsk rett var i samsvar med kravene i direktivet. Ordlyden ”fremføres utenfor det private området” ble erstattet med ”offentlig”. I en Odelstingsproposisjon presiserer derimot departementet at det ikke ville innebære noen realitetsendring.<sup>97</sup> I samme proposisjon vies det plass til en kommentar fra Advokatforeningen, som ikke stilte seg negative til endringen. De mente likevel at en endring av ordlyden fra ”utenfor det private området” til ”offentlig”, for fremtiden ville medføre en plikt for norske myndigheter til å fastsette innholdet i begrepet i lys av EU- og EFTA-domstolens praksis. Dette kunne by på utfordringer og den norske praksis rundt begrepet ville potensielt måtte endres. Departementet var enig i at vurderingen av begrepets rekkevidden for fremtiden ville tilligge EU/EFTA-domstolen. Dette ville likevel ikke ”medføre en innsnevring av eneretten”.<sup>98</sup> Rettstilstanden på endringstidspunktet var allerede slik at fremføring utenfor det private området var å regne som offentlig. Dette må tale for at en utvidelse heller ikke var aktuelt. Per i dag er det klart at EU-praksis har stor betydning for tolkingen av innholdet i begrepet ”offentlig”. Begrepet ”offentlig fremføring” i Infosoc-direktivet er autonomt.<sup>99</sup> Det vil ikke være opp til medlemsstatene selv å bestemme innholdet og rekkevidden av begrepet.

---

<sup>95</sup> Schönning (2001) s. 630.

<sup>96</sup> Koktvedgaard (2005) s. 130-131.

<sup>97</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.2.

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.2.

<sup>99</sup> C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 31.



Som det fremgår taler sterke grunner for at begrepene i Infosoc-direktivet art. 3(2) og åvl. § 2 samsvarer, dette er også nevnt i punkt 4.1.4. Selve vurderingen offentlig eller privat fremføring drøftes i punkt syv.

#### **4.4 Krav om nærhet mellom handling og tilgjengeliggjøring**

Ved vurderingen av om en fremføring er offentlig, vil man samtidig måtte sette en grense for kravet til sammenheng mellom tilgjengeliggjøringshandlingen og tilgangen til verket. For at det skal være snakk om en offentlig fremføring, må det ha skjedd en tilgjengeliggjøring for allmennheten. En for fjerntliggende sammenheng vil ikke oppfylle ”nærhetskravet” og det vil ikke være snakk om en offentlig fremføring. Dette kravet er ikke lovfestet, men kan leses ut fra rettspraksis, jf. Smartkortdommen.<sup>100</sup> Det fremgår også av forarbeider.<sup>101</sup> Enhver handling hvor noen får tilgang til et åndsverk er ikke en tilgjengeliggjøring. Dette ville være høyst upraktisk og særs vanskelig å kontrollere. I Smartkortdommen ble tiltalte frifunnet for brudd på åndsverkloven. Tiltalte bedrev ulovlig salg av smartkort til TV-dekodere for å få inn TV-kanaler gratis.<sup>102</sup> Høyesterett nevner ikke noe krav om nærhet mellom handling og tilgang til åndsverk, men det ligger som ris bak speilet at Høyesterett mente det ikke var nær nok sammenheng mellom tiltaltes ulovlige handlinger og kjøpernes tilgang til TV-kanaler.<sup>103</sup> Domstolen la til grunn at tiltalte hadde gitt uvedkommende mulighet til å selv skaffe seg tilgang til kanaler, men at selgers handlinger ikke kunne kalles en fremføring. Handlingen hadde ikke kvalifiserende nærhet til fremføringen.

---

<sup>100</sup> Se Rt-1995-35. Det kan i en viss grad også leses ut fra Rt-2005-41. I sistnevnte dom tok ikke domstolen direkte stilling til om det var en tilgjengeliggjøring, men drøftet det i utstrakt grad. Det ligger som ”ris bak speilet” at det skal være en viss nærhet.

<sup>101</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.3.

<sup>102</sup> Rt-1995-35.

<sup>103</sup> Rognstad (2009) s. 180-181.

I en odelstingsproposisjon fremholder departementet at det for å kvalifisere til en tilgjengeliggjøring i åndsverklovens forstand, må ”være en viss nærhet mellom handlingen og allmennhetens tilgang til verket”.<sup>104</sup> De viser i den sammenheng til den nevnte Smartkorddommen.<sup>105</sup> En hvilken som helst handling som bidrar til at allmennheten får tilgang til et verk skal ikke omfattes av åvl. §§ 2 eller 45b.<sup>106</sup> I samme odelstingsproposisjon skriver departementet at de opprettholder ”... sitt standpunkt om at tilrådighetsstillelse av datautstyr med internettilgang uten noen videre tilrettelegging av hva den enkelte bruker kan se på skjermen, ikke er å anse som en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Følgelig foretar heller ikke den som stiller utstyret til rådighet noen offentlig fremføring av de verk og arbeider som den enkelte bruker velger å konsultere.”<sup>107</sup>

Støtte for dette synet finnes også i betraktningene til Infosoc-direktivet.<sup>108</sup> Der sies det uttrykkelig at den rene tilrådighetsstillelse av et anlegg som kan fremføre et verk, ikke isolert sett er en fremføring etter Infosoc-direktivet. Dette er grunnet kravet til nærhet mellom handlingen og tilgangen til verket. Det er brukeren som selv oppnår tilgangen til verkene gjennom egne handlinger. Brukeren får ikke tilbudt et verk, men må selv ordne seg tilgang. Det at utstyret har blitt gjort tilgjengelig for brukeren, betyr imidlertid ikke at verket er tilgjengeliggjort for allmennheten. Dermed vil tilgang til datamaskin i offentlige lokaler ikke nødvendigvis være en tilgjengeliggjøring eller fremføringshandling i åndsverklovens forstand.<sup>109</sup>

---

<sup>104</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.3.

<sup>105</sup> Rt-1995-35.

<sup>106</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.3.

<sup>107</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.3.

<sup>108</sup> Infosoc-direktivet 2001/29/EF, betraktning 27.

<sup>109</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.3.

I nyere tid har det vist seg at konvergensutviklingen kan by på problemer ved vurderingen av nærhetskrevet. Når flere funksjoner blir integrert i den samme utstyrsenheten oppstår spørsmålet om enheten gir mulighet for ”personlig interaktiv bruk”, og således ikke behøver å være en offentlig fremføring.<sup>110</sup> I Leiebilddommen var leiebiler utstyrt med en multimediaenhet, som blant annet hadde radiotilgang. Dette mente tingretten var en ”offentlig fremføring”.<sup>111</sup> Tingretten la ikke vekt på at radioen var en del av en multimediaenhet. Den hadde blant annet ikke hadde internetttilgang. Det avgjørende var den faktiske realitet, bilene var ”tilrettelagt særskilt for mottak av kringkastingssendinger”<sup>112</sup>. Det bemerkes likevel at det i fremtiden kan skje en konvergensutvikling som medfører at teknisk utstyr får internetttilgang, og dermed må stille i samme kategori som datamaskin med internetttilgang på offentlig sted.

#### **4.5 Åndsverkloven § 2 er ikke uttømmende og fremføringen konsumeres ikke**

Det fremgår uttrykkelig av forarbeidene at åvl. § 2, fjerde ledd ikke er uttømmende.<sup>113</sup> Videre bortfaller ikke fremføringsretten etter at verket er fremført en gang, men gjelder for hver fremføringshandling, så lenge verket er innenfor vernetiden.<sup>114</sup> En offentlig fremføring konsumeres altså ikke.<sup>115</sup> I Napster-saken uttaler Høyesterett at ”eneretten til tilgjengeliggjøring går ikke tapt når verket er offentliggjort første gang. Videreføring av en annens tilgjengeliggjøring er å anse som en selvstendig tilgjengeliggjøring.” Domstolen legger til

---

<sup>110</sup> Jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt.5, merknad til åvl. § 2, fjerde ledd.

<sup>111</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012, se dommens konklusjon s. 27. Dommen er ikke rettskraftig og har svært liten rettskildeværdi. Jeg bruker den som eksempel på konvergensutvikling. Ikke som rettskilde.

<sup>112</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.20.

<sup>113</sup> Ot.prp nr. 46 (2004-2005) pkt. 5, forslag til endring av åvl. § 2. Samt Rt-2005-41.

<sup>114</sup> Rognstad (2009) s .156-157.

<sup>115</sup> Ot.prp nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.2.

grunn at kravet er oppstilt i teorien og viser til Mornington-dommen, Smartkortdommen og Bedriftsmusikk.<sup>116</sup>

#### **4.6 Fremføringsretten er teknologinøytral**

Fremføringsretten er teknologinøytral.<sup>117</sup> Måten tilgjengeliggjøringen foregår på, vil som utgangspunkt være uten betydning.<sup>118</sup> Dette er delvis et grep for at åndsverkloven skal holde tritt med den teknologiske utviklingen. Tilsvarende synspunkter er lagt til grunn i Sverige.<sup>119</sup> Rognstad eksemplifiserer med å fastslå at tekst på en lysbildepresentasjon, e-post med bilde og tekstutdrag på nettsider er fremføring på lik linje med musikk over radioen og film på TV.<sup>120</sup> I Mornington-dommen slo Högsta domstolen fast at man ved å gi hotellgjestene sine tilgang til tv og radio på hotellrommet foretok en offentlig fremføring. Måten kringkastingssendingene ble gjort tilgjengelig for gjestene på var irrelevant.<sup>121</sup>

Hotellrom-dommen omhandlet en irsk hotelleiers plikt til å betale avgift til vederlagsbyrå i Irland for utplassering av TV/radio på hotellrommene. I dommen ble det også vurdert hvorvidt annet utstyr enn TV og radio, som muliggjorde avspilling av digital eller analog musikk, var en ”kommunikasjon til offentligheten”.<sup>122</sup> Domstolen svarte bekreftende på dette. Utstyret som brukes for å fremføre åndsverket er følgelig uten betydning. Hvorvidt verket blir gjort tilgjengelig via fjernsyn, radio, nettbrett osv. er irrelevant.

---

<sup>116</sup> Rt-2005-41 avsnitt 43.

<sup>117</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.2 og Rt-2005-41 avsnitt 42, om at ”tilgjengeliggjøring for allmennheten” er et teknologinøytralt begrep.

<sup>118</sup> Rognstad (2009) s. 155.

<sup>119</sup> Levin (2011) s. 140-141.

<sup>120</sup> Rognstad (2009) s. 176-177.

<sup>121</sup> Rognstad (2009) s. 180.

<sup>122</sup> Sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland avsnitt 69.

I Leiebilddommen påpekes det at en avspilling eller overføring av musikk ved bruk av teknisk utstyr er en fremføring.<sup>123</sup> Hvordan fremføringen foretas har i utgangspunktet intet å si for om det er en tilgjengeliggjøring. I praksis kan det nok tenkes at fremføringer ved bruk av teknisk utstyr lettere kan falle inn under begrepet ”offentlig fremføring”, som følge av praktiske konsekvenser, eksempelvis at fremføringen lettere vil spres fortere, være lettere tilgjengelig og så videre.

## 4.7 Ulike former for fremføring

### 4.7.1 Generelt om kategoriseringen

I nordisk teori er det vanlig å omtale tilgjengeliggjøring for allmennheten som et paraplybegrep. I svensk teori viser man deretter gjerne til offentlig fremføring, offentlig visning, spredning til allmennheten og overføring til allmennheten som sidestilte underbegreper.<sup>124</sup> Dette er et resultat av at den svenske lag om opphovsrett § 2 er utformet annerledes enn den norske og danske § 2. I Norge og Danmark har man valgt å la ”overføring til allmennheten” gå innunder begrepet ”offentlig fremføring”. Departementet uttalte at sidestilling av begrepet ”overføring til allmennheten” sannsynligvis ikke ville medført noen utvidelse av gjeldende rett.<sup>125</sup> Svensk praksis rundt ”overføring til allmennheten” vil fortsatt være relevant ved vurderingen av hva som er ”offentlig fremføring” i norsk og dansk rett. Innholdet er det samme, til tross for at strukturen er ulik. I internasjonal sammenheng har derimot begrepet ”overføring til allmennheten” et uensartet innhold. WIPO-traktatene, Bernkonvensjonen og EU-retten har ikke et harmonisert begrepsinnhold.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.15.

<sup>124</sup> Rosén(2012) s. 39, Olsson (2009) s 88.

<sup>125</sup> Ot.prp. nr.46 (2004-2005) pkt. 3.2.2.

<sup>126</sup> Graden av innholdets ulikheter er vanskelig å uttale seg om. EU-domstolen uttaler at begrepene må ses i lys av andre interansjonale rettskilder, mens norske forarbeider legger til grunn at begrepsinnholdet er ulikt. Da jeg i oppgaven i svært begrenset grad viser til

Felles for de ulike typene fremføring er at fremføringen ikke konsumeres. Som nevnt er retten til offentlig fremføring tilknyttet selve verket, ikke den enkelte fremføringshandling.<sup>127</sup> Her skiller fremføringsretten seg fra sprednings- og visningsretten, hvor retten konsumeres ved første gangs bruk.<sup>128</sup>

#### 4.7.2 "Live" fremføring av verk

En "live" fremføring på et offentlig sted; restaurant, fotballkamp, pauseunderholdning på konsert etc. vil åpenbart kunne være en offentlig fremføring. Dette gjelder uansett om fremføringen skjer "live" eller direkte gjennom tekniske hjelpemidler, da fremføringsretten er teknologinøytral.<sup>129</sup>

#### 4.7.3 Distanseoverføringer av verk

I 2005 ble åndsverkloven endret.<sup>130</sup> Blant annet fikk § 2 et fjerde ledd. Som følge av denne lovendringen er det nå sikker rett at offentlig fremføring ikke er begrenset til kringkasting, men på generell basis også omfatter distanseoverføringer. Da kan man tenke seg fremføring av verk via internett som kan oppnås via datamaskin, mobil, nettbrett, multimedieenheter og så videre.<sup>131</sup> Når man sitter hjemme i sin egen stue og bestiller en film gjennom en "on demand-tjeneste" og selv velger tid og sted for når man vil se filmen, er det ikke språklig

---

andre internasjonale rettskilder enn EU-retten får det liten betydning. For mer se Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.1.

<sup>127</sup> Ot.prp. nr.46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.1.

<sup>128</sup> Rognstad(2009) s. 179.

<sup>129</sup> Ot.prp. nr.46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.1.

<sup>130</sup> Lov 2005-06-17 nr. 97: Lov om endringer i åndsverkloven m.m.

<sup>131</sup> Rognstad (2009) s. 176.

åpenbart at det er snakk om en offentlig fremføring, men juridisk er det hold for en slik konklusjon.<sup>132</sup>

#### 4.7.4 Videreending av verk

Videreending av signaler vil i mange tilfeller være en ”offentlig fremføring”. Dette har nær sammenheng med at fremføringen ikke konsumeres. Når en fremføring finner sted, er det ikke slik at fremføringen da har skjedd og fremføringen kan videreende vederlagsfritt.<sup>133</sup> I departementets forarbeider fremgår det at fremføringsbegrepet omfatter hver enkelt gang fremføring foretas.<sup>134</sup> I forarbeidene står det videre at begrepet offentlig fremføring i åvl. § 2 dekker kringkasting, men også videreending til allmennheten.<sup>135</sup> En videreending som er en selvstendig fremføring hvor et nytt publikum får tilgang vil altså rammes av fremføringsretten. Støtte for dette prinsippet finnes også i Bernkonvensjonen art. 11 bis første ledd pkt. 2. Som sier at opphavsmannen har enerett til overføring av radiosignal, også når overføringen foretas av ”annet foretak enn det opprinnelige”.<sup>136</sup>

Av norsk rettspraksis kan det vises til Napster-dommen.<sup>137</sup> Spørsmålet var om tiltalte ved å legge ut linker til opphavsrettslig beskyttet materiale hadde gjort det tilgjengelig for allmennheten og var erstatningspliktig etter åvl. § 55. I avsnitt 43 fremgår det at en videreending av verk gjort tilgjengelig for allmennheten vil være en tilgjengeliggjøring i seg selv. I europeisk sammenheng kan man nevne Rafael Hotels-dommen.<sup>138</sup> Saken stod mellom et spansk hotell og vederlagsbyrået i Spania som tilsvarer Gramo i Norge. Spørsmålet var om

---

<sup>132</sup> Rognstad (2009) s. 176, jf. åvl. § 2, fjerde ledd.

<sup>133</sup> Lund, Astri M. (2001) s. 609.

<sup>134</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 16.

<sup>135</sup> Ot.prp. nr.46 (2004-2005) pkt. 3.2.2.

<sup>136</sup> Bernkonvensjonen art. 11 bis, første ledd, punkt to.

<sup>137</sup> Rt-2005-41.

<sup>138</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA.

TV på hotellrom som kunne fremføre verk var en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Man tok som utgangspunkt at videresending av kringkastingssignaler til gjestene var en fremføring til et ”nytt publikum”. Hadde det ikke vært for videresendingen hadde ikke gjestene hatt tilgang til verket. De støttet seg til et fortolkningsdokument til Bernkonvensjonen utarbeidet av WIPO.<sup>139</sup> Er det et ”bredere publikum” som får tilgang til fremføringen og et økonomisk motiv bak, vil videresendingen være en selvstendig handling i form av tilgjengeliggjøring for allmennheten.<sup>140</sup>

Tilsvarende argumentasjon brukte EU-domstolen i Hotellromsaken.<sup>141</sup> Hotell som videresendte kringkastingssignal til rommene måtte betale vederlag, selv om kringkastingsforetaket allerede hadde betalt vederlag for egen kringkasting. Det var en ny og selvstendig fremføring av verkene. Et nytt publikum fikk tilgang, et publikum som opphavsmennene ikke hadde tatt i betraktning ved første kringkasting.<sup>142</sup> Man vektla videre at videresendingen medførte økonomisk vinning for hotellet.<sup>143</sup>

En videresending av verk er altså en type fornyet offentlig fremføring, også kalt sekundærfremføring, og kan være en offentlig fremføring.<sup>144</sup> En videresending av sekundærfremføring vil også kunne være en offentlig fremføring.<sup>145</sup>

---

<sup>139</sup> Understanding Copyright and Related Rights, WIPO.

<sup>140</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA premiss 41-43.

<sup>141</sup> Sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland.

<sup>142</sup> Sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland avsnitt 49.

<sup>143</sup> Sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland avsnitt 44 og 45.

<sup>144</sup> Rt-1953-633.

<sup>145</sup> Ot.prp. nr.15 (1999-2000) s. 32.



#### 4.7.5 Tilrådighetsstillelse og utplassering av utstyr

Tilrådighetsstillelse av utstyr kan være en kvalifiserende form for offentlig fremføring. Av rettspraksis kan det utledes at radio/TV på hotellrom og jukeboks på kafé både er en tilrådighetsstillelse og en offentlig fremføring.<sup>146</sup> I Jukeboksdommen legger Høyesterett, enstemmig, til grunn at en utplassering av jukeboks i kaféen på et hotell var en vederlagspliktig fremføring.<sup>147</sup> Dette er en følge av at offentlig fremføring også rammer fremføring ved bruk av teknisk hjelpemiddel.

Man er likevel nødt til å trekke en grense. Spesielt bør man med varsomhet gjøre den rene tilrådighetsstillelse, hvor man ikke foretar noen annen aktiv handling enn å tilby utstyr, til en offentlig fremføring. Det som i en slik sammenheng blir avgjørende er hvorvidt brukeren tilbys et ”bestemt innhold”. Departementet uttaler at datamaskiner med internettilgang utplassert på offentlige lokaler, hvor man ikke tilbys et bestemt innhold vil være innenfor det ”private området”.<sup>148</sup> Ved kringkasting er det derimot klart at innholdet er bestemt. Ved ”strømmetjenester” og andre ”på etterspørsel-tjenester” er det et større, men fortsatt bestemt innhold som tilbys. Ved en multimedieenhet integrert i leiebiler har man kanskje beveget seg over i en gråsoner.<sup>149</sup>

I en finsk dom la finsk høyesterett til grunn at utplassert mottaksutstyr på hotellrom utløste vederlagsplikt, da dette var å regne som en selvstendig offentlig fremføring.<sup>150</sup> I Mornington-dommen mente svensk høyesterett at et hotell med fjernsyn og antenne på rommene foretok offentlig fremføring. Hotellet videresendte ikke signal, men stilte til rådighet signalmottaker (antenne) og fremføringsutstyr (fjernsyn). Med andre ord en ren tilrådighets-

---

<sup>146</sup> NJA 1980 s. 123 og Rt-1964-782.

<sup>147</sup> Rt-1964-782.

<sup>148</sup> Høringsutkast om forslag til endringer i åndsverkloven m.m. s.75-76.

<sup>149</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012. Ikke rettskraftig.

<sup>150</sup> HD 2002:20 Bostadshotell.

stillelse. Dommen gir en sparsom begrunnelse for resultatet og ble avsagt under tvil, med en dissenterende dommer. Ifølge domstolen hadde saken vært klarere hvis hotellet videre-sendte kringkastingssignalet.<sup>151</sup> Torvund mener at domstolen ”snubler... og falt ned på feil side [av grensen mellom privat og offentlig fremføring]”.<sup>152</sup>

I Rafael Hotels dommen mente EU-domstolen at ”den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter ikke i sig selv udgør en overføring...”, jf. Infosoc-direktivet. Når hotellet derimot tilfører fjernsynene kringkastingssignal vil det være en overføring til allmennheten ”... uanset hvilken teknik der anvendes for transmissionen af signalet...”, jf. Infosoc-direktivet art. 3 (1).<sup>153</sup>

Rettspraksis gir ikke et klart svar på rettstilstanden. Det kan synes merkelig at man skal kunne fremføre et åndsverk, utelukkende ved å stille avspillingsutstyr og signalmottaker tilgjengelig. Skulle man derimot avgjøre at dette ikke var en form for fremføring ville man eksempelvis kunne tilby utleie av kinosaler og la folk spille av egne filmer og slippe unna vederlagskrav. Eller kommunen kunne plassere radioer i parker, som besøkende selv måtte skru på. I alle tilfelle er det grunn til å være forsiktig med å karakterisere den rene tilrådighetsstillelse som en offentlig fremføring. For at tilrådighetsstillelsen skal være en offentlig fremføring må handlingen også oppfylle kravet om nærhet mellom tilgjengeliggjørings-handlingen og tilgangen til verket.<sup>154</sup> Spesielt i saker om ren tilrådighetsstillelse vil det være usikkert om det er tilstrekkelig nærhet mellom handlingen og verkstilgangen.

---

<sup>151</sup> NJA 1980 s. 123.

<sup>152</sup> Torvund (Musikk til arbeidet - TONOs vederlagskrav).

<sup>153</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 46-47.

<sup>154</sup> Dette er behandlet i oppgaven punkt 4.1.4.

## 5 Offentlig fremføring av lydopptak

### 5.1 Det rettslige utgangspunktet

Opphavsmannens enerett etter åvl. § 2 eksisterer side om side med mulighet for offentlig fremføring av lydopptak, jf. åvl. § 45b. Den offentlige fremføring er bare tillatt såfremt den som mottar overføringen ikke selv kan bestemme når og hvor han skal høre på opptaket, jf. § 45b, første ledd, annet punktum. Det mest praktiske bruksområdet er kringkasting og har stor praktisk betydning. Ved offentlig fremføring har tilvirker av lydopptak og utøvende kunstner krav på vederlag.<sup>155</sup>

Åndsverkloven § 45b er i stor grad et resultat av gjennomføringen av det gamle utleiedirektivet art. 8 (2).<sup>156</sup> Utleiedirektivet er et minimumsdirektiv.<sup>157</sup> Norge må derfor gi utøvende kunstnere og fonogramprodusenter de rettighetene som følger av direktivet, men kan velge å gi mer vidtgående rettigheter. Da åvl. § 45b og utleiedirektivet art. 8 gir rett på vederlag, er det en økonomisk rettighet.<sup>158</sup>

Det gamle og det nye utleiedirektivet har lik ordlyd i art. 8. Den praksis som knytter seg til det gamle direktivet vil ha rettskildevekt også for det nye direktivet, da det nye direktivet var en kodifisering av gjeldende rett.<sup>159</sup> Det var ikke tilsiktet noen realitetsendring.

---

<sup>155</sup> Åvl. § 45b.

<sup>156</sup> Wessel-Aas (2012), utlån/utleie-direktivet 2006/115/EF.

<sup>157</sup> Utleiedirektivets fortale avsnitt 16 og sag C-192/04 Lagardère Active Broadcast mod SPRE og Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL).

<sup>158</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 77.

<sup>159</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 17.

## 5.2 Mer om EU-retten

Utleiedirektivet gir rett på vederlag ved bruk av verk i kringkasting eller ”kommunikation til offentligheten”. Hva som ligger i begrepet ”kommunikation til offentligheten” er ikke opp til medlemsstatene selv å bestemme. Det ville gjøre det nærmest umulig å oppnå rettslikhet i Europa. Det er et autonomt begrep, EU-domstolen trekker opp retningslinjene for begrepets innhold.<sup>160</sup> Den skjønsmessige vurderingen i den konkrete sak vil derimot være overlatt til de nasjonale domstoler, så lenge man holder seg til retningslinjene EU-domstolen har tegnet opp.<sup>161</sup>

Da utleiedirektivet er et minimumsdirektiv er det hensiktsmessig å avgjøre om norske lovgivere har valgt å gi opphavsmenn et sterkere vern og bedre rettigheter enn de plikter etter utleiedirektivet. Hvis det er tilfelle vil man måtte være noe reservert ved bruk av EU-domstolens praksis i norsk rett. Forarbeidene trekker i retning av et norsk vern på tilsvarende nivå som utleiedirektivet. I en odelstingsproposisjon skriver departementet at gjeldende rett og åvl. § 45b tilfredsstillende krav vedrørende vederlagsplikt ved bruk av lydopptak.<sup>162</sup> Deretter skriver departementet at visse tiltak må gjennomføres, bl.a. må utøvende kunstnere og produsenter gis individuelle rettigheter de ikke har hatt før. Det fremkommer ikke at det er ønskelig med et sterkere vern for kunstnerne eller produsentene.

### 5.2.1 Tilsvarende vern etter åndsverkloven og utleiedirektivet

I den norske lovteksten har departementet valgt begrepet ”fremføring” i åvl. § 45b, fremfor ”kommunikation” som brukes i utleiedirektivet art. 8 (2). I forarbeidene er teksten gjengitt, men begrepsvalget er ikke begrunnet.<sup>163</sup> Det hadde vært mer språklig presist å bruke ordet

---

<sup>160</sup> Wessel-Aas (2012).

<sup>161</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 80 og 93.

<sup>162</sup> Ot.prp. nr. 15(1999-2000) pkt. 4.4.1.

<sup>163</sup> Se Ot.prp. nr. 15 (1999-2000) pkt. 2.2.2.1.

kommunikasjon eller overføring. På den annen side er det nærliggende å forestille seg at det ville fremkomme av forarbeidene, om departementet tilsiktet en reell forskjell ved å bruke ”fremføring” fremfor ”kommunikation”.

Den differensierte begrepsbruken har heller ikke vært gjenstand for stor diskusjon eller vært omtalt i særlig stor grad i juridisk teori. I den mest oppdaterte læreboken om opphavsrett, har Rognstad ikke problematisert den noe upresise oversettelsen.<sup>164</sup> Det kan synes som Rognstad mener åvl. §45b er i harmoni med utleiedirektivet art. 8 (2), og at lovgiver ikke har tilsiktet noen realitetsforskjell.<sup>165</sup>

Det har heller ikke kommet noe signal fra lovgiver eller domstol, gjennom etterarbeider eller praksis, om at innholdet i åvl. § 45b skal tolkes på annen måte enn innholdet i direktivet. Dette taler også sterkt for at norske lovgivningsmyndigheter ikke ønsker et sterkere vern. Det må kunne kreves at det i så fall uttrykkelig klargjøres. Videre taler harmoniserings- og presumpsjonsprinsippet i EU-retten for at innholdet skal tolkes likt.<sup>166</sup> Som tidligere nevnt har Høyesterett fastslått at praksis fra EU-domstolen tillegges stor vekt. I Tripp-trapp-saken kan man motsetningsvis utlede at rettspraksis fra EU-domstolen er en viktig rettskilde ved fastsettelsen av begreps innhold, hvis begrepene er benyttet i et EU-direktiv.<sup>167</sup>

På tilsvarende måte som mye taler for at innholdet i åvl. § 2 og Infosoc-direktivet art 3 (1) samsvarer, taler mye for at innholdet i åvl. § 45b og utleiedirektivet art. 8 (2) er identisk. Vernet etter åvl. § 45b kan riktignok utvides i fremtiden, hvis norske myndigheter og lovgiver ønsker det, eller rettspraksis utvikler seg i en slik retning.

---

<sup>164</sup> Rognstad (2009) s. 318 flg.

<sup>165</sup> Wessel-Aas (2012).

<sup>166</sup> Wessel-Aas (2012), jf. EØS-avtalen art. 105 og 106 og EU-rettspraksis.

<sup>167</sup> Rt-2012-1062 avsnitt 68 og 69.

## **6 Forholdet mellom åndsverkloven §§ 2 og 45**

### **6.1 Ulikt anvendelsesområde, lignende begrepsinnhold**

Åvl. § 2 hjemler en enerett for skaper av verk, til å råde over verket. Åndsverkloven § 45b hjemler en mulighet til å gjøre lydopptaket tilgjengelig for allmennheten ved offentlig fremføring.

Innholdet i begrepet ”offentlig fremføring” er likt i åvl. §§ 2 og 45b, det fremgår av forarbeidene.<sup>168</sup> Dette får bl.a. betydning for om praksis rundt åvl. § 2 har betydning og overføringsverdi i § 45b-saker og omvendt. Asker og Bærum tingrett mente at begrepet i åvl. §§ 2 og 45b var likt og viste til de samme forarbeidene.<sup>169</sup> På tross av likheten i innholdet til åvl. §§ 2 og 45b, vil man ikke kunne direkte overføre bruken av åvl. § 2 i konkrete saker, til §45b-saker og omvendt. En indirekte overføringsverdi vil derimot være svært betydelig.

### **6.2 Infosoc- og utleiedirektivet**

Infosoc-direktivet art. 3 og utleiedirektivet art. 8 kan tilsynelatende regulere like tilfeller, men det er ikke tilfelle i praksis. Infosoc-direktivet art. 3 gir opphavsmannen enerett til å offentlig fremføre eget verk. Det innebærer en rett til å stanse andres tilgjengeliggjøring av hans verk. Det er en ”preventiv rett”.<sup>170</sup> Utleiedirektivet art. 8 muliggjør en offentlig fremføring av verk, men gir rett på vederlag ved bruk. Altså ikke en preventiv rett, men en rett som utløses etter at en handling er foretatt. Infosoc art. 3 (1) skal ses i direkte sammenheng med åvl. § 2, mens utleiedirektivet art 8 (2) ses i direkte sammenheng med åvl. § 45b.

---

<sup>168</sup> Ot. prp. Nr. 15 (1999-2000) pkt. 6.

<sup>169</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.14. Ikke rettskraftig.

<sup>170</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 75.

Direktivenes ulike bruksområde ble påpekt av EU-domstolen i Tannlegedommen.<sup>171</sup> Saken gjaldt en tannlegeklinikk som spilte musikk for pasienter på venterom. Spørsmålet var om avspillingen var en ”kommunikasjon til offentligheten”, jf. direktiv 92/100 art. 8 (2).<sup>172</sup> Den italienske domstolen lurte på om Infosoc-direktivet art. 3 (2) litra b kunne anvendes for å konstatere ”kommunikasjon til offentligheten”. EU-domstolen uttalte i avsnitt 59 at Infosoc-direktivet art. 3 gjelder ”interaktive bestillingstransmissioner”. En slik tjeneste kjennetegnes av at allmennheten selv velger når og hvor de vil ha tilgang til tjenestene. Det er ikke tilfelle ved kringkasting av radiosignal. Støtte for en slik tolking finnes i betraktningene til direktivet.<sup>173</sup> EU-domstolen la heller til grunn det gamle utleiedirektivet art. 8 (2) hvis formål var å sikre utøvende kunstnere og fonogramprodusenter vederlag ved eksempelvis avspilling på radio.<sup>174</sup> Det nye utleiedirektivet art.8 lyder likt som det gamle direktivet og medfører ingen realitetsendring.<sup>175</sup>

### **6.3 Lik begrepsbruk i Infosoc- og utleiedirektivet**

Et interessant spørsmål er hvorvidt begrepsbruken i Infosoc-direktivet og utleiedirektivet skal tolkes likt. Hvis innholdet i direktivenes begreper skal forstås og brukes likt, vil praksis ha langt større overføringsverdi. Praksis rundt Infosoc art. 3 (1), vil kunne overføres til utleiedirektivet 8 (2) og omvendt. I åndsverkloven §§ 2 og 45b brukes de samme uttrykkene; ”tilgjengelig for allmennheten” og ”offentlig fremføring” i begge paragrafene. Dette er

---

<sup>171</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso.

<sup>172</sup> Direktiv 92/100 har blitt erstattet av dir. 2006/15, uten at det medfører noen realitetsendring, se fotnote 183.

<sup>173</sup> St.prp. nr. 6 (2004-2005), vedlegg 2, betraktning 25.

<sup>174</sup> Dir. 92/100/EØF.

<sup>175</sup> Det ble presisert av Kultur- og kirke departementet at den gjennomføringen av det nye direktivet ikke medførte noen ”materielle endringer”. Den nye rettsakten var utelukkende en kodifisering av gjeldende rett. Praksis knyttet rundt det gamle utleiedirektivet vil dermed fortsatt ha relevans og vekt. Se Kultur og kirke departementets bakgrunnsnotat(2007) s.31.

ikke tilfelle i Infosoc-direktivet art. 3 (1) og utleiedirektivet art. 8 (2). I den norske versjonen av Infosoc-direktivet brukes uttrykkene ”offentlig framføring av deres verk... herunder tilgjengeliggjøring av... verk for allmennheten”, mens den danske utgaven omtaler en ”overføring til almenheden... herunder tilrådighetstilleggelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang...”. Språklige ulikheter i den norske og danske oversettelsen av Infosoc-direktivet kan ikke tillegges betydelig vekt. I prinsippet skal det være et nokså ensartet vern. I den danske utgaven av utleiedirektivet art. 8 (2) står det ”kommunikation til offentligheden”.

Norske forarbeider tillegger begrepet ”offentlig fremføring” i åvl. §§ 2 og 45b tilsvarende innhold.<sup>176</sup> Dette taler for et ensartet begrepsinnhold i norsk lov. Videre har vi fastslått at åvl. §§ 2 og 45b begrepsmessig samsvarer med innholdet i henholdsvis Infosoc-direktivet art. 3 og utleiedirektivet art. 8. Dette kan gi en indikasjon på at begrepsinnholdet er i Infosoc-direktivet og utleiedirektivet er likt.

I tannlegedommen bruker EU-domstolen praksis vedrørende Infosoc-direktivet for å støtte opp om deres tolkning av utleiedirektivet. Domstolen problematiserer ikke begrepsforskjellen ”overføring til almenheden” og ”kommunikasjon til offentligheden”. Ved gjennomgangen av rettskildene bytter domstolen ut sistnevnte begrep i Infosoc-direktivet med førstnevnte begrep.<sup>177</sup> Domstolen vurderer krav om økonomisk vinning og viser til Premier League-dommen og Rafael Hotels-dommen som begge omhandler Infosoc-direktivet.<sup>178</sup> Domstolen viser også til praksis vedrørende krav om antall faktiske og potensielle mottakere, for at handlingen skal være en offentlig fremføring etter Infosoc-direktivet art. 3 (1).<sup>179</sup>

---

<sup>176</sup> Ot. prp. nr. 15 (1999-2000) pkt. 6.

<sup>177</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 24.

<sup>178</sup> Sag C-403/08 Football Association Premier League and Others, avsnitt 204 om ”vinding for øje”, samt sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 44.

<sup>179</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 84.



Dette trekker også sterkt i retning av at innholdet skal være likt. To ganger i dommen viser de videre til at begrepet ”kommunikasjon til offentligheten” skal tolkes i lys av de ”tilsvarende begreper” i Romakonvensjonen, TRIPs og WPPT.<sup>180</sup> Bakgrunnen er at man søker en tolkning av begrep som er forenelig på tvers av internasjonal opphavsrett, dermed vil det lettere oppstå rettslikhet og enhet på tvers av landegrensene. På den annen side er ikke begrepsbruken lik. Dette kan trekke i retning av at innholdet ikke er likt. Domstolen tar også et generelt forbehold om at begrepet kan ha forskjellig innhold etter de to direktivene. Nøyaktig hvordan domstolen vurderer forholdet mellom de to artiklene og direktivene er uklart. Domstolen påpeker at begrepene ”overføring til almenheten” og ”kommunikasjon til offentligheten” er ”anvendt i sammenhenge, som ikke er ens, og at formålene ganske vist er lignende, men ikke desto mindre delvist forskjellige”.<sup>181</sup> I tannlegedommen fremstår det likevel som begrepenes innhold i hovedsak er likt.

Schønning og Blomqvist mener begrepet ”almenheten” tilsvarer begrepet ”offentlig”. De viser til at det ikke er ”definert i direktivet”, men at EU-domstolen<sup>182</sup> legger til grunn at begrepene skal gis en ”ensartet fortolkning i Fællesskabet”. Av norske forarbeider legger derimot departementet til grunn at begrepet ”overføring til allmenheten” ikke har fått et likt innhold i de internasjonale kildene. Verken i de internasjonale konvensjonene eller i EU-retten har man et ensartet begrepsinnhold.<sup>183</sup> Dette står i kontrast til EU-domstolens uttalelser i Tannlegedommen.<sup>184</sup>

---

<sup>180</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 55 og 71.

<sup>181</sup> Sitatet står i sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 74. Infosoc-direktivets formål er en enerett for opphavsmannen til å råde over verket, mens utleiedirektivets formål er å sikre opphavsmannen vederlag ved visse typer lovlig bruk.

<sup>182</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 31.

<sup>183</sup> Ot.prp. nr.46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.1.

<sup>184</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 55 og 71.

Det synes som rettssituasjonen fortsatt er uklar. Det er ikke gitt at situasjonen i det hele tatt får en endelig avklaring. I alle tilfelle kan ikke praksis vedrørende Infosoc-direktivet, direkte anvendes på saker vedrørende utleiedirektivet, vice versa. Overførselsverdien er likevel betydelig.

## **7 Nærmere om vurderingen ”offentlig fremføring”**

### **7.1 Det rettslige utgangspunkt**

Grensene for hva som er en fremføring er tidligere drøftet. Fremføringen må videre være offentlig for at åvl. §§ 2 eller 45b skal komme til anvendelse. Da begrepet ”offentlig fremføring” er likt i åvl. §§ 2 og 45b vil de samme momentene vil være relevante for om fremføringen er offentlig. Dette følger også av rettspraksis, da de samme momentene går igjen. Forarbeider trekker også i samme retning.<sup>185</sup>

Man må trekke en nedre grense for når fremføringen er offentlig. Når ikke handlingen opp til denne grensen, vil handlingen være privat. Lovteksten gir ingen nærmere anvisning på selve vurderingen. Som nevnt i pkt. 3.1 gir forarbeidene anvisning på at begrepet ”offentlig” favner vidt.<sup>186</sup> Dette synet har også støtte i juridisk teori.<sup>187</sup> Av forarbeidene fremgår det at fremføringen er ”offentlig” når den er ”rettet mot allmennheten”.<sup>188</sup> Begrepet ”offentlig” skal dermed ha et bredt nedslagsfelt og fremføringen skal rettes mot allmennheten, men selve momentene i vurderingen av om en handling er en offentlig fremføring kan ikke leses ut fra lov eller forarbeider. Rettspraksis og teori gir derimot anvisning på vurderingen.

---

<sup>185</sup> Ot.prp. Nr. 15 (1999-2000) pkt. 6. Dette er også drøftet i oppgaven pkt. 6.

<sup>186</sup> Se Ot.prp nr. 46 (2004-2005) og De norske delegertes innstilling av 1938 s. 11.

<sup>187</sup> Rognstad (2009) s. 178.

<sup>188</sup> Se Ot.prp. nr.46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.2.

Bedriftsmusikkdommen har blitt et prejudikat for vurderingen offentlig eller privat fremføring og oppstiller en del momenter.<sup>189</sup> I dommen tok Høyesterett stilling til om fem store industribedrifter måtte betale avgift til Tono for avspilling av radio og grammofon over høyttaleranlegg til sine ansatte. Spørsmålet var om musikkavspilling for de ansatte var en tilgjengeliggjøring for offentligheten eller om dette skjedde privat. Høyesterett viste til åndsverkloven fra 1930 og dens forarbeider. Det var klart at loven skulle beskytte mot alle former for offentliggjørelse.<sup>190</sup> Den eldre åndsverklov ga beskyttelse mot å gjøre verket ”tilgjengelig for offentligheten”, ikke ulikt vernet etter dagens åndsverklov. Men loven ga, som tidligere nevnt, ikke noen anvisning på hvor grensene går. Tilsvarende gjelder for åndsverkloven av 1961.

I Bedriftsmusikkdommen viser Høyesterett til den gamle åndsverklov § 4, og la til grunn at bruk av verk på det private området lå utenfor opphavsmannens vern. Det var den negative side av opphavsmannens enerett til fremføring.<sup>191</sup> Høyesterett kom, ved dissens 4-1, til at bedriftene måtte betale avgift til Tono. Avgjørende momenter i dommen var antall mottakere og at fremføringen hadde ”indirekte ervervsøyemed”.<sup>192</sup> I 2005 endret man lovteksten og byttet ut uttrykket ”utenfor det private området” med ordene ”offentlig” og ”allmennheten”, det tilsiktes derimot ingen reell endring.<sup>193</sup> I dommen foretok Høyesterett en konkret helhetsvurdering. Selv om det er en gammel dom knyttet til den gamle åndsverkloven, er fremgangsmåten og momentene i vurderingen fortsatt relevante i dag. Den står heller ikke i strid med dagens EU-rettspraksis. I en viss grad kan man hevde at innholdet i begrepet ”offentlig fremføring” er like uklart i dag, som da Bedriftsmusikkdommen ble avsagt. Årsaken er delvis at det ikke foreligger noen nyere høyesterettsdom som gir klar anvisning på vur-

---

<sup>189</sup> Rt-1953-633.

<sup>190</sup> Rt-1953-633, s.636.

<sup>191</sup> Rt-1953-633, s.636.

<sup>192</sup> Rt-1953-633, s.638.

<sup>193</sup> Rognstad (2009) s. 188.

deringen. Videre at det er flere kilder å forholde seg til, som heller ikke har klarlagt rettstilstanden.<sup>194</sup>

I EU-retten gir blant annet Tannlegedommen anvisning på vurderingen om fremføringen er offentlig eller privat.<sup>195</sup> Ved vurderingen av om det er en ”kommunikasjon til offentligheten” etter utleiedirektivet art. 8 (2) må man foreta en individuell vurdering av hver enkelt sak.<sup>196</sup> Man fastslår først rekkevidden av utleiedirektivet art. 8 (2). Deretter anvender man dette på faktum, altså realiteten. Man foretar en individuell vurdering av selve bruken, men også kringkasteren, mottakerne og situasjonen. Det skal tas hensyn til flere kriterier, som tilsammen utgjør en helhetsvurdering. Momentene vurderes individuelt, men skal også vurderes i sammenheng med hverandre.<sup>197</sup> Realitetsvurderingen foretar de nasjonale myndighetene, ikke EU-domstolen.<sup>198</sup> Her er det altså åpnet for nasjonale forskjeller. EU utformer regelverket og EU-domstolen gi retningslinjene, mens medlemsstatene utøver praksisen og følger retningslinjene.<sup>199</sup> Da vurderingen foretas konkret i hver enkelt sak, presiserer domstolen at momentene kan få ulikt vekt fra sak til sak.<sup>200</sup> At momentene kan ha ulik vekt i forhold til hverandre i samme sak må være klart.

Stakemann har i en artikkel i NIR gjennomgått en rekke momenter ved vurderingen om en fremføring i foreninger og arbeidsplasser er offentlig. Hun mener at nyere dansk rettsprak-

---

<sup>194</sup> De nye rettskildene er først og fremst EU/EØS-retten og internasjonale konvensjoner.

<sup>195</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso.

<sup>196</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 76.

<sup>197</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 76, 78 og 79 og sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland avsnitt 29 og 30.

<sup>198</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 80.

<sup>199</sup> Se for eksempel sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 80 og 93.

<sup>200</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 79.

sis ikke gir et ensartet og klart bilde, men at sakene begrunnet svært konkret.<sup>201</sup> Dette er overførbart til rettstilstanden i Norge. Vurderingen av om en fremføring er offentlig vil bli konkret begrunnet. Det vil likevel være en del momenter som går igjen og vektlegges. Artikkelen til Stakemann har vært til inspirasjon i den følgende oppstillingen av momenter.<sup>202</sup>

## **7.2 Momenter i vurderingen privat eller offentlig fremføring**

### **7.2.1 Personlige bånd mellom fremfører og mottaker**

Et viktig moment i vurderingen av om en fremføring skjer i den offentlige eller private sfære er båndene mellom menneskene involvert. Det kan synes som kravet til personlige bånd mellom fremfører (bruker) og deltakere kan variere etter brukssituasjonen.<sup>203</sup> I en privat sammenheng, eksempelvis et selskap eller en sosial kveld hjemme med venner og/eller familie vil gjestenes bånd til arrangøren være avgjørende.<sup>204</sup> Dette synspunktet fremgår og av dansk teori. Jens Schovsbo skriver at de personlige bånd mellom publikum og vertskapet er avgjørende. Det kreves ikke personlige bånd mellom publikum og opphavsmannen.<sup>205</sup> Er man hjemme og holder selskap kan vertskapet invitere venner som ikke kjenner hverandre og fortsatt være innenfor det private området. Holder man derimot åpent hus hvor venner av vertskapet kan invitere mennesker de måtte ønske, vil man fort bevege seg over i en offentlig sfære. Ved større sammenslutninger, ofte større enn de som foregår innenfor hjemmets fire vegger, vil formodentlig saken vurderes annerledes. Rognstad mener at det da i tillegg til personlige bånd til arrangøren også må kreves at ”de tilstedeværende er knyttet sammen med bånd til hverandre”.<sup>206</sup>

---

<sup>201</sup> Stakemann (2007) s. 138.

<sup>202</sup> Stakemann (2007) s. 138-147.

<sup>203</sup> Dette følger formodentlig av at vurderingen er skjønnspreget.

<sup>204</sup> Rognstad (2009) s. 190.

<sup>205</sup> Schovsbo (2011) s. 130.

<sup>206</sup> Rognstad (2009) s. 190.

Førstvoterende i Bedriftsmusikkdommen uttaler at den private sfære begrenser seg til ”en snevert begrenset krets av personer som er knyttet sammen ved familie-, vennskaps-, eller omgangsbånd”.<sup>207</sup> I en dom fra dansk høyesterett, avsagt i 1999, kom domstolen til at avspilling av musikk i en ungdomsklubb ikke var en offentlig fremførelse. Domstolen la stor vekt på at fellesskapet var ”interessebetont” og foregikk på daglig basis.<sup>208</sup> Ungdommene skulle dyrke sine interesser med andre ungdommer med like interesser. Barna og ungdommene fikk også et forhold til de som hadde ansvaret i klubben, et personlig forhold utover et bekjentskapsforhold. Det skulle etableres et tillitsforhold. Peter Schønning skriver i NIR at dansk høyesterett understreker betydningen av at klubben var et alternativ til å være hjemme.<sup>209</sup> Videre viser han til at Koktvedgaard har vært inne på samme tema når han uttaler at privatsfæren har blitt større og spiser opp deler av det som før tilhørte den offentlige sfære.<sup>210</sup> I en dansk underrettsdom fant domstolen at bånd instruktør og deltaker knytter under treningsøkter på treningscenter ikke er tilstrekkelig nære og personlige.<sup>211</sup> Båndene måtte ha en viss grad av stabilitet, bånd som oppstod et par ganger i uken under en treningssøkt var ikke nok.

Stakemann mener det er uomtvistet at båndene mellom arrangør og mottakerne må være ”kvalifiserende private relationer”.<sup>212</sup> Mangler de private relasjonene vil det være en offentlig fremførelse. Bekjentskaper er ikke tilstrekkelig. Forarbeidene til den danske ophavsretlov angir at ”... Familiekredden, den private selskabelige kreds og private studiekredse”

---

<sup>207</sup> Rt-1953-633, s.637.

<sup>208</sup> U1999.2011 H.

<sup>209</sup> Schønning, Peter (2001) s. 631.

<sup>210</sup> Koktvedgaard (2001) s. 513.

<sup>211</sup> U2002.649 Ø.

<sup>212</sup> Stakemann (2007) s. 137.

vil være eksempler på en privat sfære.<sup>213</sup> Schovsbo mener at det kan eksistere et nært bånd mellom elevene og læreren i en klasse, og at dette er et eksempel på kvalifiserende private relasjoner.<sup>214</sup>

Foreligger det et nært og personlig bånd mellom både fremfører (brukeren) og mottakerne, samt mottakerne seg i mellom, er det en svært sterk indikasjon på at fremføringen foregår på det private området.

### 7.2.2 Allmennhetens tilgang til fremføringen

I Norge har Høyesterett blitt forlagt en sak vedrørende musikkfremføring i klubb, Roys Place.<sup>215</sup> I kjennelsen avgjorde Høyesterett at eieren av en diskotekklubb pliktet å betale vederlag for fremføring av musikk i klubblokalet. Kjennelsen var enstemmig og man la vekt på at det alle over 18 år kunne melde seg inn i klubben mot en kvartalsavgift. Dette talte for at møtene var offentlige.

Om hvem som helst kan få tilgang til fremførelsen vil det gjerne ikke foreligge nære og personlige bånd personene seg i mellom. Det taler for at det er en offentlig fremføring. Ved strenge krav for adgang til fremførelsen, kan det trekke i retning av en privat fremførelse. Er det et åpent arrangement vil det trekke i retning av at det er en offentlig tilstelning.<sup>216</sup> Dette ligger også i dagen, da en offentlig fremføring er en tilgjengeliggjøring for allmennheten. I dansk teori legges det til grunn at fremføring i arrangement hvor hvem som helst har tilgang vil være offentlig. Det vil også gjelde selv hvis hvem som helst innenfor en spe-

---

<sup>213</sup> Udkast til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker af 1951 til 1961-loven, s. 102.

<sup>214</sup> Schovsbo (2011) s. 131.

<sup>215</sup> Rt-1970-1172.

<sup>216</sup> Stakemann (2007) s. 139.

siell befolkningsgruppe har tilgang.<sup>217</sup> Hvis det utelukkende er særlig inviterte gjester, kan dette tale for at fremførelsen er privat.<sup>218</sup> Tilsvarende betraktninger kan muligens legges til grunn i norsk rett. Det kan derimot ikke ukritisk forutsettes, grunnet manglende støtte i autorative rettskilder . I alle tilfelle vil det være momenter av betydning i en helhetsvurdering.

I Tannlegedommen uttaler EU-domstolen at mottakerne dels må være ”bestemt af brugeren” og at fremførelsen på en eller annen måte er sendt mottakeren. Mottakerne kan ikke tilfeldigvis ”fange opp” fremførelsen.<sup>219</sup> I EU-rettslig sammenheng er det dermed ikke nok at allmennheten har tilgang. Tilgangen må også være rettet mot mottakerne. Igjen er retts-tilstanden i Norge på dette punkt ikke avklart.

### 7.2.3 Antall mottakere av fremføringen

I Bedriftsmusikkdommen påpekes det at størrelsen på personkretsen får svært stor betydning for om det er snakk om fremføring på det private området. Da ikke grunnet antall personer i seg selv, men fordi muligheten for at personkretsen er knyttet sammen blir mindre, desto større gruppen er.<sup>220</sup> Førstvoterende viser til en uttalelse hvor Knoph redegjør for at grensen for private fremføringer må trekkes ”temmelig trangt”.<sup>221</sup> Olsson har i svensk teori lagt til grunn en ”tommelfingerregel”. Er det en lukket krets på under 20 personer vil man gjerne være innenfor den private sfære. Er man over 50 personer beveger man seg fort over i den offentlige sfære. En gruppe mennesker på mellom 20-50 personer vil befinne seg i en gråsoner, hvor andre momenter vil være avgjørende.<sup>222</sup> Dette er ikke en regel man følger

---

<sup>217</sup> Schønning(2011) s. 159.

<sup>218</sup> Schønning(2011) s. 160.

<sup>219</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 91.

<sup>220</sup> Rt-1953-633, s. 636 og 637.

<sup>221</sup> Rt-1953-633, s. 637 og 638, jf. Knoph (1936) s.89.

<sup>222</sup> Olsson(2009) s. 99.



slavisk, men kan være en retningslinje også i norsk rett. I Roys Place-kjennelsen var det et ”betydelig antall inntegnede medlemmer”.<sup>223</sup> Det talte for at klubben bedrev en offentlig fremføring. En klubb med medlemsregister, i dette tilfellet nærmere 400, ble ikke ansett for å være privat. Dette synspunktet har også støtte i svenske forarbeider.<sup>224</sup>

I Rafael Hotels-dommen<sup>225</sup> konstaterer EU-domstolen i premiss 37 og 38 at begrepet ”offentligheten” fordrer et ”ubestemt antal potentielle modtagere og... et betydeligt antal personer”. Dette fremkommer også av Hotellrom-dommen som gjaldt utleiedirektivet art. 8 (2). Antall mulige lyttere måtte være nær ubegrenset, i tillegg måtte det være et ”betydeligt antal personer”.<sup>226</sup> Og ved vurdering av personantallet ville både samtidige og etterfølgende tilgangshavere få betydning i vurderingen.<sup>227</sup>

Det samme utgangspunktet tas i Tannlegedommen. Domstolen viser til annen EU-rettspraksis vedrørende begrepet ”offentligheten” i Infosoc-direktivet art. 3 (1).<sup>228</sup> Kravet om et ”betydelig antall personer” utelukker små og ubetydelige grupper. Det oppstilles en minimumsgrense, men hvor denne grensen går er uklart.<sup>229</sup> Antall personer som har tilgang til verket samtidig, men også etter hverandre får betydning ved helhetsvurderingen.<sup>230</sup> Det

---

<sup>223</sup> Rt-1970-1172, s. 1174.

<sup>224</sup> Ds 2003:35, s. 224.

<sup>225</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA.

<sup>226</sup> Sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland avsnitt 33.

<sup>227</sup> Sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland avsnitt 35.

<sup>228</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 84.

<sup>229</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 86.

<sup>230</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 96.

kan omtales som en kumulativ virkning.<sup>231</sup> Domstolen la til grunn at antall samtidige lyttere i venterommet på et tannlegekontor er svært liten gruppe.<sup>232</sup>

I *Bedriftsmusikk II* hadde ansatte i et dansk renovasjonsfirma mulighet til å høre på musikk mens de var på jobb.<sup>233</sup> Avspillingsutstyret ble til dels stilt til disposisjon av firmaet. Videre var det radio- og fjernsynsapparater i de forskjellige lokalene hvor de ansatte arbeidet. Spørsmålet var om dette var en offentlig fremføring foretatt av firmaet. Dansk Højesteret la til grunn at fremføringen ikke var offentlig, da antall ansatte var for lavt. I dansk rett kreves det at fremføringen skjer for ”en større kreds”.<sup>234</sup> I danske forarbeider og praksis er den konkrete grense satt til minst 40 personer.<sup>235</sup> Et tilsvarende krav kan ikke legges til grunn i norsk rett. Det er klart at en fremføring foran et ubetydelig antall lyttere ikke vil være offentlig, men noen konkret grense kan ikke utledes.

I forbindelse med videresending av kringkastingssignal ble det i siste halvdel av 1980-årene innført bestemmelser om avtalelisens i den norske, svenske og finske åndsverkloven.<sup>236</sup> Man diskuterte da hvor grensen mellom privat og offentlig fremføring skulle gå. Det ble avgjort at gresedragningen skulle bestemmes av nasjonale domstoler, med unntak av Danmark som har satt en grense på to tilkoblinger (husstander).<sup>237</sup> Ifølge Lund har grensen har blitt satt på et likt nivå i de andre nordiske landene gjennom rettspraksis.<sup>238</sup>

---

<sup>231</sup> Den kumulative virkning er også omtalt i sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 39.

<sup>232</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 96.

<sup>233</sup> Dansk Højesteret U.2007.1581H.

<sup>234</sup> Ophl. § 2, stk. 4, nr. 2.

<sup>235</sup> Folketingstidende 1960/1961, B, spalte 630, samt tillæg A spalte 33 og U.2007.1581H

<sup>236</sup> Levin (2011) s. 157.

<sup>237</sup> Lov om ophavsret § 35 stk. 2.

<sup>238</sup> Lund, Astri M. (2001) s. 608.

Antall mottakere av fremføringen vil tillegges vekt i en helhetsvurdering. Noen konkret grense kan ikke utledes i norsk rett. Grensen vil avhenge av sakens faktiske forhold og måtte settes i sammenheng med de andre momentene i saken. Det er nærliggende å legge til grunn at fremføring med ervervsmessig formål hvor alle har tilgang vil kreve et svært lavt antall mottakere for å være en offentlig fremføring. Motsetningsvis kan eksempelvis en fremføring i en veldedig ungdomsorganisasjon, utelukkende for fosterbarn med innvandrerbakgrunn, kunne ha flere mottakere for å karakteriseres som en offentlig fremføring.<sup>239</sup>

#### 7.2.4 Fremføringens hensikt og formål

Knoph hevdet allerede i 1936 at handlingens hensikt vil kunne tillegges vekt i en helhetsvurdering. Han eksemplifiserer med at en butikk som bruker musikk for å fange kunders oppmerksomhet, vil ha som hensikt å skape mer omsetning. Dette taler for at det er en offentlig fremføring. Eksemplet viser videre at hensikt om økonomisk vinning er et formål som kan være et relevant moment i en helhetsvurdering, mer om det følger. Det vil ikke dermed si at formålet umiddelbart tillegges avgjørende vekt. I Leiebil-dommen la ikke retten avgjørende vekt på hensikten. Retten fokuserte på de faktiske forhold i saken; at tilgjengeliggjøring ble foretatt.<sup>240</sup> I Radio-butikkdommen mener Lund at domstolen ikke tok hensyn til årsaken bak fremføringen.<sup>241</sup> Hvorvidt formålet var å glede kundene med musikk eller bare demonstrere produkter var irrelevant.<sup>242</sup> Det er altså ikke gitt at fremføringens formål blir tillagt avgjørende vekt.

---

<sup>239</sup> Eksempelene er mine og delvis normative.

<sup>240</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.20. Ikke rettskraftig.

<sup>241</sup> NJA 1986 s.702.

<sup>242</sup> Lund, Astri M. (2001) s. 611.

Er formålet av undervisningsmessig karakter, vil dette i tillegg kunne tale i retning av en privat sfære. Dette er nærmest å regne for et prinsipp i opphavsretten, at bruk av verk i utdanningsfaglig sammenheng ikke skal vanskeliggjøres.<sup>243</sup>

### 7.2.5 Fremførerens rolle

Nært knyttet til fremføringens formål er fremførerens rolle, det vil ikke si opphavsmannen, men vedkommende som foretar fremføringen, brukeren etter utleiedirektivet art. 8 (2). I Hotellrom-dommen vurderte man om hotellet var en ”bruker” etter utleiedirektivet art. 8 (2). Ett av momentene som måtte vurderes var brukeren rolle. I denne saken spilte hotellet som bruker, en svært sentral rolle. Hadde det ikke vært for hotellet ville ikke gjestene hatt tilgang til verket, selv om de var innenfor sendeområdet.<sup>244</sup> Tilsvarende vurderte man brukeren rolle i Tannlegedommen.<sup>245</sup>

”Den blotte tilrådighetsstillelse af fysiske faciliteter” vil ikke isolert være en overføring etter Infosoc-direktivet. Når de fysiske fasilitetene får tilført signaler via fjernsyn vil man derimot kunne snakke om en overføring til allmennheten, jf. art. 3 (1).<sup>246</sup> Man kan snakke om et krav om handling fra fremførerens side. I norsk rett er rettstilstanden uavklart, lovgiver eller domstol har ikke avfeid muligheten for at den rene tilrådighetsstillelse kan være en offentlig fremføring. En slik praksis kan stride mot EU-retten. Om problemstillingen reises for norske domstoler vil det muligens presumeres at norsk rett er i samsvar med EU-retten. Dette gjenstår å se.

---

<sup>243</sup> Åvl. § 13.

<sup>244</sup> Sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland avsnitt 31.

<sup>245</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso premiss 82.

<sup>246</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 47.

## 7.2.6 Mottakers rolle

I Tannlegedommen fremkommer det at man skal foreta en vurdering av mottakerne av fremføringen.<sup>247</sup> I foreliggende sak var det pasienter på et venterom. Det var tale om en liten gruppe, som i liten grad ville høre de samme verkene.<sup>248</sup> Pasientene drar ifølge EU-domstolen til tannlegen utelukkende av tannhelsemessige årsaker, og de kunne ikke påvirke musikkvalget eller velge det helt bort.<sup>249</sup> Dette talte mot at det var en offentlig fremføring.

I tilfeller hvor mottakerne selv styrer verkstilgangen og hvilke verk som fremføres vil dette kunne tale for at det er en offentlig fremføring. Dette er derimot ikke avgjørende. I Rafael Hotels-dommen vektlegges det at mottakers ”mulighet” til å oppleve fremføringen er avgjørende. Hvorvidt gjestene selv måtte skru på TV/radio for å oppnå tilgang til verket var irrelevant.<sup>250</sup> Det kommer klarere frem i begrepet tilgjengeliggjøring, det springende punkt er hvorvidt det foreligger en tilgjengeliggjøring. Ikke hvorvidt tilgjengeliggjøringen faktisk benyttes av mottakerne eller om mottaker må skru på enheten. Det er med andre ord intet krav om handling fra mottakers side, for at det skal stadfestes offentlig fremføring. Det kan derimot muligens tillegges vekt. Tilsvarende betraktninger fremgår av Leiebildommen.<sup>251</sup> Det er heller ikke relevant om mottakerne av fremføringen er oppmerksomme på fremføringen.<sup>252</sup>

---

<sup>247</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso premiss 78.

<sup>248</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso premiss 96.

<sup>249</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso premiss 98.

<sup>250</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 43.

<sup>251</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.17.

<sup>252</sup> Schönning(2011) s. 158.

### 7.2.7 Økonomisk incentiv

I Bedriftsmusikkdommen vektla domstolen videre at fremførelsen var gjort med indirekte økonomisk interesse.<sup>253</sup> Hvor sterkt domstolen vektla det økonomiske hensyn er derimot vanskelig å utlede. Senere drøfter Høyesterett i Roys Place-kjennelsen om fremføringen har hatt en ervervsmessig side. Klubben var avhengig av kontingenten for å fortsette driften, men formålet var ikke økonomisk vinning. Likevel tilla man det økonomiske forholdet vekt.<sup>254</sup> Det er altså klart at det økonomiske aspektet vil få betydning i en helhetsvurdering. I en dom av 1952, avsagt av Oslo byrett, vurderer domstolen om bruk av musikkverk i forbindelse med arrangert dans er en tilgjengeliggjøring for offentligheten.<sup>255</sup> Dommer Matthiesen uttaler: ”Videre trekker det i samme retning [av tilgjengeliggjøring for offentligheten] at avholdelsen av elevaftener utvilsomt er et ledd i saksøktes økonomiske virksomhet”.<sup>256</sup>

Knoph har uttalt at ”ervervsmessig formål” kan være avgjørende i tvilstilfeller. I den forstand at man trer inn i en offentlig sfære.<sup>257</sup> I dansk opphavsrett har professor Lund tatt til orde for at ervervsmessig formål ikke skal tillegges vekt, men ”være et indicium i tvilstilfælde”.<sup>258</sup> I norsk rett har ikke dette i noen særlig grad vært diskutert, men det kan settes spørsmålsteget ved hvordan noe kan være et indisium som ikke tillegges vekt. Lund mener videre det er mulig å holde seg innen den private sfære og fortsatt ha et økonomisk motiv, men det virker som han mener muligheten er mer teoretisk enn praktisk.<sup>259</sup> Svenske Gunnar

---

<sup>253</sup> Rt-1953-633, s. 638

<sup>254</sup> Rt-1970-1172, s. 1174

<sup>255</sup> RG-1952-509.

<sup>256</sup> RG-1952-509, s. 511.

<sup>257</sup> Knoph (1936) s. 90.

<sup>258</sup> Lund, Torben (1950) s. 67, (1955) s. 85.

<sup>259</sup> Lund, Torben (1955) s. 85.

Karnell er på sin side ikke enig og mener at et økonomisk ervervsformål utelukker den private sfære.<sup>260</sup>

I en dom om musikkavspilling i en ungdomsklubb kom dansk Højesteret til at det ikke var en offentlig fremførelse. Blant annet hadde ikke klubben kommersiell karakter og annonserte heller ikke tilbudet offentlig.<sup>261</sup> Schönning er uenig i dommen og mener at ”økonomisk viktige aktiviteter skal omfattes af den ophavsretlige eneret”.<sup>262</sup> Han viser i den forbindelse til at dette er en grunnsetning i Sverige og at det er vektlagt i en annen dansk rettsavgjørelse; U1993.572.

I Rafael Hotels-dommen konstaterer EU-domstolen at fremføringen kan medføre et ”økonomisk utbytte”.<sup>263</sup> I Hotellrom-dommen fremhevet også EU-domstolen betydningen av økonomisk vinning som motiv. Det trakk i retning av at fremføringen var rettet mot offentligheten.<sup>264</sup> I Tannlegedommen vurderte man videre om handlingen ble foretatt med økonomisk vinning for øyet. Domstolen vektla at tannlegeklinikken ikke ville kunne ta mer betalt for behandlingen eller forvente flere pasienter, ved bruk av musikk i venteværelset.<sup>265</sup> Musikkavspillingen er en ekstra service for pasientene, men det er tvilsomt om pasienter velger en tannlege fremfor en annen, grunnet musikk på venteværelset. På dette punkt skiller tannlegedommen seg fra Rafael Hotels-dommen, Hotelldommen og Premier League-dommen. I Tannlegedommen ville ikke fremføringen av verket få betydning for tannlegeklinikkenes inntekt. I de andre dommene ville fremføringen ha mye større økonomiske konsekvenser. Hotellene ville kunne annonsere med tilgang til radio og TV for po-

---

<sup>260</sup> Karnell (1973) s. 276.

<sup>261</sup> UfR 1999.2011H.

<sup>262</sup> Schönning, Peter (2001) s. 631.

<sup>263</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 44.

<sup>264</sup> Sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland avsnitt 45.

<sup>265</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 97.

tensielle gjester. Domstolen viser til at hotellets klasse og dermed pris vil påvirkes av muligheten for radio og TV for gjestene. I Premier League-dommen ville muligheten til å se fotballkamp utvilsomt påvirke inntektsgrunnlaget til puben, da folk ville besøke puben for å se fotballkamper.<sup>266</sup>

I Rafael Hotels-saken som gjaldt Infosoc-direktivet uttalte EU-domstolen at Europakommisjonen ikke anser økonomisk vinning for øye som en betingelse for fastslå ”overføring til almenheten”.<sup>267</sup> De tok ikke stilling til om det stemte, men nøyde seg med å fastslå at det i alle tilfelle forelå økonomisk vinning. I Tannlegedommen omtales derimot ”vinding for øje” som et kriterium for å stadfeste ”kommunikasjon til offentligheten”.<sup>268</sup> Deretter viser domstolen til Rafael Hotels-saken og Premier League-dommen.<sup>269</sup> Dette viser at rettsstilstanden også er uklar i EU-sammenheng. Det er ikke på forhånd gitt hvilke momenter som veier tyngst og hvor mye vekt de skal tillegges. Domstolen problematiserte ikke at Tannlegedommen gjaldt utleiedirektivet art. 8 (2), mens dommene det ble henvist til gjaldt Infosoc-direktivet.

Etter mitt syn er det uklart om EU-domstolen i fremtiden vil oppstille et krav om økonomisk vinning for øyet, for å konstatere offentlig fremføring. I Norge er det nærliggende å legge til grunn at det ikke oppstilles et slikt krav. Da med bakgrunn i manglende støtte i lov, forarbeider og rettspraksis. Et økonomisk formål for øyet vil likevel ofte peke mot offentlig fremføring. Videre vil det tale mot at de nære personlige bånd er tilstede.

---

<sup>266</sup> C-403/08 Football Association Premier League and Others avsnitt 205.

<sup>267</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 44.

<sup>268</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 99, jf. avsnitt 90.

<sup>269</sup> Henholdsvis Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 44 og Sag C-403/08 Football Association Premier League and Others.



### 7.2.8 Fremføringsstedet

Ved vurderingen offentlig eller privat fremføring bruker man ofte hjemmets fire vegger som eksempel på sted hvor fremføringen er privat.<sup>270</sup> Dette kan misvisende gi inntrykk av at stedet hvor fremføringen foregår er av betydning. Dette var Knoph inne på i boken *Åndsretten*.<sup>271</sup> Hvis fremføringen skjer i hjemmet, men formålet er å gi flest mulig tilgang til fremføringen, eksempelvis en fest i en villa. Hvor flesteparten av gjestene ikke har et personlig bånd til verten, vil det lett blir tale om en offentlig fremføring. Motsetningsvis kan en student sitte i slottsparken og høre på lav musikk gjennom høyttaler, uten at det nødvendigvis er en offentlig fremføring. Det vil være en fremføring på et offentlig sted, men antall potensielle lyttere vil være nokså ubetydelig. Handlingen vil ikke være rettet mot allmennheten. Om man mottar kringkastingssignaler i den private sfære, men videre-sender signalet til et betydelig antall personer i et borettslaget vil det være en offentlig fremføring, selv om den foregår i hjemmet.<sup>272</sup> Eksempelvis hvis Hansen kjøper tilgang til en fotballkamp og videresender denne til 30 andre leiligheter i borettslaget.

EU-domstolen bruker i *Rafael Hotels-dommen* lite tid på å avfeie anførselen om at hotellrommene kan være et privat område, og dermed umuliggjør en overføring til allmennheten. Domstolen mener at det ikke skal skilles mellom overføring til rommene og de offentlige arealene på hotellet.<sup>273</sup> Det vises til *Infosoc art. 3 (1)* og *WCT art. 8* som gjelder tilgjengeliggjøring for offentligheten. Hvorvidt tilgjengeliggjøringen ble gjort på et sted av privat eller offentlig karakter var ikke relevant. Skulle man ta hensyn til at mottaker handler i en privat sfære ville man uthule opphavsmannens rettigheter. En slik hensyntagen ville virke

---

<sup>270</sup> Knoph (1936) s. 87.

<sup>271</sup> Knoph (1936) s. 89.

<sup>272</sup> Lund, Astri M. (2001) s. 608.

<sup>273</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 50-54.

mot Infosoc-direktivet og WCT sitt formål om å gi opphavsmannen en sterk rettighetsposisjon.<sup>274</sup>

### 7.2.9 Fremføring i klubber, foreninger etc.

I rettspraksis er offentlig fremføring i klubber, foreninger etc. overrepresentert sammenlignet med fremføringer i andre sammenhenger. Årsaken er formodentlig at klubber og foreninger befinner seg et sted mellom den private og offentlige sfære. Momentene i vurderingen blir de samme som i andre saker vedrørende offentlig fremføring, men vektingen og vurderingen kan oppleves annerledes.

Ved snakk om offentlig fremføring i foreninger og klubber mener Stakemann at det er ”de personlige bånd mellom medlemmene, der er avgjørende”.<sup>275</sup> Hun fremhever videre at det ofte ikke vil være nødvendig å skille mellom medlemmene og arrangørene bak fremføringen. Medlemmene vil gjerne være arrangørene, da tilstelninger og arrangementer i regi av foreninger, klubber og organisasjoner ofte er tuftet på frivillig arbeid fra medlemmene selv. Hun mener at foreningen er medlemmene, som igjen er både arrangør og mottaker av fremførelsen.<sup>276</sup>

I Gymnastikforeninger-dommen kom dansk Højesteret til at fremføring av musikk i en idrettsforening som trente gymnastikk ikke var offentlig fremføring.<sup>277</sup> Dette var en dissensdom, 3-2. Flertallet mente at foreningen ikke hadde ervervsøyemed, til tross for en lav kontingent. Foreningen var åpen, men inndelt i faste lag som ikke endret seg fra gang til gang. Det er her nærliggende å tro at domstolen vurderer båndene mellom utøverne som nære og dermed private. Her var heller ikke musikken det primære formålet med aktiviteten, men et

---

<sup>274</sup> Sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA avsnitt 51.

<sup>275</sup> Stakemann (2007) s. 138, samt U2004.2134H.

<sup>276</sup> Stakemann (2007) s. 138.

<sup>277</sup> UfR 2004 s. 2134.

sideordnet element som skulle bidra til trening og stemning. Schönning mener at dommen er så konkret begrunnet at den ikke kan legges til grunn i saker hvor faktum ikke er likt.<sup>278</sup> Det er likevel nærliggende at de samme momentene får betydning i andre saker vedrørende offentlig fremføring i klubber og foreninger.

Skal man vurdere om en foreningen foretar en offentlig fremføring, kan antall medlemmer få betydning.<sup>279</sup> Domstolene tar gjerne i betraktning antall medlemmer som har tilgang til arrangementet og hvor mange deltakere som faktisk møter opp. I Roys Place-kjennelsen hadde klubben nærmere 400 medlemmer og arrangementene gjennomsnittlig 25-40 deltakere.<sup>280</sup> Høyesterett vurderte tallene og mente klubben bedrev offentlig fremføring. I dansk rettspraksis er det satt en maksgrense på omtrent 800 medlemmer for at det skal kunne være en privat fremføring.<sup>281</sup> I en dansk fra 2003 avsagt av landsretten legger domstolen derimot ikke vekt på at medlemstallet i en danseskole var på omtrent 800 elever.<sup>282</sup> Stakemann mener dette taler for at antall deltakere ikke har stor betydning, det avgjørende er om offentligheten har hatt tilgang.<sup>283</sup> Det er ikke utenkelig at noe tilsvarende vil gjelde i norsk rett.

En forenings formål med fremføringen vil kunne få stor betydning i helhetsvurderingen. Det fremgår av rettspraksis.<sup>284</sup> Det har også støtte i juridisk teori, Schovsbo mener at en forening med selskapeleg formål kan tenkes å drive privat fremføring.<sup>285</sup> Stakemann mener

---

<sup>278</sup> Schönning(2011) s. 164.

<sup>279</sup> Rognstad (2009) s. 190.

<sup>280</sup> Rt-1970-1172.

<sup>281</sup> U1972.700Ø, U1969.946Ø.

<sup>282</sup> U2003.212Ø.

<sup>283</sup> Stakemann (2009) s. 141.

<sup>284</sup> Rt-1970-1172, s. 1175 og 1176.

<sup>285</sup> Schovsbo (2011) s. 131.

man helt klart har å gjøre med en offentlig fremføring, hvis foreningens formål utelukkende å dele og fremføre beskyttede verk.<sup>286</sup> Man kan forestille seg en kinoklubb eller en musikkforening som utelukkende spiller nye verker. På den annen siden kan det være foreninger med svært få medlemmer og meget tette bånd. De vil gjerne holde seg innen den private sfære. Et eksempel kan være en familie som stifter en forening.

Ved vurdering av offentlig fremføring i foreninger/klubber vil det økonomisk incentiv ha to sider. Har foreningen et ønske om økonomisk vinning vil dette tale for at fremføringen er offentlig. Den andre siden er krav om medlemskontingent. I Roys Place-dommen talte en beskjeden kontingent for at fremføringen var offentlig.<sup>287</sup> Ved en betydelig kontingent vil muligheten til å oppnå medlemskap snevres inn. En symbolsk kontingent å oppnå medlemskap i en forening er for øvrig ikke tilstrekkelig til å skape den nærhet som kreves i en forening.<sup>288</sup>

#### 7.2.10 Bemerkninger ved vurderingen offentlig eller privat fremføring

I saker vedrørende offentlig fremføring etter utleiedirektivet art. 8(2) vil den ene part ofte anføre at bruken er av en privat karakter og derfor er unntatt opphavsmannens rettigheter. Dette unntaket fremgår av utleiedirektivet art. 10 (1) litra a og ble blant annet påberopt i Hotellrom-dommen.<sup>289</sup> Privat bruk ville ikke utløse vederlagskrav. EU-domstolen påpekte at vurderingen var om hotellets bruk var privat.<sup>290</sup> Hvorvidt hotellgjestenes bruk var privat var irrelevant ved bedømmelsen av om hotellets bruk var vederlagspliktig. Dette er ikke oppsiktsvekkende. Hotellgjestenes bruk vil kunne være en offentlig fremføring, men da en ny og selvstendig fremføring. I premiss 72 fremholder domstolen at en ”privat bruk” av

---

<sup>286</sup> Stakemann (2009) s. 139.

<sup>287</sup> Rt-1970-1172, s. 1173-1174.

<sup>288</sup> Rt-1970-1172, s. 1174.

<sup>289</sup> Sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland avsnitt 70.

<sup>290</sup> Sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland avsnitt 71.

opphavsrettslige verk som ”kommuniseres til offentligheten” er en ”selvmotsigende formulering”, det vil ikke være en privat bruk. Domstolen foretar ingen konkret vurdering av om bruken i den foreliggende saken er privat. Drøftelsen er mer av generell og vil lett få anvendelse i andre lignende saker. Domstolen avfeier at unntaket i utleiedirektivet art. 10 kan få anvendelse i saken, unntaket er snevert. I dette tilfellet ville unntaket åpne for kommersiell utnyttelse uten at opphavsmannen fikk vederlag for hotellets bruk.<sup>291</sup> Dette er åpenbart ikke formålet bak utleiedirektivet art. 10 og kunne ikke aksepteres. Uttalelsen om at privat bruk som kommuniseres til offentligheten er en selvmotsigelse er verdt å merke seg.

I dansk teori legges det til grunn at ”offentlig fremføring” i opphavsretten er et selvstendig begrep, uavhengig av tilsvarende begreper på andre rettsområder.<sup>292</sup> Tilsvarende må legges til grunn i norsk rett. Når man skal trekke linjen mellom privat eller offentlig fremføring vil domstolen bruke skjønn og foreta en helhetsvurdering.<sup>293</sup> I en engelsk dom fra 1936 omtalt i en artikkel i NIR gir domstolen en tommelfingerregel som fortsatt er anvendelig i dag:<sup>294</sup>

”If the members of the audience are present in their capacity as members of a domestic gathering or home circle the performance is private, but if they are in their capacity as a section of play-loving public the performance is in public.”

## **8 Tilfeller i gråsonen offentlig og privat fremføring**

### **8.1 Fremføring og tilgjengeliggjøring på hotell**

Hvorvidt fremføring og tilgjengeliggjøring av musikk på hotell er en offentlig fremføring eller en privat bruk har vært behandlet av domstolene flere ganger. En del av disse domme-

---

<sup>291</sup> Sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland avsnitt 75-76.

<sup>292</sup> Schönning (2011) s. 157.

<sup>293</sup> Ot.prp nr. 46 (2004-2005) pkt. 3.2.3.1.2.

<sup>294</sup> Jennings v. Stephens, Ch. 1936 s. 469.

ne er redegjort for tidligere i oppgaven, blant annet Mornington-dommen, Rafael Hotels-dommen og Hotellrom-dommen.<sup>295</sup> EU-sakene er fra henholdsvis 2006 og 2012 og dermed ganske nye. Mornington-dommen er fra 1980. I alle sakene ble det fastslått at offentlig fremføring hadde skjedd. I en kjennelse fra EU-domstolen avsagt 18.mars 2010 la domstolen til grunn at tv på hotellrom var en ”overføring til almenheten”.<sup>296</sup> Det er i stor grad de samme momentene som drøftes i alle sakene og domstolen foretar en helhetsvurdering.

Som følge av den nokså omfattende rettspraksisen rundt offentlig fremføring på hotell er det nærliggende å si at rettstilstanden er så avklart som den kan få blitt, uten en norsk høyesterettsdom. Det kan tenkes tilfeller hvor et hotell kan tilrettelegge for bruk av verk, men i minimal forstand. Dette synes derimot lite praktisk, da de fleste hotell vil tilby mer. Tilbyr man enten radio eller TV og står for videresending av signal, vil handlingen være en offentlig fremføring i EU-rettslig forstand. En slik tolkning vil etter mitt syn harmonere med norsk lov.

## **8.2 Venteværelser og butikker**

I Tannlegedommen kom EU-domstolen til at fremføring av musikk på venterom ikke utløste vederlagsplikt, da det ikke var en ”kommunikation til offentligheten”.<sup>297</sup> Avgjørelsen er en sterk indikasjon på at avspilling av musikk i tilsvarende form som i Tannlegedommen ikke vil utløse vederlagsplikt i Norge. Dette må gjelde generelt for venterom og andre lignende områder hvor pasienter og/eller andre gjester oppholder seg. Forutsatt at forholdene er like forholdene som i Tannlegedommen. Viktige momenter nevnt i dommen er om det er de samme verkene gjøres tilgjengelig for de samme brukerne, om det foreligger ervervs-

---

<sup>295</sup> Henholdsvis Högsta domstolen 27.3.1980, sag C-306/05 SGAE mod Rafael Hoteles SA og sag C-162/10 Phonographic Performance Limited mod Irland avsnitt 45.

<sup>296</sup> Sag C-136/09 Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgou Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon mod Divani Akropolis Anonimi Xenodocheiaki kai Touristiki Etaireai

<sup>297</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso.

messig hensikt og antall lyttere. Er det en klinikk med ett bestemt tema, som spiller en bestemt type musikk, kan det ifølge Wessel-Aas derimot tenkes at fremføringen er offentlig.<sup>298</sup> For eksempel en klinikk som bare spiller countrymusikk og dermed appellerer til en bestemt krets.

Foreløpig mener Gramo radiolytting er uproblematisk ”når [tannleger] arbeider i klinikken eller med administrative ting”. Vederlagsplikten til tannleger ble avklart mellom Tannlegeforeningen og Gramo i 2009. Musikk som spilles av i venterom er derimot avgiftspliktig.<sup>299</sup> Hvorvidt denne praksisen er i samsvar med EU-retten og utleiedirektivet art. 8 (2) gjenstår å se. Det er i alle tilfelle rom for diskusjon.

I Radiobutikk-dommen kom svensk høyesterett til at en butikk som solgte radioer og fjernsyn, bedrev offentlig fremføring som var vederlagspliktig, da de demonstrerte produktene ved å fremføre kringkastingssignaler.<sup>300</sup> En frisør som spilte musikk og hadde 4-5 kunder daglig, bedrev ifølge Østre Landsret en offentlig fremføring. Formålet bak avspillingen ble ikke tillagt avgjørende vekt.<sup>301</sup> Å betrakte avspilling av musikk i butikker som offentlig fremføring må anses å være i henhold til åndsverkloven. Unntak kan muligens tenkes ved for eksempel butikker med et veldedig og ikke ervervsmessig formål, samt en svært snever kundegruppe. En frisør med 4-5 kunder daglig som spiller radio vil også formodentlig bedrive ”offentlig fremføring”, jf. åvl. 45b. Her er det likevel rom for tvil.

---

<sup>298</sup> Wessel-Aas (2012).

<sup>299</sup> ”Avtale om vederlag for offentlig fremføring av innspilt musikk i venteværelse” og Dolva (2012).

<sup>300</sup> NJA 1986 s.702.

<sup>301</sup> U1999.2057 Ø.

### 8.3 Leiebil

I Norge er det ikke avklart om leiebilfirmaer plikter å betale avgift til Gramo. Asker og Bærum tingrett ga Gramo medhold i krav om vederlag for radio i leiebiler, med henvisning til åvl. § 45b. Dommen ble avsagt 2. November 2012, men er anket og skal opp til behandling i lagmannsretten våren 2014. Dermed er den ikke rettskraftig og har svært lav, hvis noe, rettskildeverdi. Domstolens vurderinger og synspunkter vil likevel ha interesseverdi.

Tingretten mente at bilutleiefirmaene foretok en offentlig fremføring ved å stille radio til rådighet for kundene.<sup>302</sup> Etter rettens mening var det tre kumulative vilkår for at bilutleieselskapene handlinger skulle utløse vederlagsplikt etter § 45b. Selskapenes utleie av biler med radio måtte for det første være en fremføring. Fremføringen måtte være offentlig, ”dvs. rettet mot allmennheten” og det måtte være en kvalifisert nærhet mellom handlingen og tilgangen allmenheten fikk.<sup>303</sup>

Radioen var en del av bilens multimedieenhet, ikke en separat radio. Den kunne ikke velges bort av utleieselskapene ved bestilling og var ferdig montert. Dette ble ikke tillagt vekt. Det sentrale i saken var at leiebilkundene hadde mulighet til å høre på radio. At kundene måtte skru på radioen selv hadde heller ikke avgjørende betydning.<sup>304</sup> I likhet med hotellene, gjorde leiebilfirmaene kringkasting, og dermed beskyttede verk, tilgjengelig for en brukergruppe som uten leiebilfirmaenes handling ikke ville hatt tilgang. Videre var leiebilfirmaet bevisst på handlingen og handlingens konsekvenser.

---

<sup>302</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.26.

<sup>303</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.14.

<sup>304</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.17.



### 8.3.1 Utvidelse av begrepet ”offentlig fremføring”

Domstolen mente fremføringen var offentlig og la vekt på et stort antall potensielle lyttere som fikk tilgang.<sup>305</sup> Tingretten la ikke avgjørende vekt på Tannlegedommen, da Tannlegedommen hadde ”begrenset overføringsverdi til den foreliggende sak”. Tingretten fremhevet at EU-domstolen tok stilling til et begrep som ikke samsvarer med begrepet ”offentlig fremføring” i norsk rett. Dermed kunne man ikke uten videre legge Tannlegedommen til grunn.<sup>306</sup> Videre påpeker tingretten at EU-domstolen ikke fravek egen praksis i Tannlegedommen. Avgjørelsen var ifølge domstolen i tråd med Rafael Hotels-dommen og Premier League-dommen, hvor det ble fastslått offentlig fremføring.

Domstolen mente videre at det ikke kan legges til grunn et krav om økonomisk vinning for øyet i norsk rett, men det er et tungtveiende moment i en helhetsvurdering.<sup>307</sup> Like fullt mente Tingretten at leiebilselskapene hadde en økonomisk vinning ved å ha radio i bilene. Anførselen om at kundene leier bil for å komme seg fra A til B, ikke for å høre på musikk førte ikke frem. Denne argumentasjonen har paralleller til tannlege-saken hvor man mente at pasientene oppsøkte klinikken av tannhelsemessige årsaker.<sup>308</sup> Ikke for å nyte musikk.

Tingrettens vurdering av at begrepet ”kommunikasjon til offentligheten” i utleiedirektivet art. 8 (2) og ”offentlig fremføring”, jf. åvl. § 45b ikke er identisk medfører muligens riktighet. Likevel virker uttalelsen noe unyansert, da begrepene har et nokså tilsvarende begrepsinnhold.

---

<sup>305</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.24.

<sup>306</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.22-23.

<sup>307</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s.23.

<sup>308</sup> Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso avsnitt 97 og 98.

I dommen vises det til rettstilstanden i Sverige og Finland.<sup>309</sup> I Sverige har bilutleiebransjen etter forhandlinger med det svenske vederlagsbyrå godtatt en vederlagsplikt. Mens Finland har fått en rettsavklaring på fremføring i drosjer. Finsk høyesterett mente at musikken måtte ses i sammenheng med tjenesten drosjen leverte, hvor hovedfokus var omsetning.<sup>310</sup> Hvis Leiebildommen står seg, kan det være en indikasjon på at begrepet ”offentlig fremføring” er i ferd med å utvide seg. Jeg vil synes det er underlig om ankeinstansen avfeier Tannlegedommen med tilsvarende begrunnelse som tingretten. Det vil være rom for å se nærmere på likheten i begrepsinnholdet i utleiedirektivet art. 8 (2) og åvl. § 45b, da i større grad enn tingretten gjorde.

#### **8.4 Drosjer og busser**

I Norge foreligger det ingen rettsavgjørelse som avklarer spørsmålet om drosjer som spiller musikk for kundene sine gjør åndsverk tilgjengelig for kundene sine, og dermed må betale avgift. Det finnes derimot en dissensdom fra finsk høyesterett. Den øverste finske domstolen mente at musikk i drosjer var en fremføring som utløste vederlagsplikt. Avspillingen var en del av en ervervsmessig tjenesteytelse. Videre kunne hvem som helst hyre drosjen, at det potensielt bare var en kunde i bilen ble ikke tillagt vekt. Mindretallet var uenig og mente blant annet at det lave antallet passasjerer talte for at det ikke var en offentlig fremføring.<sup>311</sup> Dommen har vært mye diskutert i ettertid.<sup>312</sup>

Gramo krever per tiden ikke inn vederlag fra drosjer. Dette vil de heller ikke ta stilling til før det foreligger en rettskraftig avgjørelse i Leiebilsaken.<sup>313</sup> Busselskaper betaler per i dag avgift for musikkavspilling.<sup>314</sup> Sistnevnte praksis må sies å være i samsvar med åvl. § 45b.

---

<sup>309</sup> Asker og Bærum tingretts dom av 2.november 2012 s. 17-18.

<sup>310</sup> Herler (2003) s.161 flg.

<sup>311</sup> HD 2002:101 (Taximusikk).

<sup>312</sup> Olsson (2009) s. 101.

<sup>313</sup> Oswald (2013).

Oslo Taxi representerer i stor grad norsk drosjenæring og stiller seg negative til oppkreving av vederlag fra drosjer. De mener at drosjepassasjerene i stor grad ønsker ro under turen og viser til undersøkelser de har gjort. Dette kan ikke tillegges avgjørende vekt, da det er muligheten til fremføring som er vesentlig. Ikke om muligheten utnyttes. Videre fremholder Oslo Taxi at passasjerene benytter seg av drosjer for å transporteres, ikke underholdes.<sup>315</sup> Tilsvarende argumentasjon som i Tannlege- og Leiebilsaken. De påpeker også at radio-kringkasterne allerede har betalt vederlag. Dette kan klart ikke føre frem da fremføringen ikke konsumeres.<sup>316</sup> Videre at vederlag bør kreves ved salg av verk ikke ved bruk. Dette kan heller ikke føre frem, da opphavsmannens enerett også omfatter bruk ved offentlig fremføring.<sup>317</sup> De problematiserer også innkrevingen av vederlag, dette er derimot ikke en juridisk problemstilling.<sup>318</sup>

Får vi en rettskraftig dom i favør av Gramo er det overhengende stor sannsynlighet for at drosjenæringen vil rammes.<sup>319</sup>

## 8.5 Kontorlokaler og bedrifter

I Bedriftsmusikkdommen ble det fastslått offentlig fremføring.<sup>320</sup> I Bedriftsmusikk II var det derimot ikke offentlig fremføring.<sup>321</sup> Det avgjørende kan synes å være forholdet mellom

---

<sup>314</sup> Elnan (2012).

<sup>315</sup> Elnan (2012).

<sup>316</sup> Rt-2005-41 avsnitt 43.

<sup>317</sup> Åvl. § 2.

<sup>318</sup> Dolva (2013).

<sup>319</sup> Elnan (2012).

<sup>320</sup> Rt-1953-633.

<sup>321</sup> Dansk Højesteret U.2007.1581H.

ledelsen og de ansatte, samt ønske om økonomisk vinning.<sup>322</sup> Er det et lite kontormiljø, hvor alle har et nært, personlig forhold til hverandre kan fremføringen være privat. Har ledelsen derimot som hensikt å oppnå økonomisk vinning. I tillegg til at omsetningen faktisk øker som følge av fremføringen, taler mye for at det er en offentlig fremføring. I Danmark er dette sikker rett, så fremt bedriftens ansatte teller mer enn 40 personer.<sup>323</sup> Tilsvarende gjelder ikke i Norge. Her vil vurderingen bero på skjønn. Det faktum at et bedriftsmiljø gjerne befinner seg i grenselandet mellom den private og offentlige sfære kompliserer vurderingen.

Gramo krever per i dag ikke inn vederlag fra bedrifter ved musikkavspilling i bedriftslokaler. Tono har derimot lagt til rette for dette, såfremt bedriften har mer enn 50 ansatte.<sup>324</sup> Det kan virke som de bruker Bedriftsmusikkdommen som grunnlag. Tono krever inn vederlag basert på ansattes musikktilgang gjennom datamaskiner. Såfremt bedriften eier datamaskinene og har 50 ansatte, hvorav minst 30 har tilgang til musikk. Det svenske vederlagsbyrået krever 40 ansatte, hvorav minst 20 har tilgang.<sup>325</sup> Tonos praksis medfører at tilrådighetsstillelse av datamaskin med lydkort og muligens høyttalere eller lignende vurderes som en offentlig fremføring. Forutsatt at bedriften tillater musikkbruken.<sup>326</sup> Denne praksisen er ikke nødvendigvis i henhold til åndsverkloven. En kan stille spørsmålsteget ved om det er en fremføring å stille datamaskiner med lydkort til rådighet. Dette vil være en ren tilrådighetsstillelse som stemples som offentlig fremføring. Videre er det ikke klart at bruken kan karakteriseres som offentlig.

---

<sup>322</sup> Schovsbo (2011) s. 132.

<sup>323</sup> Schovsbo (2011) s. 132, jf. ophl § 2, stk. 4, nr. 2.

<sup>324</sup> ”Avtale om vederlag for arbeidsplassmusikk”.

<sup>325</sup> Olsson (2009) s. 99.

<sup>326</sup> ”Nyttig å vite om arbeidsplassmusikken”.

## 9 Avslutning/betenkning

På tross av at begrepet ”offentlig fremføring” i åndsverkloven verken er nytt eller ukjent, er innholdet ikke fastlagt. ”Fremføring” er et vidt begrep som dekker mer enn den naturlig språklige forståelsen av ordet. Støtte for dette synet finner man i rettspraksis og forarbeider. Videre er det klart at vurderingen offentlig eller privat fremføring beror på en konkret helhetsvurdering. Ved vurderingen er det mulig å oppstille en del momenter, primært basert på rettspraksis og forarbeider. Årsaken til at begrepets innhold er noe ullent skyldes blant annet teknologisk utvikling, behovet for å anvende skjønn, mange rettskilder og et uoversiktlig rettskildebilde.

Hvorvidt innholdet blir klarere i nær fremtid er vanskelig å si. Det blir svært interessant å følge utviklingen i kjølvannet av Leiebilsaken, spesielt hvis saken til slutt behandles i Høyesterett. Om en rettskraftig dom fastslår at radio i leiebiler er en ”offentlig fremføring” bør man holde et våkent øye med utviklingen. Rognstad mener leiebilfirmaer og bedrifter som stiller datamaskiner til rådighet, men ikke tilrettelegger for bruk av musikk/film i arbeidstiden, ikke er avgiftspliktige.<sup>327</sup> Han oppfordrer også til bruk av fornuft ved rettighetshåndteringen.<sup>328</sup> Det er vanskelig å si seg uenig i oppfordringen. Man bør ha i mente at opphavsretten skal bidra til å fremme utviklingen og frembringelsen av kunst. Like viktig er det at kunsten som skapes er tilgjengelig og at den innenfor rimelighetens grenser lett kan nytes. Ved å gjøre verk vanskeligere tilgjengelig og rigid styre bruken vil man i verste fall bidra til å senke interessen. Det vil være skadelig for kulturbransjen. Et ønske om å styrke sin egen stilling og sine interesser kan vise seg å være en bjørnetjeneste. Samtidig er det like viktig å huske at opphavsmannen eier verket. Lovgiver har valgt å gi ham en sterk rettighetsposisjon, den skal og bør vernes om. Man skal høste fruktene av sitt arbeid og få den honnør man fortjener.

---

<sup>327</sup> Rognstad (2009) s. 181-182.

<sup>328</sup> Rognstad (2009) s. 182.

## **10 Litteraturliste**

### **10.1 Lover og forarbeider**

#### **Norske lover**

1961 Lov 12.mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven).

#### **Danske lover**

2010 Lov om ophavsret. Lovbekendtgørelse nr. 202 af 27. februar 2010 (ophavsretsloven).

#### **Svenske lover**

1960 Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen).

#### **Forarbeider**

NOU 2013: 2 Hindre for digital verdiskaping. Del fire om immaterielle rettigheter.

NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor Norges avtaler med EU.

EF-rettsakter som etter en foreløpig oversikt vil kunne behandles i EØS-komiteen 8. juni 2007(Europaportalen)

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

St.prp. nr. 6 (2004-2005) Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 110/2004 av 9. juli 2004 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2001/29/EF om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.

Høringsutkast om forslag til endringer i åndsverkloven m.m. 2003, Kirke og Kulturdepartementet.

Ot.prp. nr.15 (1999-2000) Om lov om endringer i åndsverkloven og lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstners prestasjoner m.v.

Norsk komitéinnstilling 1925 [Om opprettelse av åndsverklov].

### **Nordiske forarbeider**

#### **Svenske forarbeider**

Ds 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.

#### **Danske forarbeider**

Folketingstidende 1960/1961 Tillæg A og B. [Forarbeider til den danske opphavsrettslov]

## **10.2 Traktater, avtaler og konvensjoner**

### **EØS-relevant lovgivning m.m.**

EØS-avtalen Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Porto 2. mai 1992.

EØS-avtalen vedlegg XVII Immaterielle rettigheter.

Dir. 2006/115/EF Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i

forbindelse med intellektuel ejendomsret. (Utleiedirektivet)

Dir. 2001/29/EF

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet. (Infosoc-direktivet)

Dir. 92/100/EØF

Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (gyldighedens ophør.: 15/01/2007; ophævet ved 32006L0115(Utlån/leiedirektivet).

### **Traktater og konvensjoner**

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966

Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886

Agreement on trade-related aspects og intellectual property rights, Marokko 15. april 1994

## **10.3 Rettspraksis**

### **Norges Høyesterett**

Rt-2012-1062

Tripp Trapp-saken

Rt-2000-1811

Finanger I

Rt-2010-366

Mauseth-dommen

Rt-2005-41

Napster-dommen



Rt-1995-35

Rt-1970-1172

Roys Place

Rt-1964-782

Rt-1953-633

Bedriftsmusikk

Rt-1955-536

### **Norske underrettsdommer**

#### **Publiserte**

RG-1952-509

#### **Upubliserte**

Asker og Bærum tingretts dom av 2. november 2012.

Leiebildommen

### **Avgjørelser fra EU-domstolen**

Sag C-604/10 Football Dataco Ltd m.fl. mod Yahoo! UK Ltd m.fl.. 1. mars 2012

Sag C-162/10 Phonographic Performance (Ireland) Limited mod 15. mars 2012.  
Irland og Attorney General (Hotelldommen).

Sag C-135/10 SCF Consorzio Fonografici mod Marco Del Corso 15. mars 2012.  
(Tannlegedommen).

Sag C-403/08 Football Association Premier League and Others 4. oktober 2011.  
(Premier League-dommen).

Sag C-136/09 Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon 18. mars 2010.  
Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon mod Divani Akropolis  
Anonimi Xenodocheiaki kai Touristiki Etaireai.

Sag C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España 7. desember 2006.  
(SGAE) mod Rafael Hoteles SA.

Sag C-192/04 Lagardère Active Broadcast mod Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) og Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL). 14. juli 2005.

### **Nordiske dommer**

#### **Danmark**

U 2007.1581H	Bedriftsmusikk II
U 2004.2134H	
U 1999.2011H	
U 2003.212Ø	
U 2002.649 Ø	
U 1999.2057 Ø	Frisør
U 1972.700Ø	
U 1969.946Ø.	

#### **Finland**

HD 2002:20	Bostadshotell
HD 2002:101	Taximusikk

#### **Sverige**

Svea Hovrätt mål nr. B4041-09	Pirate Bay
Högsta Domstolen 10.12.1986	Radiobutikk-dommen
NJA 1980 s.123	Mornington

## **Andre dommer**

### **England**

Walter v Lane [1900] AC 539

### **USA**

The U.S Supreme Court in Feist Publ'ns,  
Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340  
(U.S. 1991)

## **10.4 Bøker og artikler**

### **Bøker**

- |                                                                  |                                                                            |
|------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|
| Rosén, Jan                                                       | <i>Medie- och upphovsrätt</i> , Stockholm 2012.                            |
| Levin, Marianne                                                  | <i>Lärobok i immaterialrätt</i> . Stockholm, 2011.                         |
| Schovsbo, Jens og Rosenmeier, Morten                             | <i>Immaterialret</i> . København, 2011.                                    |
| Schønning, Peter og Blomqvist Jørgen.                            | <i>International Ophavsret</i> . København, 2011.                          |
| Schønning, Peter                                                 | <i>Ophavsretsloven med kommentarer</i> . 5.utg. København, 2011.           |
| Olsson, Henry                                                    | <i>Copyright, svensk och internationell upphovsrätt</i> . Stockholm, 2009. |
| Rognstad, Ole-Andreas i samarbeid med<br>Birger Stuevold Lassen. | <i>Opphavsrett</i> . 1.utg. Oslo, 2009.                                    |
| Koktvedgaard, Mogens.                                            | <i>Lærebog i Immaterialret</i> . 7. utg. København,                        |

2005.

Knoph, Ragnar.

*Åndsretten*. 1.utg. Oslo, 1936.

### **Artikler**

Lund, Astri M.

*Åndsverkloven 50 År. Elementer fra lovens tilblivelse. Unnfangelse, fødsel og unge år*: Nordiskt Immaterielt Rättskydd. 2012, s. 105-111.

Lund, Astri M.

*Begrepet "offentlig fremførelse" i nordisk opp- havsrett i lys av den internasjonale og europeiske utvikling i de siste år*: Nordiskt Immaterielt Rättskydd. 2001, s. 604-621.

Stakemann, Helle.

*Offentlighedsbegrebet i forbindelse med fremførelse af ophavsretligt beskyttede musikværker i foreninger og på arbejdspladser*: Nordiskt Immaterielt Rättskydd. 2007, s. 134-147.

Schønning, Peter.

*Begrebet offentlig fremførelse*: Nordiskt Immaterielt Rättskydd. 2001, s. 628-632.

Herler, Brita Kristina.

*Kommentarer til HD: 2002:101(Taximusikk)*: Nordiskt Immaterielt Rättskydd. 2003, s.161-168.

Koktvedgaard, Mogens.

*Udviklingen i Norden i perioden 1997-2001*: Nordiskt Immaterielt Rättskydd. 2001, s. 511-515.

Lund, Torben.

*Komponisternes stilling overfor "industrimusiken" efter dansk ret*: Nordiskt Immaterielt Rättskydd. 1950, s. 81-92.

## Rapporter

Fredriksen, Halvard Haukeland      EU/EØS-rett i norske domstoler. Skrevet på oppdrag for Europautdredningen, 2011.

## 10.5 Andre kilder

### Nettdokumenter

Elnan, Cathrine      *Vil ikke betale for taxi-musikk.* <http://www.nrk.no/kultur-og-underholdning/1.8393618> [Sisert: 17. april 2013].

Stray Vyrje, Magnus      *Noter til åndsverkloven. I: Gyldendal Rettsdata* [Sisert: 03. mars 2013].

Torvund, Olav      *Musikk til arbeidet - TONOs vederlagskrav* <http://www.torvund.net/index.php?page=tonokrav> [besøkt: 20. mars 2013].

WIPO      *Understanding Copyright and Related Rights.* [http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/909/wipo\\_pub\\_0909.html](http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/909/wipo_pub_0909.html) [Sisert: 19. mars 2013].

Gramo      *Avtale om vederlag for offentlig fremføring av innspilt musikk i venteværelse.* [https://gramo.no/files/docs/schemas/2013/Skjema\\_Venteværelse.pdf](https://gramo.no/files/docs/schemas/2013/Skjema_Venteværelse.pdf) [besøkt: 14. april 2013].

WTO      *What is WTO.* [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/whatis\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/whatis_e.htm) [Sisert:

08. april 2013].

Tono                    *Avtale om vederlag for arbeidsplassmusikk.*  
[http://www.tono.no/Andre+sider/Hurtigmeny/Skjemaer/\\_attachment/2606?\\_ts=1119790fb5f](http://www.tono.no/Andre+sider/Hurtigmeny/Skjemaer/_attachment/2606?_ts=1119790fb5f) [besøkt: 17.april 2013].

Tono                    *Nyttig å vite om arbeidsplassmusikken.*  
<http://www.tono.no/Kunde/Priser+og+Tariffer/Arbeidsplassmusikken>  
[sitert: 17. april 2013].

#### **Personlige meddelelser**

Dolva, Lars (Oslo Taxi)

E-post, 5. april 2013.

Oswold, Gunbjørg (Gramo)

E-post, 17.april 2013.

Wessel-Aas, Jon (Partner, Bing Hodneland)

E-post (PDF-fil), 16.januar 2013.