

UiO • **Det juridiske fakultet**

Sluttbrukers midlertidige eksemplarframstilling

Kandidatnummer: 702

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17992



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Metode	4
1.4	Det videre opplegget.....	5
2	FAKTISK BAKGRUNN	5
2.1	Tekniske begreper	5
2.1.1	Browsing	6
2.1.2	Caching	7
2.1.3	Streaming	7
2.1.4	Andre tekniske prosesser som kan innebære midlertidig eksemplarframstilling	8
2.2	Brukssituasjoner	9
2.2.1	Vanlig bruk.....	9
2.2.2	Kommersiell utnyttelse	10
2.2.3	Private pirater	10
2.2.4	Andre former for bruk.....	11
3	UTGANGSPUNKTET: ENERETTEN TIL MIDLERTIDIG EKSEMPLARFREMSTILLING.....	11
3.1	Eksemplarframstillingsretten	11
3.2	"Midlertidig eksemplar".....	12
3.3	Eneretten til framstilling av midlertidige eksemplar som tilgangskontrollrett	15
4	§ 11 A: RAMMENE FOR TOLKNINGEN.....	17
4.1	Innledning	17
4.2	Formål.....	17
4.2.1	Harmonisering	17
4.2.2	Sikre at det er mulig å bruke ny teknologi.....	18
4.2.3	Rettighetshavers interesser.....	19
4.2.4	Oppsummering	20

4.3	Samlet behandling	20
4.4	Låneregel eller unntaksregel?	20
4.5	Artikkel 5(5).....	21
4.5.1	Rettskildebildet.....	23
4.5.2	Vilkårene i tretrinnsstesten	24
4.6	Oppsummering	26
5	§ 11 A: UNNTAKETS MATERIELLE INNHOLD.....	27
5.1	Tilfeldig eller forbigående fremstilling av midlertidige eksemplar	27
5.1.1	Alternative vilkår	27
5.1.2	Tilfeldig.....	28
5.1.3	Forbigående.....	29
5.1.4	Anvendelse på brukssituasjonene	31
5.1.5	Tilfører vilkåret bestemmelsen noe?	31
5.2	Integrert og vesentlig del av teknisk prosess	33
5.2.1	Ett vilkår.....	33
5.2.2	Begrepet "teknisk prosess"	33
5.2.3	Må eksemplarfremstillingen være strengt nødvendig for å gjennomføre den tekniske prosessen?.....	34
5.2.4	Anvendelse på brukssituasjonene	35
5.3	Lovlig bruk.....	36
5.3.1	Innledning	36
5.3.2	Samtykke.....	36
5.3.3	Ikke i strid med lov	37
5.3.4	Privatkopieringsparadokset.....	44
5.3.5	Formålsbetraktninger	46
5.3.6	Juridisk teori.....	46
5.3.7	Håndhevingsproblematikk	47
5.3.8	Anvendelse på brukssituasjonene	48
5.4	Selvstendig økonomisk betydning.....	48
5.4.1	Økonomisk betydning.....	49
5.4.2	Selvstendig	50
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	53

LITTERATURLISTE56

FORKORTELSER.....61

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

De siste 20 årene har vært preget av fremveksten av Internett som kommunikasjonsmiddel og arbeidsverktøy. I vestlige land er det knapt noen som ikke aktivt bruker Internett til arbeid, som kilde til nyheter, underholdning eller for å holde kontakt med andre mennesker. Denne aktiviteten innebærer at opphavsrettslig beskyttet materiale i stor skala blir overført gjennom Internett til sluttbrukere i hele verden. Fildeling, streaming og browsing kan brukes til å tilgjengeliggjøre og konsumere innhold med rettighetshavers velsignelse, men også til å skaffe seg tilgang til opphavsrettsbeskyttet materiale uten rettighetshavers samtykke.

Det konkrete arbeidet med å regulere opphavsrett på Internett startet i 1995, og munnet ut i Europaparlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet.¹ Reglene bygger i stor grad på den tidligere rettsstilstanden på området og overlater mye til medlemslandene. En viktig del av direktivet er innføringen av en enerett for rettighetshaver til midlertidig eksemplarfremstilling i direktivets artikkel 2. En slik enerett fantes allerede i softwaredirektivet og databasedirektivet,² men ble gjennom infosocdirektivet gitt også for vanlige åndsverk og nærstående rettigheter. Ny digital teknologi innebærer regelmessig at midlertidig eksemplarfremstilling må skje. For at eneretten ikke skulle komme i veien for bruken av den nye teknologien, ble det også innført et unntak fra hovedregelen i direktivets artikkel 5(1). Dette unntaket for visse former for midlertidig eksemplarfremstilling er obligatorisk for EU-landene og for EØS-landene, og er implementert i § 11 a i Åndsverksloven.

Unntaket i § 11 a ble utformet før man visste hvordan teknologien kom til å utvikle seg. Selv om noe var kjent, var muligheten for streaming av musikk og spillefilmer, og omfanget dette skulle få, ikke mulig å forutse for Europakommisjonen. Resultatet av å lage en lovgivning som skulle passe for en ukjent teknologisk fremtid ble en bestemmelse som kan kritiseres for å være vanskelig tilgjengelig.

¹ Heretter infosocdirektivet

² EP/Rdir 2009/24 EF (heretter softwaredirektivet) og EP/Rdir 96/9 EF (heretter databasedirektivet)

Omfanget av streaming av innhold uten rettighetshavers tillatelse er et problem for rettighetshaverne i hele Europa.³ Også gjennom vanlig nettlesning kan sluttbruker skaffe seg tilgang til innhold som aldri aktivt blir lagret av brukeren, men som eksisterer som midlertidige eksemplarer i datamaskinens arbeidsminne eller harddisk. Spørsmålet om rekkevidden av unntaket for slike eksemplarer er derfor stadig mer aktuelt, og det finnes et behov for å klargjøre innholdet i regelen. Det er et paradoks at denne regelen som av den svenske juristen Henry Olsson har blitt omtalt som den "*mest kompliserte i hela upphavrettslägen*"⁴ gjelder bruk av Internett – den kanskje mest brukte kanalen for konsum av opphavsrettslig beskyttet innhold i dag.

Oppgavens problemstilling er hvilke av sluttbrukers handlinger unntaket i § 11 a får anvendelse på. Problemstillingen har en teknisk side, der det må besvares hvilke former for lagring som omfattes, og en side mot hvordan rettighetshavers interesser vil påvirkes. De ulike måtene sluttbruker skaffer seg tilgang til åndsverk på vil i større eller mindre grad påvirke rettighetshavers interesser. For å klargjøre hvilke konsekvenser tolkningen av unntaket har, vil det i drøftelsen tas utgangspunkt i tre brukssituasjoner som dekker de fleste utnyttelser av åndsverk på det digitale området i dag: Vanlig bruk av lovlig tilgjengeliggjort materiale, kommersielle aktørers utnyttelse av rettighetsbeskyttet materiale i sin virksomhet og bruk av materiale som er tilgjengeliggjort uten rettighetshavers samtykke eller på grunnlag av en låneregel.

1.2 Avgrensning

Unntaket i åndsverkslovens § 11 a og infosocdirektivet artikkel 5(1) gjelder bruk for to alternative formål. Det gjelder for det første der formålet er å muliggjøre "*lovlig bruk av et verk*",⁵ og for det andre der formålet er å foreta "*en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter*".⁶ Oppgaven er begrenset til å behandle det første alternativet anvendt på sluttbrukere av opphavsrettslig beskyttet innhold. Bestemmelsen har også betydning for innholdsleverandørers bruk av beskyttet materiale. Tolkningen og konsekvensene av bestemmelsen vil stort sett være like for både sluttbrukere og innholdsleverandører, selv om det kan ten-

³ Europakommisjonen EAC/08/2012 (2014)

⁴ Olsson (2009) s. 121

⁵ Åndsverksloven § 11 a 1. ledd litra a

⁶ Åndsverksloven § 11 a 2. ledd litra b

kes at tolkningen av bestemmelsen vil få andre utslag for sistnevnte. Spesielt gjelder dette forholdet til tretrinns testen i som drøftes i oppgavens kapittel 5.3.3.6, og vurderingen av vilkåret om selvstendig økonomisk betydning i kapittel 5.4. Problemstillinger i tilknytning til innholdsleverandører vil imidlertid ikke påvirke sluttbrukertilfellene og blir derfor ikke behandlet i oppgaven.

Mellomledd, som for eksempel en Internettilbyder, behandles heller ikke. Midlertidig eksemplar fremstilling i forbindelse med overføring på vegne av tredjeparter skiller seg fra sluttbrukers utnyttelse av åndsverk fordi mellomleddet ikke har påvirkning på *hva* som overføres, eller egen nytte av selve innholdet som overføres. Tekniske prosesser med hovedformål å vise eller spille av innhold fra nettet hos sluttbruker skiller seg videre fra tekniske prosesser hos mellomledd, som har som hovedformål å overføre signaler så hurtig som mulig fra kilden til sluttbruker. Endelig omfattes virksomheten til mellomledd av ansvarsfrihetsreglene i e-handelsloven⁷ og e-handelsdirektivet.⁸ Dette gjør at grunnlaget for å vurdere om vilkårene i loven er oppfylt, og om hensynet til rettighetshaverne er godt nok ivaretatt, vil være ulik for sluttbrukere og mellomledd.

For ordens skyld bemerkes det også at i henhold til § 11 a andre ledd, omfattes ikke datamaskinprogrammer og databaser. Lovgiver har likevel valgt å la § 11 a gjelde tilsvarende for databaser.⁹ Spesielle problemstillinger som måtte oppstå i tilknytning til databaser behandles imidlertid ikke her. EU hadde før infosocdirektivet utformet egne regelverk for disse særegne typene åndsverk gjennom softwaredirektivet og databasedirektivet. Fordi databaser og dataprogrammer er regulert i andre direktiver, og det gjør seg gjeldende noen andre hensyn ved behandlingen av disse enn ved behandlingen av vanlige åndsverk, passer problemstillinger knyttet til disse ikke her. Direktivene forsøker langt på vei å løse mange av de samme spørsmålene som infosocdirektivet, og en rekke bestemmelser i infosocdirektivet har store likhetstrekk med softwaredirektivet og databasedirektivet. Reguleringen av disse områdene kan derfor likevel kaste lys over tolkningen av infosocdirektivet. Det kan også forekomme at databaser og dataprogrammer *inneholder* åndsverk som er beskyttet som åndsverk og som etter om-

⁷ Ehandelsloven §§ 16-18

⁸ EP/Rdir 2000/31 EF

⁹ Åndsverksloven § 43, 5. ledd.

stendighetene må omfattes av unntaket. Grensedragningen mellom åndsverk og dataprogrammer og databaser *sui generis* er imidlertid et eget spørsmål, og problemstillingen vil ikke berøre konklusjonene i det videre.

1.3 Metode

Få norske rettskilder er relevante for tolkningen av § 11 a. Temaet er bare kort behandlet i norsk teori, og det foreligger ikke rettspraksis som aktivt tar opp unntaket.¹⁰ Forarbeidene omtaler de ulike vilkårene i unntaket men er til liten hjelp ved tolkningen.¹¹ For det første sier forarbeidene lite som ikke kan leses ut av ordlyden. For det andre bærer forarbeidene preg av at målet har vært å inkorporere et EØS-relevant direktiv, og at departementet har gjort et forsøk på å tolke dette uten mange holdepunkter.

EU-domstolen har så langt avsagt tre dommer som direkte vedrører direktivets artikkel 5(1).¹² Siden den norske tolkningen av direktivet skal skje i samsvar med utviklingen i EU-retten er dommene viktige rettskilder for tolkningen av § 11 a.¹³

Oppgaven tar for seg den opphavsrettslige tretrinns-testen slik den forholder seg til unntaket i § 11 a. Selv om utgangspunktet er tretrinns-testen slik den har fått uttrykk i infocodirektivets artikkel 5(5), vil det argumenteres for at også rettskilder knyttet til testen i Bernkonvensjonen, i TRIPS-avtalen og i WCT er relevante for tolkingen av bestemmelsen. I fastleggingen av innholdet i disse konvensjonene må internasjonal metode benyttes.¹⁴

¹⁰ Se generelt Rognstad (2009a) s. 153-154, Rieber-Mohn (2008) og, i forbindelse med søkemotorer, Rognstad (2012). Problemstillingen er også behandlet av Bing (2008), Rognstad (2009b) og Rieber-Mohn (2010) s. 138, uten at vilkårene blir behandlet inngående.

¹¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) og Innst.O. nr. 103 (2004-2005). Unntaket i § 11 a var ikke direkte tatt opp i debatten i Stortinget.

¹² Sak C-5/08 Infopaq International mot Danske Dagbladets Forening (heretter omtalt som Infopaq), forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd (heretter omtalt som Premier League), og sak C-302/10 Infopaq International v Danske Dagbladets Forening (heretter omtalt som Infopaq II).

¹³ EØS-rett (2011) s. 265

¹⁴ Se Ruud (2010) s. 70-83

Et sentralt metodisk problem i oppgaven er rettskildevekten til EU-rettslige og internasjonale kilder der uttalelser i forarbeidene strider mot disse. Det klare utgangspunktet er at norsk rett har forrang der det foreligger en klar og bevisst motsetning mellom norske rettskilder og andre rettskilder.¹⁵ Dette utgangspunktet modifiseres av *presumsjonsprinsippet*, som innebærer at der det er usikkerhet om hvordan norsk rett skal tolkes formodes det at norsk rett er i samsvar med folkeretten.¹⁶ Det er alminnelig antatt at der det foreligger en motstrid mellom norske og internasjonale kilder som er uønsket eller ubevisst, vil de internasjonale rettsfaktorene slå gjennom.¹⁷ For forarbeider til norsk gjennomføring av EU-rettslige regler er dette enda klarere. Forarbeidene er ofte utformet under tidspress, og uttalelsene om tolkningen er gjort av jurister som ikke selv har utformet reglene. Der EU-rettslige kilder eventuelt skulle stride mot uttalelser i forarbeidene er det derfor mindre grunn til å legge vekt på de norske forarbeidene.¹⁸

1.4 Det videre opplegget

Som nevnt kan § 11 a synes svært komplisert. I det videre er det derfor hensiktsmessig å først gi en innføring i de grunnleggende tekniske forutsetningene for det som i praksis vil være anvendelsesområdet til § 11 a, nemlig digital teknologi, herunder særlig tilgang til opphavsrettslig beskyttet materiale på Internett. Videre vil det kort gis eksempler på hvilke brukssituasjoner regelen vil kunne anvendes på. Ettersom § 11 a er en unntaksbestemmelse, vil eneretten til midlertidige kopier etter åndsverkslovens § 2 behandles før en grundig drøftelse av vilkårene i § 11 a, slik de vil forholde seg til de brukssituasjonene oppgaven tar utgangspunkt i, presenteres.

2 Faktisk bakgrunn

2.1 Tekniske begreper

I drøftelsen av § 11 a må man forholde seg til flere tekniske termer. For det første er unntaket resultatet av et forsøk på å møte ny teknologi. Hensynene bak bestemmelsen, og problemene

¹⁵ Ruud (2010) s. 56-57

¹⁶ Ruud (2010) s. 64

¹⁷ Eckhoff (2012) s. 317

¹⁸ EØS-rett (2011) s. 203

som oppstår ved anvendelsen av den, vil tre klarere frem dersom den tekniske virkelighet bestemmelsen skal anvendes på blir tydeliggjort. For det andre er tekniske prosesser avgjørende for om eksemplaret som foreligger skal anses som midlertidig eller permanent. For det tredje er vurderingen av om enkelte av vilkårene i bestemmelsen er oppfylt avhengig av en vurdering av de tekniske prosesser som anvendes.

I det følgende vil det bli gitt et overblikk over de former for midlertidig eksemplarfremstilling som kan tenkes for sluttbrukere av åndsverk. Fremstillingen er enkel fra et teknisk perspektiv, men tar likevel sikte på å gi en presis nok beskrivelse for formålet.

2.1.1 Browsing

Med browsing menes handlingen som utføres når en bruker gjennom sin Internettilkobling og en nettleser skaffer seg tilgang til materiale som er lagt ut på et nettverk. World Wide Web er det mest vanlig brukte nettverket på Internett.¹⁹ En nettleser er programvare som kan sende og motta informasjon til servere, tolke den mottatte informasjonen og presentere den på skjerm slik at den er lesbar for mennesker. Det finnes en rekke slike lesere, som Microsofts Internet Explorer eller Googles Chrome. De kan modifieres og tilpasses på en rekke ulike måter, men den grunnleggende funksjonsmåten er den samme for de forskjellige leserne.

Når en sluttbruker gir en nettleser beskjed om å sende en forespørsel til en server på Internett, mottar nettleseren data. Data må lagres på sluttbrukerens maskin, i første omgang i et meget raskt arbeidssminne kalt RAM (Random Access Memory).²⁰ RAM skiller seg fra permanent lagring på for eksempel harddisk i at det er raskere, men ikke kan lagre like store mengder data. Informasjonen lagret i RAM behandles i vanlig bruk bare av automatiske prosesser i datamaskinen. Når datamaskinen er ferdig med å bruke informasjonen vil den automatisk slettes fra minnet. Informasjonen blir også slettet når datamaskinens strømtilførsel blir skrudd av. At dataene blir lagret i RAM er en forutsetning for at datamaskinens prosessor skal kunne behandle data.²¹ Informasjon lagret i RAM blir tolket av datamaskinens prosessor og signaler

¹⁹ Clark (2013)

²⁰ Boncz (2009)

²¹ Boncz (2009)

blir sendt til en tilkoblet skjerm slik at det kan leses av brukeren. På denne måten kan tekst, bilder, lyd og video overføres fra en server til sluttbrukeren.

2.1.2 Caching

Caching er et uttrykk som her blir brukt om en metode som korter ned ventetiden for sluttbrukeren når han ønsker tilgang til innhold på Internett. Gjennom metoden lagres data brukeren ber om tilgang til på brukeren harddisk, som er maskinens permanente lagringsmedium. Neste gang brukeren har behov for informasjonen sjekker nettleseren om det har skjedd endringer på den eksterne serveren siden sist brukeren ba om tilgang til den. Dersom det ikke har skjedd slike forandringer, laster nettleseren data fra brukeren harddisk isteden for fra den eksterne serveren.²² Dette er raskere for brukeren og mindre ressurskrevende for nettleverandøren. Prosessen foregår uten at brukeren aktivt må foreta seg noe, og er standard i alle alminnelig brukte nettlesere. Både størrelsen på cachen og hvor lenge data lagres i cachen kan likevel bestemmes av brukeren gjennom nettleserens innstillinger. Brukeren er også fri til å finne datafilene lagret i cachen på harddisken og ta ytterligere kopier av denne.

Metoden gjør altså at browsing fungerer bedre. Den er imidlertid ikke strengt tatt nødvendig for å bruke nettet. De første nettleserne hadde ikke cachingfunksjonalitet, og hver gang en bruker kobler seg til en ny nettside skjer dette uten bruk av en lokal cache.

Caching foretas også hos mellomledd. Denne formen for caching behandles ikke her.

2.1.3 Streaming

Streaming er en samlebetegnelse for enkelte typer bruk av Internett som innebærer kontinuerlig overføring av data gjennom særskilte protokoller.²³ Begrepet brukes både om innholdsleverandøren tilgjengeliggjøring av materiale og av sluttbrukers mottak av det. I oppgaven brukes begrepet bare om sluttbrukers mottak av materiale. Denne formen for streaming skiller seg ikke fundamentalt fra definisjonen av browsing presentert over. Sluttbrukeren anvender en nettleser eller annen programvare for å forespørre, motta og tolke data fra en ekstern server

²² Wang (1999) s. 36-37

²³ Maniar (2012)

gjennom et nettverk. Data må lagres i RAM før det blir tolket av datamaskinens hardware og vist på skjerm. Streaming skiller seg likevel fra browsing i at dataene vises etterhvert som de kommer inn, i stedet for at en hel nettside lastes inn og blir i datamaskinens minne. Fra sluttbrukerens perspektiv er streaming derfor et attraktivt alternativ til permanent lagring av store filer som for eksempel video eller musikk. Brukeren unngår å måtte vente på at en stor fil skal lastes helt ned før den kan sees.

Ulempen med streaming er at Internett er ustabil. Hastigheten for overføring varierer og tilgangen kan i korte perioder falle helt bort. Disse svingningene i tilgang vil for brukeren gi seg uttrykk i at avspilling stopper opp, hakker eller ikke vises som den skal. Dette løses gjennom buffering. Bufferingprosessen innebærer at data lagres enten i RAM eller på harddisk umiddelbart før eller etter det som vises på skjermen, for eksempel for det neste minuttet av en spillefilm. Avspillingen vil på denne måten være uforstyrret for brukeren selv om internettilgangen blir tregere eller faller bort i korte perioder.²⁴

Buffering skiller seg fra caching fordi formålet med caching er å lagre data for senere bruk, mens buffering lagrer data for å muliggjøre en problemfri umiddelbar avspilling for brukeren. Data i buffer blir derfor bare lagret i korte perioder under avspillingen, og blir automatisk og fortløpende slettet etterhvert som avspillingen går fremover.

I forbindelse med streaming kan caching forekomme for data brukeren kan ønske tilgang til flere ganger, for eksempel ved streaming av musikk gjennom løsninger som Spotify eller Wimp.

2.1.4 Andre tekniske prosesser som kan innebære midlertidig eksemplarfremstilling

Midlertidig eksemplarfremstilling oppstår også i en datamaskin ved avspilling av media utenfor en nettverkskontekst. For å spille av en DVD- eller CD-plate må den digitale informasjonen tolkes av en dataprosessor, og den må derfor via datamaskinens arbeidsminne (RAM). Slik er det også når en TV mottar digitale signaler gjennom en kabelboks, eller når signaler behandles og fremvises i en digital TV. Den grunnleggende funksjonsmåten til alle digitale

²⁴ Ozbek (2006)

apparater som er i stand til å gjengi åndsverk er bygget på at det fremstilles midlertidige eksemplarer i prosessen.

Ved enhver fremføring av tekst, bilde eller film på en digital enhet vil det også oppstå et eksemplar av kortere eller lengre varighet på skjerm. Også dette vil, som vi skal se, regnes som en midlertidig eksemplarfremstilling.

2.2 Brukssituasjoner

I den videre drøftelsen tas det utgangspunkt i tre brukssituasjoner, inndelt etter hvordan disse påvirker rettighetshavers interesser: vanlig bruk, kommersiell utnyttelse og piratvirksomhet. Opphavsmannen har for eksempel en interesse i å få kompensasjon for sitt verk, som kan begrunnes ut fra et *rettferdighets synspunkt* eller et *belønningssynspunkt*.²⁵ Som det fremgår av betegnelsene er inndelingen gjort fra bruk som ikke vil skade rettighetshavers interesser, til bruk som går helt på tvers av disse interessene.

2.2.1 Vanlig bruk

Vanlig bruk er her definert som den bruken som blir gjort med rettighetshavers samtykke eller på basis av en unntaksregel. Eksempler på bruk gjort med rettighetshavers samtykke er når brukeren ser et filmverk gjennom en betaltjeneste på nett, eller leser en nettside, der rettighetshaver eller noen med dennes samtykke har lastet opp materialet. Unntaksregler som kan være relevante i denne sammenheng er for eksempel sitatretten,²⁶ eller retten til å gjengi offentliggjorte foto- og kunstverk.²⁷ I disse tilfellene vil bruken enten være i samsvar med rettighetshavers interesse i å spre sitt verk og eventuelt å få betalt for det, eller være av en slik art at lovgiver har valgt å unnta bruken fra åndsverkslovens bestemmelser. Denne typen bruk vil omfatte mesteparten av den bruk av Internett og annen digital teknologi som forekommer i dag.

²⁵ Rognstad (2009a) s. 31

²⁶ Åndsverksloven § 22

²⁷ Åndsverksloven §§ 22 og 24

2.2.2 Kommersiell utnyttelse

Beskyttede verker som man har skaffet seg tilgang til gjennom vanlige kanaler, kan også brukes mer aktivt i kommersiell virksomhet til å skape nye tjenester og produkter. Et eksempel på slik bruk er virksomheten nyhetsovervåkningsbyråer bedriver. Denne virksomheten består i å lese og sammenfatte nyhetsartikler for å mot betaling oppdatere sine kunder om nyhetsbildet. I disse tilfellene oppnår en tredjepart en økonomisk fordel av andres rettighetsbeskyttede materiale. Det finnes flere eksempler på at rettighetshaverne i slike situasjoner har ansett denne bruken som krenkende for sine interesser.²⁸ Situasjonen kommer i en mellomstilling fordi man i utgangspunktet har basert seg på verk som er anskaffet på vanlig måte, akkurat som tilfellet er i vanlig bruk. Samtidig skaffer man seg en økonomisk fordel delvis basert på andres virksomhet.

2.2.3 Private pirater

Den tredje situasjonen er tilfeller der sluttbruker skaffer seg tilgang til verk uten rettighetshavers samtykke, og uten at det finnes en unntaksregel for tilgjengeliggjøringen. Eksempler på slik bruk er når sluttbruker med eller uten vederlag skaffer seg tilgang til spillefilmer, tekst eller bildeverk som er tilgjengeliggjort på nett uten rettighetshavers samtykke. Brukere som bryter tekniske beskyttelsessystemer for å skaffe seg tilgang til en betaltjeneste hos en nettavis uten å betale, er også et eksempel på dette. I disse tilfellene får brukeren tilgang til et verk uten at rettighetshavers økonomiske interesse i å få betalt for sitt åndsverk blir ivaretatt. Slik bruk er omfattende og økende. I en nyere undersøkelse fant man at 56 prosent av den europeiske befolkningen bruker slike gratiskanaler for å skaffe seg tilgang til filmverk. Undersøkelsen spurte ikke brukerne om kilden for streamingen var ulovlig, men ettersom 50 prosent av brukerne oppga som årsak til at man valgte gratiskanaler at lovlige kanaler hadde høye kostnader og 30 prosent at det ikke fantes lovlige kilder, kan det antas at store deler av denne streamingen er fra ulovlige kilder.²⁹ Rapporten konkluderer blant annet med at *"It seems that*

²⁸ Se for eksempel sak C-5/08 Infopaq International v Danske Dagbladets Forening og [2013] UKSC 18 Public Relations Consultants Association Limited v The Newspaper Licensing Agency Limited and others. Sistnevnte gikk for engelsk høyesterett og er oversendt EU-domstolen for en rådgivende uttalelse.

²⁹ Europakommisjonen EAC/08/2012 (2014) s. 26-27

*piracy becomes ingrained: once established it is hard to eradicate. The longer people have been watching films for free, the harder it is to persuade them to pay.*³⁰

2.2.4 Andre former for bruk

Det vil også forekomme at sluttbrukere bruker digital teknologi for å fremføre verk offentlig eller for å fremstille permanente eksemplarer. Også i disse tilfellene vil det oppstå midlertidige kopier i RAM. Disse handlingene vil, dersom de er basert på ulovlige kilder eller gjort uten rettighetshavers samtykke, være omfattet av andre opphavsrettslige eneretter enn retten til midlertidig eksemplarfremstilling. Tolkningen av unntaket i § 11 a vil derfor ikke ha noen praktisk betydning for rettighetshavers stilling her.

3 Utgangspunktet: eneretten til midlertidig eksemplarfremstilling

Behandlingen av unntaket i § 11 a må nødvendigvis begynne med en klargjøring av hovedregelen, eller utgangspunktet i opphavsretten. Dette utgangspunktet er at opphavsmannen og andre rettighetshavere har enerett til visse former for utnyttelse av sitt åndsverk.

3.1 Eksemplarfremstillingsretten

I norsk rett er det vanlig å skille mellom opphavsmannens ideelle rettigheter, og opphavsmannens råderetter. De ideelle rettighetene er angitt i åndsverkslovens § 3, og gir rettighetshaver rett til blant annet å bli navngitt på eksemplar av eller ved tilgjengeliggjøring av hans verk. Disse rettighetene angår i liten grad problemstillingen her. I fortalet til infosedirektivet, som er grunnlaget både for hovedregelen om at midlertidige eksemplarer er omfattet av opphavsmannens enerett og unntaket i § 11 a, sies det eksplisitt at *"Such moral rights remain outside the scope of this Directive"*.³¹

Viktigere er rettighetshavers økonomiske rettigheter slik de er angitt i åndsverkslovens § 2. Rettighetshaver er gitt råderett over verket etter § 2 første ledd ved *"å fremstille varig eller*

³⁰ Europakommisjonen EAC/08/2012 (2014) s. 187

³¹ EP/Rdir 2001/29/EF, fortalets avsnitt 19

midlertidig eksemplar av [verket] og ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk".³²

Problemstillingen i denne oppgaven dreier seg om et unntak fra retten til midlertidig eksemplarframstilling. Det er likevel viktig å merke seg at rettsordenen også anerkjenner opphavsmannens rett til å gjøre verket tilgjengelig. At opphavsmannen er gitt en slik rett er en anerkjennelse av den økonomiske betydningen det har for ham å kunne kontrollere hvordan hans verk blir spredt. Retten til å tilgjengeliggjøre verket omfatter både spredning, visning og fremføring av verket *til offentligheten*.³³ Den private fremføringen av beskyttet materiale er ikke underlagt noen enerett. Det er sikker rett at når et verk hentet fra Internett vises på en skjerm i et privat hjem er det opphavsrettslig en slik privat fremføring.³⁴ Samtidig med fremføringen vil det imidlertid eksistere midlertidige eksemplarer i RAM, cache, buffer og på skjerm. Problemstillingen i det videre er om disse eksemplarframstillingene omfattes av eksemplarframstillingsbegrepet, og hva konsekvensen av dette eventuelt er.

3.2 "Midlertidig eksemplar"

Ut fra ordlyden i § 2 er det klart at midlertidige eksemplarer er noe annet enn et varig eksemplar. Unntaket i § 11 a gjelder bare midlertidige eksemplarer. Alle eksemplarer er til en viss grad forgjengelige. En bok vil råtne bort og en harddisk vil miste sin lagringsevne over tid. Det er ingen tvil om at disse eksemplarene likevel må regnes som varige. Slike permanente eksemplarframstillinger vil ikke omfattes av unntaket, og den som framstiller slikt eksemplar må ha annen hjemmel for dette.³⁵ Begrepet "midlertidig" må derfor vise til eksemplarer som har en nokså kort varighet. Grensen oppad går mot det som regnes som helt varige eksemplarer.

Den nedre grensen for hva som kan regnes som eksemplar må også defineres. Det var lenge en oppfatning i norsk rett at det gjaldt et vilkår om at en eksemplarframstilling måtte ha "*en*

³² Åndsverksloven § 2, 1. ledd

³³ Åndsverksloven § 2, 3. ledd litra c

³⁴ Rognstad (2009a) s. 176

³⁵ Eksempelvis åndsverksloven § 12

viss varighet og en viss selvstendighet"³⁶ for å omfattes av eneretten. Etter dette synspunktet ville eneretten være *"avgrenset mot visse eksemplarer av kort varighet som blir til som et ledd i overføringen av et verk i nettverk eller i forbindelse med sluttbrukers nettleasing eller konsultering av verkseksemplarer på skjerm"*.³⁷

Dette standpunktet kan forklares med at midlertidige eksemplarer lenge ikke var økonomisk relevante for opphavsmannen. Selv om midlertidige eksemplarer ble fremstilt på TV-skjermer eller i arbeidsminnet til en datamaskin, var rettighetshavers interesser sikret ved at man kunne kontrollere de begrensede mulighetene som fantes til å spre de fysiske CD-ene eller kringkaste et TV-signal. Internett endret naturlig nok på dette. For det første skapte Internett en situasjon der man ikke behøver fysiske eksemplarer av et verk, og for det andre kan i prinsippet alle med en datamaskin gjennom Internett tilgjengeliggjøre et verk. I stadig økende grad brukes digitale plattformer for å lese verk og all bruk av digitale plattformer forutsetter at det skapes midlertidige kopier i RAM. De faktiske forutsetningene for opphavsmannens mulighet til å kontrollere spredningen av sitt verk har dermed blitt endret.

Infosocdirektivet ble innført for å møte rettighetshavernes *"concern over new uses of protected material in ways that are not authorized or not foreseen under existing laws in this area"*.³⁸ En ny, harmonisert definisjon av eksemplarfremstillingsretten ble vedtatt i direktivets artikkel 2. Eksemplarfremstillingsretten skulle etter dette omfatte *"direct or indirect, temporary or permanent reproduction"*.³⁹ Denne endringen ble gjennomført i norsk rett gjennom lovendring i 2005, ved at tillegget *"varig eller midlertidig"* ble lagt til i angivelsen av eneretten til eksemplarfremstilling.⁴⁰ Siden endringen ble gjort for å gjennomføre direktivet i norsk rett, er dommer fra EU-domstolen relevante i tolkningen av eksemplarbegrepet.

Ordlyden i åndsverksloven § 2 taler isolert sett for at alle eksemplarer, uavhengig av varighet og selvstendighet, er omfattet av eksemplarfremstillingsretten. At midlertidige lagringer i da-

³⁶ Ot.prp. nr. 85 (1997–98) s. 15

³⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 16

³⁸ COM (1997) 628 s. 2

³⁹ EP/Rdir 2001/29 EF artikkel 2

⁴⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 16

tamaskiner er omfattet er klart.⁴¹ EU-domstolen har behandlet spørsmålet om også bildet på en skjerm er omfattet av eksemplarframstillingsretten i Premier League-saken. Generaladvokaten uttaler her at et skjerm bilde utgjør en eksemplarframstilling og at "[...] *this follows from the same reasons as the assumption of the existence of a reproduction in the case of the temporary storage of images and fragments of the soundtracks*", altså lagringen i det digitale arbeidsminnet.⁴² Også så kortvarige eksemplarer som et enkeltbilde av en kringkastingssending er altså omfattet. Dette synes å støtte synspunktet om at det ikke finnes en nedre grense for hverken varighet eller selvstendighet.

En annen sak er at slike eksemplarframstillinger kan tenkes å utgjøre så små utdrag av verket at den enkelte eksemplarframstillingen ikke oppfyller kravet til verkshøyde, og derfor ikke nyter opphavsrettslig vern.⁴³ For sluttbruker er denne problemstillingen sannsynligvis ikke praktisk. Når det gjelder eksemplarframstillingshandlinger knyttet til browsing vil alltid hele verket eksistere i arbeidsminnet, og store deler av det eksistere på skjerm. For streamingtilfellene gjør to momenter at problemstillingen ikke kommer på spissen. For det første kan selv svært korte utdrag fra verk være omfattet av opphavsmannens enerett. Etter norsk rett finnes det ingen nedre kvantitative grense for hva som skal oppfylle kravet til verkshøyde.⁴⁴ EU-domstolen la i Infopaq 1-dommen til grunn at tekstutdrag på elleve ord hadde vern etter info-socdirektivet i den utstrekning de var uttrykk for opphavsmannens "*intellectual creation*".⁴⁵ Ifølge dommen går den nedre grense ved enkeltord. I Premier League-dommen uttalte EU-domstolen seg om enkeltbilder i en sportssending. Her fastslo domstolen at også de få bildene som ble lagret i forbindelse med visning av TV-signaler på skjerm har vern i den grad de er uttrykk for opphavsmannens "*intellectual creation*".⁴⁶ Også enkeltstående skjermbilder vil altså kunne være underlagt opphavsmannens enerett så lenge kravet til verkshøyde er oppfylt.

⁴¹ Rognstad (2009a) s. 153

⁴² Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd, uttalelse fra Generaladvokaten, premiss 84

⁴³ Se Rognstad (2009a) s. 81-118

⁴⁴ Rognstad(2009a) s. 86

⁴⁵ Sak C-5/08 Infopaq mot Danske Dagbladets Forening, premiss 51

⁴⁶ Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd, premiss 159

I tillegg vil det som regel være knyttet nærstående rettigheter til verk som streames. Eksempler på slike rettigheter er produsenters rettigheter til musikk- og filminnspillinger etter åndsverkslovens § 45, eller kringkastingsforetaks rettigheter til sine sendinger etter § 45 a. Disse rettighetene verner innspillingen som sådan, og er ikke underlagt noen vurdering av om det foreligger verkshøyde for utdrag fra verket. For sluttbrukeren vil det derfor i alle praktiske tilfeller eksistere en eksemplarframstilling som potensielt kan krenke en enerett når en digital plattform benyttes for å skaffe tilgang til opphavsrettslig beskyttet materiale.

3.3 Eneretten til fremstilling av midlertidige eksemplar som tilgangskontrollrett

Flere forfattere har trukket frem spørsmålet om eneretten til midlertidig eksemplarframstilling i praksis er en rett til å nekte andre tilgang til verket.⁴⁷ Fordi visning av et verk på en digital plattform alltid vil innebære at midlertidige eksemplarer fremstilles, vil rettighetshaver med enerett til å nekte andre å fremstille slike eksemplarer kontrollere hvem som får tilgang til informasjonen i verket. Allerede etter Kommissjonens første *green paper* i 1995 uttrykte Kommissjonens juridiske rådgivningsorgan, LAB, bekymring for at beskyttelse av midlertidige eksemplarer skulle føre til en digital enerett på tilgang til verket:

*"In fact, the catalogue of restricted acts would be extended with a novel right of digital usage. Such a use right is antithetical to the traditional principle that copyright and neighbouring rights do not protect against acts of consumption or reception of information. Reading a book and watching television involve basic rights of privacy (Article 8 ECHR) and freedom of reception (Article 10 ECHR), and are therefore not considered restricted acts. In the opinion of the LAB, the same must be true for the digital environment. In consequence, the extension of traditional copyright to cover acts which amount to mere consumption of works is highly questionable."*⁴⁸

Westkamp argumenterer også for at eneretten til midlertidig kopiering innebærer en tilgangskontroll for rettighetshaver. I en artikkel fra 2004 skriver han at *"The Directive therefore takes*

⁴⁷ Guibault (2007) s. 23 med videre henvisninger.

⁴⁸ Legal Advisory Board (1995)

the initial stance that the owner is given a use and access right without further discussion of its consequences. This, in turn, leads to a different preconception of control rights."⁴⁹ I artikkelen påpekes at formuleringene om midlertidig kopiering er hentet fra softwaredirektivet.⁵⁰

Det fremkommer også av forarbeidene til direktivet at et mål med innføringen av en enerett til midlertidig eksemplarfremstilling var "[...] consistency with the *acquis communautaire* [*felleskapsretten*] on the reproduction right for computer programs and databases."⁵¹ Måten eneretten til midlertidig eksemplarfremstilling er utformet på i disse direktivene, kan derfor skape klarhet i om det er ment å gi en tilgangskontrollrett i infosocdirektivet. Det fremgår tydelig av forordet til databasedirektivet at eneretten til midlertidig eksemplarfremstilling er ment å være en tilgangskontrollrett: "[...]when on-screen display of the contents of a database necessitates the permanent or temporary transfer of all or a substantial part of such contents to another medium, that act should be subject to authorization by the rightholder."⁵² I direktivet er det gjort unntak for den eksemplarfremstillingen som er nødvendig for en "lawful user" av en database.⁵³ Softwaredirektivet har en tilsvarende konstruksjon. Rettighetshaver har en enerett til midlertidig eksemplarfremstilling "in so far as loading, displaying, running, transmission or storage of the computer program necessitate such reproduction" og det er gjort unntak for "the lawful acquirer".⁵⁴ Det er klart at Kommisjonen med "lawful user" og "lawful acquirer" har ment at brukeren må ha kjøpt, lisensiert eller leid produktet, og en slik tolkning har også støtte i teorien.⁵⁵ Samlet gjør disse bestemmelsene at rettighetshaver kan kontrollere tilgangen til sine databaser og dataprogrammer.

Det virker som om formålet med å gi rettighetshaver en enerett til midlertidig eksemplarfremstilling var å innføre en tilgangskontrollrett. Fordi unntaket i artikkel 5(1) er utformet annerledes enn unntakene i databasedirektivet og softwaredirektivet vil imidlertid rekkevidden av tilgangskontrollretten etter infosocdirektivet skille seg fra tilgangskontrollrettens rekkevidde

⁴⁹ Westkamp (2004) s. 1096

⁵⁰ Rdir 91/250 EØF, art. 4(a), senere erstattet av EP/Rdir. 2009/24 EF

⁵¹ COM(1997) 628 s. 24

⁵² EP/Rdir. 1996/9/EF, forordens avsnitt 44

⁵³ EP/Rdir. 1996/9/EF artikkel 6(1)

⁵⁴ EP/Rdir. 2009/24/EF artikkel 4(1) a

⁵⁵ COM(2000) 199 s. 12

for databaser og software. Det er likevel viktig å tolke unntaket slik at innføringen av en (begrenset) tilgangskontrollrett får en realitet.

4 § 11 a: rammene for tolkningen

4.1 Innledning

Unntaket i § 11 a består av fem kumulative vilkår som alle må være oppfylt for at sluttbrukers eksemplarframstilling skal være unntatt fra opphavsmannens enerett. Det må dreie seg om en midlertidig eksemplarframstilling. Eksemplarframstillingen må videre være forbigående eller tilfeldig, den må være en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess og den må være gjort for å muliggjøre en lovlig bruk av verket. Til sist må eksemplarframstillingen ikke ha selvstendig økonomisk verdi. Vilkårene skal behandles under, men det er nyttig først å klarlegge rammene for tolkningen.

4.2 Formål

4.2.1 Harmonisering

Det overordnede formålet med infosocdirektivet, som § 11 a er bygget på, var fra begynnelsen av *harmonisering* av opphavsretsregelverket i unionen. Kommisjonen reagerte i 1995 på den fremvoksende digitale teknologien og dens betydning for opphavsretten, ved å publisere et *green paper* som tok opp problemer som kunne oppstå av denne av utviklingen.⁵⁶

I dokumentet blir hensynet til å sikre fri bevegelse av varer og tjenester trukket frem som den viktigste motivasjonen for å innføre ny lovgivning. Kommisjonen argumenterte for at ny teknologi gjør at nye varer og tjenester i større grad ville bli handlet med over landegrensene. I den grad materialet er beskyttet av en enerett til reproduksjon som har ulikt innhold i de forskjellige medlemslandene, vil forskjeller i lovgivningens innhold utgjøre en trussel for den frie bevegelsen av varer og tjenester i unionen. Kommisjonen trakk frem opphavsrettslig beskyttelse som forutsetning for å bevare kulturelle, sosiale og økonomiske fordelaktige markeds mekanismer som viktig.⁵⁷

⁵⁶ COM(1995) 382

⁵⁷ COM(1995) 382 s. 10

Kommisjonen gjentar i det første forslaget til direktiv i 1997 behovet for harmonisering på området.⁵⁸ I direktivets fortale blir behovet for harmonisering understreket i avsnitt 6:

*"Without harmonisation at Community level, legislative activities at national level which have already been initiated in a number of Member States in order to respond to the technological challenges, might result in significant differences in protection and thereby in restrictions on the free movement of services and products incorporating, or based on, intellectual property, leading to a refragmentation of the internal market and legislative inconsistency. [...]"*⁵⁹

Det er verdt å merke seg at av alle unntakene det blir åpnet for i direktivets artikkel 5, er unntaket for midlertidige kopier i artikkel 5(1) det eneste som er gjort obligatorisk for medlemslandene. Dette viser at denne bestemmelsen ble sett på som spesielt viktig for å sikre den frie flyten av tjenester og produkter i fellesskapsområdet.

Unntaket må derfor tolkes med bakgrunn i formålet om å sikre den frie flyten av tjenester og produkter i fellesskapsområdet. En tolkning som vanskeliggjør eller hindrer dette vil være vanskelig å kombinere med det klare målet om harmonisering.

4.2.2 Sikre at det er mulig å bruke ny teknologi

Innledningen til Kommisjonens første forslag til direktivtekst viser tydelig at formålet med unntaket er å muliggjøre bruken av ny teknologi. Det uttales at *"The provision aims at striking a balance between, on the one hand, providing the strongest possible incentives to encourage the creation of original works and other protective subject matter and, on the other, facilitating the dissemination of such works to users"*.⁶⁰ Artikkel 5(1) må altså leses som et forsøk på å muliggjøre spredningen av informasjon gjennom ny teknologi. Et eksempel på et tilfelle der bestemmelsen vil muliggjøre en bruk som ville ha blitt vanskeliggjort av eneretten til midlertidig eksemplarframstilling blir nevnt i samme dokument:

⁵⁸ COM(1997) 628 s. 8

⁵⁹ EP/Rdir 2001/29/EF, fortalens avsnitt 6

⁶⁰ COM(1997) 628 s. 28

"[...] when transmitting a video on-demand from a database in Germany to a home computer in Portugal, this retrieval will imply a copy of the video [...] up to at least a hundred often ephemeral acts of storage along the transmission to Portugal. A divergent situation in Member States with some requiring authorization of such ancillary acts of storage would significantly risk impeding the free movement of works and services [...]".⁶¹

Dette er den eneste praktiske situasjonen Kommisjonen peker på. Den omhandler mellomleddtilfellene, og det er usikkert om de samme hensyn vil gjøre seg gjeldende for lokale eksemplarfremstillinger på sluttbrukers side. I direktivteksten har det imidlertid ikke kommet frem noe skille mellom de to alternativene, og EU-domstolen legger sjelden vekt på uttalelser fra forarbeidene. Poenget det er viktig å merke seg, er altså at unntaket i artikkel 5(1) tar sikte på å gjøre bruk av ny teknologi juridisk mulig innenfor et opphavsrettslig rammeverk.

4.2.3 Rettighetshavers interesser

Fortalen legger stor vekt på at et sterkt vern av rettighetshavers interesser er et viktig formål for direktivet, både for å sikre innovasjon og økonomisk vekst og for å sikre utviklingen av kultur i unionen.⁶² Det blir understreket at *"Any harmoniation of copyright and related rights must take as a basis a high level of protection [...]"*.⁶³ Samtidig må en rettferdig balanse mellom rettighetshavere og brukere av beskyttet materiale etterstrebes.⁶⁴ Her synes imidlertid fortalen å sette opp en klar grense:

*"The objective of proper support for the dissemination of culture must not be achieved by sacrificing strict protection of rights or by tolerating illegal forms of distribution of counterfeited or pirated works."*⁶⁵

Bestemmelsene i direktivet skal altså ikke åpne for ren piratvirksomhet, selv i møte med andre viktige hensyn.

⁶¹ COM(1997) 628 s. 29

⁶² EP/Rdir 2001/29/EF, fortalens avsnitt 4, 11 og 12

⁶³ EP/Rdir 2001/29/EF, fortalens avsnitt 9

⁶⁴ EP/Rdir 2001/29/EF, fortalens avsnitt 31

⁶⁵ EP/Rdir 2001/29/EF, fortalens avsnitt 22

4.2.4 Oppsummering

Ut fra fortalen, supplert med uttalelsene fra Kommissjonen i forkant av vedtakelsen av direktivet, kan vi altså lese at det viktigste formålet bak unntaksbestemmelsen er å muliggjøre bruk av ny teknologi som brukes til å spre informasjon. Dette formålet er søkt oppnådd dels gjennom utforming av nye regler og dels gjennom harmonisering av reglene i medlemsstatene. Samtidig er det helt tydelig at hensynet til rettighetshavers interesser og til å sikre en sterk beskyttelse av åndsverk, til enhver tid må tas ved tolkningen av direktivet og unntakene i det.

4.3 Samlet behandling

EU-domstolen omtaler vilkårene hver for seg, og en skjematisk skrivestil i dommene gjør at det kan være lett å tenke på vilkårene som innbyrdes uavhengige. Slik er det imidlertid ikke. Ordlyden i vilkårene er tildels overlappende. Tilfeldige eller forbigående kopier vil, som vi skal se, alltid være midlertidige og det er vanskelig å tenke seg en kopi som har som *eneste* formål å muliggjøre en lovlig bruk av verket uten å samtidig være en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess. Videre har EU-domstolen, til tross for oppregningen av fem vilkår, konsekvent behandlet vilkårene samlet. Eksempler på dette finnes blant annet i Infopaq 1-dommen,⁶⁶ hvor EU-domstolen slår sammen elleve spørsmål til samlet behandling, og i Generaladvokatens rådgivende uttalelse til Premier League-dommen,⁶⁷ hvor behandlingen av vilkåret om at kopien skal være en teknisk prosess og at den skal være forbigående er mer eller mindre den samme. Det kan derfor konkluderes med at vilkårene må sees i sammenheng og kan påvirkes av hverandre ved tolkningen.

4.4 Låneregel eller unntaksregel?

I norsk opphavsrett er "låneregel" den vanlige betegnelsen på reglene i åndsverksloven kapittel 2. Rognstad fremholder at det ikke er "*god latin*" å benytte uttrykket "unntaksregel" om reglene som i norsk rett gjør inngrep i opphavsmannens råderett.⁶⁸ Ifølge Rognstad er denne

⁶⁶ C-5/08 Infopaq v Danske Dagbladets Forening, premiss 52

⁶⁷ Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd, Generaladvokatens uttalelse, premiss 88

⁶⁸ Rognstad (2009a)

terminologien er viktig fordi bestemmelsene etter norsk tradisjon ikke er unntaksregler som skal tolkes innskrenkende. De er isteden uttrykk for en avveining mellom på den ene siden opphavsmannens interesser, og på den andre siden offentlighetens interesse i å på forskjellige måter utnytte verkene uten opphavsmannens tillatelse. Konsekvensen av denne begrepsbruken skal være å unngå at reglene tolkes innskrenkende som følge av at de utgjør unntak fra en hovedregel. Isteden skal detolkes i tråd med formålet som ligger til grunn for at offentligheten er gitt en rett til å utnytte verket i de ulike tilfellene. Det er grunn til å undersøke om dette gjelder også for unntaket i § 11 a.

For de tradisjonelle norske inngrepene i opphavsretten har nok dette synspunktet mye for seg. § 11 a er imidlertid ment å gjennomføre EU-rettslige regler i norsk rett. Følgelig må regelen tolkes i tråd med EU-retten. Det er klart ut fra EU-domstolens rettspraksis at unntak fra generelle prinsipper må tolkes strengt.⁶⁹ EU-domstolen har tydelig uttrykt at dette også gjelder for unntaket i artikkel 5(1).⁷⁰ Det er dermed mer treffende å følge EU-domstolen i å kalle § 11 a en unntaksregel, som altså må tolkes strengt. I Infopaq 1-dommen bemerkes det også at tretrinns-testen inntatt i artikkel 5(5) gir anvisning på en streng tolkning av bestemmelsen.⁷¹ Samtidig synes noen av EU-domstolens uttalelser å tyde på at dette ikke er mer enn et utgangspunkt, og at domstolen kan la viktige hensyn føre til en videre tolkning av vilkårene i bestemmelsen.⁷²

4.5 Artikkel 5(5)

Direktivets artikkel 5(5) har betydning for tolkningen av innholdet i unntaket i artikkel 5(1). Bestemmelsen sier at unntakene i artikkel 5(1)-(4) bare skal anvendes i visse særlige tilfeller, som ikke kommer i konflikt med en normal utnyttelse av verket og ikke urimelig skader rettighetshavers legitime interesser.

⁶⁹ Case C-476/01 Kapper, premiss 72 og C-36/05 Commission v Spain, premiss 31

⁷⁰ Case C-5/08 Infopaq v Danske Dagbladets Forening, premiss 57

⁷¹ C-5/08 Infopaq v Danske Dagbladets Forening, premiss 58

⁷² Se for eksempel kapittel 5.4

Disse vilkårene er en versjon av den opphavsrettslige tretrinns testen, som først ble tatt inn i Bernkonvensjonen⁷³ og som også gjenfinnes i andre internasjonale konvensjoner, deriblant TRIPS artikkel 13 og WCT artikkel 10.

Tretrinns testen ble til som et kompromiss i forbindelse med at en eksklusiv eksemplar fremstillingsrett ble foreslått innført i Bernkonvensjonen.⁷⁴ I sin opprinnelige form utgjorde bestemmelsen en begrensning for lovgiver, som folkerettslig forpliktet seg til å ikke gjøre unntak fra eksemplar fremstillingsretten i strid med tretrinns testen. Bestemmelsen har klart nok også betydning for lovanvenderes tolkning av de øvrige unntakene i artikkel 5, ettersom testen er tatt inn i direktivteksten.

EU-domstolen har i Infopaq 1-dommen uttalt at unntaket i artikkel 5(1) må tolkes med bakgrunn i artikkel 5(5).⁷⁵ Domstolen har imidlertid i en senere avgjørelse uttalt at:

*"[...] in order for the exception [...] to be capable of being relied upon, those acts must also fulfil the conditions of article 5(5) of the Copyright Directive. In this regard, suffice it to state that, in view of the considerations set out in paragraphs 163 to 179 of the present judgement, the act also satisfy those conditions".*⁷⁶ (Avsnitt 163-179 utgjør domstolens tolkning og anvendelse av artikkel 5(1).)

Kur og Dreier leser denne uttalelsen slik at den fratar tretrinns testen "*any normative content*", og synes å stille seg kritisk til en slik tolkning av bestemmelsen uten at dette blir behandlet nærmere.⁷⁷ Sett i sammenheng med Infopaq 1-dommen synes det like naturlig å tolke uttalelsen slik at tretrinns testen har relevans ved tolkningen av vilkårene i unntakene i artikkel 5, og ikke skal fungere som en separat vurdering som kommer i tillegg til vurderingen av om unntak

⁷³ Berne Convention of Artistic and Literary Works art. 9(2)

⁷⁴ Rieber-Mohn (2010) s. 87

⁷⁵ C-5/08 Infopaq International A/S mot Danske Dagbladets Forening, premiss 58

⁷⁶ Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others mot QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd, premiss 181. Synspunktet ble gjentatt med henvisning til denne avgjørelsen i C-302/10 Infopaq International mot Danske Dagbladets Forening, premiss 56

⁷⁷ Kur (2013) s. 309

taket er oppfylt. Denne tolkningen av domstolens utsagn om artikkel 5(5) lar seg bedre forene med domstolens uttalelse i Infopaq 1-dommen og ordlyden i artikkel 5.

En fersk avgjørelse fra 10. april 2014 bekrefter at tretrinnsatesten er relevant for tolkningen av vilkårene i artikkel 5. I avgjørelsen anvender EU-domstolen tretrinnsatesten i tolkningen av unntaket for privat eksemplarframstilling i infosocdirektivets artikkel 5(2)(b).⁷⁸

Tretrinnsatesten er ikke tatt inn i lovteksten i norsk rett. Departementet vurderte dette ved gjennomføringen av infosocdirektivet, men fant at det ikke var nødvendig. De viste til at *”Det er ikke tradisjon i norsk rett for å lovfeste alle prinsipper som lovtekster bygger på, og som gjeldende rett skal forstås med utgangspunkt i.”*⁷⁹ Selv om lovgiver ikke så behovet for å inkorporere testen i lovteksten er det likevel klart at testen har betydning for av norsk opphavsrett generelt, og for § 11 a spesielt.

4.5.1 Rettskildebildet

Hvilket konkret innhold testen har, og hvilken betydning dette skal få for tolkningen av § 11 a, er ikke nødvendigvis like klart. Det foreligger ingen dommer fra norske domstoler eller fra EU-domstolen som går nærmere inn på vilkårene i testen. De ulike versjonene av testen er imidlertid omtalt i teorien, og det foreligger en avgjørelse fra WTO-panelet angående et unntak i amerikansk rett for visse offentlige fremføringshandlinger.⁸⁰ Avgjørelsen omhandler testen slik den har kommet til uttrykk i TRIPS artikkel 13, og har preget internasjonal teori om tretrinnsatesten generelt.⁸¹

EU-domstolen vil nok i utgangspunktet ikke føle seg bundet av WTO-panelets uttalelser om TRIPS i tolkningen av EU-rettslige regler. Det finnes likevel gode argumenter for at man kan tillegge panelets uttalelser og teori om andre versjoner av testen noe vekt. Selv om det finnes små variasjoner mellom direktivets og TRIPS-avtalens versjon av tretrinnsatesten, tyder mye

⁷⁸ C-435/12 ACI Adam BV and Others v Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandelingen ThuisKopie vergoedin, premiss 24 og 38-40

⁷⁹ Ot. prp nr. 46 (2004-2005), s. 30

⁸⁰ WTO Panel (2000): United States - section 110 (5) of the US Copyright Act.

⁸¹ Rieber-Mohn (2010) s. 84.

på at reglene er ment å ha det samme innhold. I forarbeidene til direktivet skriver Kommisjonen om bestemmelsen som til slutt ble artikkel 5(5) at:

*"As stressed in Article 5(4), the application of the exceptions and limitations provided in this Article must follow the established principles enshrined in Article 9 § 2 of the Berne Convention, Article 13 of the WTO/TRIPs Agreement and article 10 WCT [...] (the "three step test")."*⁸²

Det må ut fra dette være klart at Kommisjonen anså innholdet i artikkel 5(5) som identisk med de internasjonale konvensjonene den er bygget på. Siden avgjørelsen fra WTO-panelet ikke har noen formell rettskildevekt i tolkningen av direktivet, bør man likevel være forsiktig med å legge større vekt på panelets uttalelser enn det deres argumentative kraft tilsier.

4.5.2 Vilkårene i tretrinns testen

Vilkårene i tretrinns testen er kumulative, og alle må være oppfylt for at et unntak fra eksemplar fremstillingsretten skal være tillatt. I et opprop fra 2008 argumenterer en rekke internasjonalt anerkjente forfattere for en mer helhetlig interesseavveining i anvendelsen av tretrinns testen.⁸³ I Norge har Rieber-Mohn argumentert for en slik tolkning.⁸⁴ Det synes å være enighet i teorien om at det i noen grad kan åpnes for å tolke regelen slik at det finnes en viss sammenheng mellom vilkårene, for eksempel slik at et unntak som helt klart ikke skader rettighetshavers legitime interesser kan veie opp for at det kan stilles spørsmålstegn ved om unntaket kommer i konflikt med den normale utnyttelsen av verket.

4.5.2.1 Visse særlige tilfeller

Ordlyden i det første vilkåret, *"certain special cases"*, gir anvisning på at et unntak må være saklig begrenset. WTO-panelets tolkning av vilkåret var at et unntak må være klart definert og ha et snevert anvendelsesområde og rekkevidde.⁸⁵ Det kreves likevel ikke så mye at man eks-

⁸² COM(1997) 628 s. 32 og 33

⁸³ Geiger (2008)

⁸⁴ Rieber-Mohn (2010) s. 95

⁸⁵ WTO Panel (2000): United States - section 110 (5) of the US Copyright Act. punkt 6.112

plisitt lovfester hvilke faktiske tilfeller et unntak vil gjelde for.⁸⁶ I den konkrete saken fant panelet at et unntak som bare gjaldt for dramatiske musikkverk (eksempelvis operaer eller musikalere) og som bare ville omfatte mellom 16 og 18 prosent av amerikanske bedrifter, oppfylte vilkåret. Et unntak som omfattet 70 prosent av alle spise- og drikkesteder og 45 prosent av alle vanlige butikker, oppfylte etter panelets mening ikke vilkåret.

Tolkningen kan synes streng. Oppropet fra 2008 tar til orde for en mildere tolkning og vil tillate *"Open ended limitations and exceptions, so long as the scope of such limitations and exceptions is reasonably foreseeable"*.⁸⁷

Ut fra det foreliggende rettskildebildet er det ikke mulig å ta klart stilling til hvor strengt vilkåret skal tolkes. Uttalelsene kan imidlertid brukes til å si noe om hvilke momenter som må vurderes for å finne ut om vilkåret er oppfylt. Ut fra ordlyden er det klart at et unntak i alle fall må være begrenset til en viss grad. I vurderingen av om vilkåret er oppfylt må det legges vekt på hvilke verk som er omfattet, og hvor store deler av markedet som vil berøres av unntaket. Endelig er rettsikkerhet et grunnleggende hensyn: Unntaket må ha et forutsigbart anvendelsesområde.

4.5.2.2 Ikke kommer i konflikt med normal utnyttelse

Ordlyden i det andre kriteriet, *"which do not conflict with a normal exploitation of the work"*, gir anvisning på en vurdering av om unntaket vil gripe inn i rettighetshavers vanlige utnyttelse av verket. Ordet "conflict" synes ut fra en vanlig språklig forståelse å peke mot at den skadelige effekten et unntak vil ha på den vanlige utnyttelsen må være relativt sterk, slik at mindre inngrep kan aksepteres.

Spørsmålet vil altså være om unntaket avskjærer rettighetshaver fra å utnytte sitt verk på vanlig måte. WTO-panelet tar til ordet for en slik tolkning: *"The essential question to ask is whether there are areas of the market in which the copyright owner would ordinarily expect to exploit the work, but which are not available for exploitation because of this exemption."*⁸⁸

⁸⁶ WTO Panel (2000): United States - section 110 (5) of the US Copyright Act. punkt 6.108

⁸⁷ Geiger (2008), erklæringens punkt 3 a

⁸⁸ WTO Panel (2000): United States - section 110 (5) of the US Copyright Act. punkt 6.177

Det må deretter klarlegges hvilken type utnyttelse som skal regnes som "*normal*" etter bestemmelsen. WTO-panelet analyserte vilkåret slik at to momenter må vurderes. Det må gjøres en empirisk vurdering, altså må det fastslås hvilken utnyttelse som faktisk finner sted og hvilken effekt unntaket vil ha på denne utnyttelsen, og det må gjøres en normativ vurdering. I denne vurderingen kan også den teknologiske og markedsmessige utviklingen tillegges vekt slik at også realistiske fremtidige utnyttelsesmåter er omfattet.⁸⁹

4.5.2.3 Ikke urimelig skader rettighetshavers interesser

Det siste kriteriet forutsetter en interesseavveining der effekten av unntaket må vurderes opp mot rettighetshavers interesser. At det vises til en standard, "*not unreasonably*", viser at det er rom for en viss avbalansering mellom rettighetshavers interesser og andre hensyn. Det finnes få holdepunkter for hvor grensen skal trekkes, men WTO-panelet trekker frem at ordlyden tyder på en noe strengere vurderingsnorm enn en vurdering av hvorvidt effekten er "*unreasonable*".⁹⁰

Et viktig diskusjonstema i teorien har vært hvorvidt ordninger som sikrer rettighetshaver en kompensasjon for den bruk unntaket tillater, kan gjøre at et unntak som ellers ikke ville ha oppfylt det siste kriteriet likevel gjør det. Det er bred enighet om at det etter omstendighetene kan være slik.⁹¹ Dersom økonomisk kompensasjon gjennom en tvangslisens kan hjelpe et unntak til å passere kravene tretrinnsstest stiller, må det etter min mening også være mulig å ta hensyn til andre momenter som sikrer rettighetshavers interesser, eksempelvis at sanksjonsmuligheter på andre områder enn det unntaket regulerer kan sikre rettighetshaver en kontroll over markedet. Ordlyden synes ikke å stenge for en slik tolkning.

4.6 Oppsummering

Tolkningen av unntaket i § 11 a må altså gjøres først og fremst gjennom en tolkning av bestemmelsen artikkel 5(1) i infosocdirektivet. Formålet med direktivet, slik det kommer frem i

⁸⁹ WTO Panel (2000): United States - section 110 (5) of the US Copyright Act. punkt 6.178

⁹⁰ WTO Panel (2000): United States - section 110 (5) of the US Copyright Act. punkt 6.225

⁹¹ Rieber-Mohn (2010) s. 88-92 og 102-103 gir en grundig gjennomgang av den rådende konsensusen på området.

direktivets fortale, er en viktig tolkningsfaktor som må være med i hvert enkelt ledd av tolkningen. I tråd med rettspraksis i EU må unntaket tolkes strengt. Vilkårene i bestemmelsen må sees i sammenheng med hverandre, slik at den endelige konklusjonen vil bero på en helhetsvurdering. I tillegg må tolkningen av unntaket og de praktiske konsekvenser av denne tolkningen måles opp mot tretrinnssteden slik den har kommet til uttrykk i artikkel 5(5) i direktivet. Ved tolkningen av denne bestemmelsen kan det i mangel på rettspraksis fra EU-domstolen legges vekt på teori og avgjørelser om andre versjoner av tretrinnssteden, men man bør her være forsiktig med å trekke for bastante konklusjoner på grunnlag av slike uttalelser.

Med disse generelle utgangspunktene for tolkningen vil jeg nå gå videre til å drøfte unntakets materielle innhold.

5 § 11 a: Unntakets materielle innhold

5.1 Tilfeldig eller forbigående fremstilling av midlertidige eksemplarer

Det første vilkåret i bestemmelsen er at det må dreie seg om en midlertidig eksemplarfremstilling. Dette innebærer at permanente kopier, som lagring av en fil på harddisken på ubestemt tid eller utskrifter av beskyttet materiale, ikke omfattes av unntaket. Innholdet i begrepet midlertidig eksemplarfremstilling er behandlet i kapittel 3.

5.1.1 Alternative vilkår

Etter det andre vilkåret i bestemmelsen må eksemplarfremstillingen også være tilfeldig eller forbigående. Ordlyden gir anvisning på at "forbigående" og "tilfeldig" er alternative vilkår. Dette harmonerer også med EU-domstolens behandling av spørsmålet. Hittil har domstolen bare tatt for seg "forbigående"-kriteriet. Dette vilkåret har imidlertid blitt behandlet alene.⁹² Det synes også klart at de norske forarbeidene har hatt denne oppfatningen i utformingen av § 11 a.⁹³ "Tilfeldig"-kriteriet og "forbigående"-kriteriet behandles derfor hver for seg under.

⁹² Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, premiss 64. Vilkåret er ikke behandlet i den øvrige rettspraksis fra EU-domstolen.

⁹³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 16

5.1.2 Tilfeldig

Begrepet tilfeldig ("incidental" i den engelske versjonen av direktivet) er ikke definert rettslig i direktivet, og har heller ingen etablert betydning i norsk opphavsrett. Det er nevnt i fortalen, men dette bidrar ikke til klar gjøring rundt hva som skal ligge i begrepet.⁹⁴ EU-domstolen har ikke behandlet innholdet i "tilfeldig"-kriteriet.

Ordlyden vil etter en normal språklig forståelse lede tanken til hendelser som skjer uten at de er villet, eller uten noe fast mønster. De norske forarbeidene til bestemmelsen sier i tråd med dette at *"Tilfeldig" viser til at lagringen skal bære preg av å være vilkårlig, samtidig som den i en viss grad også skal være uberegnelig, uforutsett eller utilsiktet.*⁹⁵ Denne uttalelsen synes ikke å tilføre mer enn en alminnelig forståelse av ordet vil gjøre.

Det finnes også lite teori som går nærmere inn på begrepet. Den teorien som foreligger synes å legge en annen tolkning av begrepet til grunn. Walter sier om begrepet at *"It is not entirely clear to what other act they must be incidental; it may be assumed that they must be incidental to another main use, as described in article 5(1) (a) and (b); in that case, "incidental" may well be understood as no having any particular significance for the author or other right owner. If, however, "incidental" is understood in relation to the technological process, a contradiction arises, because these temporary acts must be an integral and "essential" (rather than incidental) part of a technological process.*⁹⁶

Sitatet innebærer en tolkning av vilkåret som ligger nærmere opp mot den engelske direktivteksten, der ordet "incidental" er brukt. På engelsk kan dette ordet bety *"Happening as a minor accompaniment to something else"* eller *"Occurring by chance in connection with something else"*.⁹⁷

I en rapport til Kommissjonen om gjennomføringen av direktivet vises det til tysk teori, som synes å innta samme standpunkt:

⁹⁴ EP/Rdir 2001/29/EF, fortalens avsnitt 33

⁹⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 16

⁹⁶ Walter (2010) s. 1025

⁹⁷ Oxford University Press (2014)

"The term "incidental" in article 5(1) of the Information Society Directive means that the copy must "have no particular significance from a copyright perspective" and comprises e.g. copies created in proxy servers and local caches of computer systems".⁹⁸

På norsk har ikke ordet en slik betydning. I direktivets danske versjon brukes ordet "tilfeldig", som i likhet med det norske ordet ikke har konnotasjonen som blir foreslått i teorien men bare viser hen til det vilkårlige aspektet. Siden alle språkversjoner formelt er autentiske kan det standpunkt som er inntatt i teorien synes vanskelig å forene i alle fall med den danske direktivteksten.⁹⁹ Eksemplarframstillinger skjer ikke tilfeldig, hverken i eller utenfor en digital kontekst. Også de midlertidige kopier som skjer i forbindelse med caching eller browsing har et bestemt formål og skjer som en nødvendig konsekvens av en programvares funksjon. Det gir derfor lite mening å legge stor vekt på ordlyden i den norske loven og den danske direktivteksten, som sannsynligvis skyldes en uheldig oversettelse.

5.1.3 Forbigående

EU-domstolen har definert "forbigående"-kriteriet ("transient" i den engelske versjonen av direktivet) slik:

"[...]an act can be held to be 'transient' within the meaning of the second condition laid down in Article 5(1) of Directive 2001/29 only if its duration is limited to what is necessary for the proper completion of the technological process in question, it being understood that that process must be automated so that it deletes that act automatically, without human intervention, once its function of enabling the completion of such a process has come to an end."¹⁰⁰

Domstolen stiller her opp et klart krav om at en kopi må slettes automatisk og uten menneskelig inngripen når den tekniske prosessen er ferdig for å regnes som forbigående. Dette er en klar test som fjerner mange av uklarhetene i forbigåendebegrepet. Det er viktig å legge merke til at det er slettingen av kopien, og ikke opprettelsen av den, som må være uavhengig av

⁹⁸ Guibault (2007) s. 32

⁹⁹ Sak C-283/81 CILFIT v Ministero della Sanità, premiss 18

¹⁰⁰ Sak C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, premiss 64

menneskelig inngripen. Infopaq 1-dommen gjaldt et system som automatisk leste og hentet relevante utdrag fra avisartikler. Avisartiklene måtte scannes inn manuelt for at datamaskinen kunne behandle dem. Dette endret ikke på at behandlingen av dataene i datamaskinen ble ansett å kunne være forbigående eksemplarframstillinger.¹⁰¹

EU-domstolens test innebærer også at kopien må være tidsmessig begrenset til den tid som er nødvendig for å gjennomføre den teknologiske prosessen kopien er en del av. Generaladvokat Trstenjaks uttalelse til saken innebar en noen annen definisjon: "*An act of reproduction is transient in my opinion where the reproduction only exists for a very short period.*"¹⁰² Et slikt fokus på tidsaspektet fremkommer også i de norske forarbeidene¹⁰³ og i teorien, for eksempel hos Walter¹⁰⁴. Til tross for at ordlyden nok peker i denne retning, må EU-domstolens uttalelse tolkes slik at det i alle fall ikke er et selvstendig kriterium at eksemplarets varighet må være veldig kort. Kanskje kan det argumenteres for at ordlyden likevel må innebære at det finnes en øvre grense for kopiens varighet. Det finnes imidlertid ikke holdepunkter for at dette betyr noe annet og mer enn det som allerede ligger i vilkåret om at eksemplarframstillingen må være midlertidig.

Vilkåret er kanskje mindre klart enn det umiddelbart kan virke. Både hva som skal regnes som nødvendig for den tekniske prosessen og hvor stort tidsmessig slingringsmonn man har før kopien må slettes, kan problematiseres. Domstolen tolker begrepet i lys av vilkåret om at eksemplarframstillingen må skje som en integrert del av en teknisk prosess.¹⁰⁵ Spørsmålet om hva som er nødvendig i en teknisk prosess blir derfor best besvart i gjennomgangen av dette vilkåret under.

Etter EU-domstolens test vil klart nok kopier i RAM og på skjerm omfattes av forbigående-kriteriet, siden disse forsvinner umiddelbart og automatisk når den tekniske prosessen er fullført. Cachekopier hos sluttbruker kommer i en annen stilling. Disse slettes riktignok automatisk og uten menneskelig inngripen, men avhengig av innstillingene i nettleseren og i pro-

¹⁰¹ C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening

¹⁰² C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, uttalelse fra Generaladvokaten, premiss 81

¹⁰³ Se Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 16

¹⁰⁴ Walter (2010) s. 1025

¹⁰⁵ C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, premiss 61

grammeringen av den aktuelle nettsiden vil denne eksemplarframstillingen kunne lagres vesentlig lengre enn nødvendig for at den tekniske prosessen skal kunne fullføres. Dersom brukeren ikke besøker nettsiden igjen vil kopien heller ikke bidra til at den tekniske prosessen blir mer effektiv. I fortalen til direktivet står det:

*"To the extent that they meet these conditions, this exception should include acts **which enable browsing as well as acts of caching to take place**, including those which enable transmission systems to function efficiently, provided that the intermediary does not modify the information and does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information."*¹⁰⁶ (min utheving)

Dette må tolkes slik at caching i prinsippet må kunne omfattes av unntaket, og derfor ha evnen til å være enten forbigående eller tilfeldig. Siden caching klart nok ikke er forbigående etter direktivet, synes dette å støtte oppfatningene i teorien om at denne formen for midlertidig lagring må anses for å være "tilfeldig".

5.1.4 Anvendelse på brukssituasjonene

All bruk av digital teknologi for å skaffe seg tilgang til et åndsverk vil innebære at verket eller deler av det kopieres inn i RAM. Bruk som streaming og browsing vil i tillegg innebære at et verk vises på skjerm, og at det blir skapt eksemplarer i cache eller buffer. Som det fremgår av det ovenstående vil alle disse tekniske prosessene omfattes av det første vilkåret, om at den midlertidige eksemplarframstillingen må være av "*tilfeldig eller forbigående*" karakter. Slike eksemplarframstillinger vil skje i alle brukssituasjonene som er skissert. Vilkaaret innebærer ikke en vurdering av hvordan rettighetshavers interesser påvirkes, så dette elementet er ikke relevant for vurderingen. Både vanlig bruk, kommersiell bruk og private piraters streaming og nettlesning vil derfor oppfylle det første vilkåret.

5.1.5 Tilfører vilkaaret bestemmelsen noe?

I det opprinnelige utkastet til direktivet fantes det ingen henvisning til "*tilfeldig eller forbigående*". Kommisjonen tok senere inn vilkaaret som en illustrasjon: "*[The commission] also adds*

¹⁰⁶ EP/Rdir 2001/29/EF, fortalens avsnitt 33

the terms "transient and incidental" to illustrate the word "temporary".¹⁰⁷ EU-domstolen har imidlertid konsekvent behandlet kriteriet som et selvstendig vurderingsmoment. Det samme gjelder for de norske lovforarbeidene.

Det kan settes spørsmålstegn ved om vilkåret, selv når det er gitt innhold gjennom de begrensede tolkningsfaktorene som foreligger, får selvstendig betydning i bestemmelsen. I dansk høyesteretts behandling av Infopaq-saken, etter EU-domstolens to avgjørelser, ble saken avgjort ved at domstolen fant at det ikke var bevist at eksemplarene ble slettet automatisk. I saken var det imidlertid ikke anført at eksemplarframstillingen var tilfeldig, og det ble ikke vurdert om den var en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess.¹⁰⁸ Avgjørelsen kan derfor ikke tolkes slik at "forbigående"-kriteriet får selvstendig betydning *ved siden av* de andre vilkårene.

Det kan tenkes midlertidige eksemplarframstillinger som ikke er hverken tilfeldige eller forbigående slik vilkårene er tolket over. Et eksempel er en optisk disk som, når den kommer i kontakt med oksygen, gradvis blir mørkere, slik at den til slutt blir uleselig. Det er ellers i teorien også mulig å lage programvare som etter et visst intervall sletter datafiler fra harddiskminnet. Disse eksemplene virker imidlertid lite praktiske. Det kan vanskelig tenkes at et eksemplar som er gjort tidsbegrenset uten at dette har en teknisk funksjon, samtidig må sies å være en essensiell del av en teknisk prosess. Slike midlertidige eksemplarer vil derfor uansett ikke oppfylle det neste vilkåret.

Vilkåret fortjener derfor kanskje ikke så mye oppmerksomhet. Sett i sammenheng med vilkåret om at eksemplarframstillingen må være en essensiell del av en teknisk prosess kan det likevel tjene til å lede tanken hen mot det området bestemmelsen synes å være tenkt å ha: Eksemplarframstilling som er rent teknisk betinget og ikke berører opphavsmannens interesser.

¹⁰⁷ COM(1999) 250 s. 3

¹⁰⁸ UfR 2013.1782H

5.2 Integrert og vesentlig del av teknisk prosess

5.2.1 Ett vilkår

Det fremgår av ordlyden i det tredje vilkåret at eksemplarframstillingen må være både en integrert og en vesentlig del av en teknisk prosess. Et spørsmål i vurderingen er om det må gjøres to separate vurderinger – først om eksemplarframstillingen er integrert i en teknisk prosess, og deretter om den er vesentlig. Ordlyden gir anvisning på en slik tolkning. Ut fra EU-domstolens rettspraksis virker det imidlertid som om vilkårene utgjør en helhet.

I Infopaq 1-dommen behandles vilkåret bare kort som en del av tolkningen av det andre vilkåret om at eksemplarframstillingen må være forbigående.¹⁰⁹ I Generaladvokatens uttalelse i samme sak¹¹⁰ og i Premier League-dommen blir vilkårene behandlet samlet¹¹¹.

Av forarbeidene til direktivet fremkommer det at ordet "*essential*" i likhet med "*incidental*" og "*transient*" ble tatt inn i bestemmelsen for å klargjøre betydningen av begrepet "*temporary*".¹¹² Når vilkårene hverken var ment å ha uavhengig betydning eller senere har blitt tolket slik, synes det som om man kan legge til grunn at det skal gjøres én enkelt vurdering.

5.2.2 Begrepet "teknisk prosess"

Hva som ligger i begrepet "teknisk prosess" har ikke blitt problematisert hverken i rettspraksis eller i teorien. Begrepet er ikke klart definert i direktivet eller i loven, og de norske forarbeidene behandler det heller ikke inngående.

EU-domstolen og generaladvokatene hadde tilsynelatende ingen problemer med å akseptere en datamaskins behandling av teksten i en avisartikkel i Infopaq-sakene eller virkemåten til en kabel-tv-boks i Premier-League-dommen som tekniske prosesser. Disse eksemplene ligger

¹⁰⁹ C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, premiss 61

¹¹⁰ C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, uttalelse fra Generaladvokaten, premiss 93-98

¹¹¹ Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd premiss 88

¹¹² COM(1999) 250 s. 3

imidlertid i kjerneområdet for hva som kan karakteriseres som "teknisk", og belyser derfor ikke problemstillingen særlig.

Et hovedformål i direktivet er å legge til rette for ny digital teknologi. I forklaringen som ledsaget det første direktivforslaget sies det om unntaket at det retter seg både mot on-line og off-line bruk av åndsverk.¹¹³ Det blir her gitt et eksempel på en situasjon som vil omfattes, nemlig den midlertidige kopieringen som skjer hos mellommenn ved overføring over Internett. Hverken ordlyden eller andre holdepunkter gir imidlertid grunnlag for å begrense tolkningen av begrepet til den digitale verden. Dersom man ved vedtakelsen av direktivet hadde ment å begrense bestemmelsen slik, måtte det ha kommet klarere frem i den ferdige teksten. Det er imidlertid vanskelig i dag å tenke seg en situasjon der en midlertidig eksemplarframstilling skjer som en nødvendig del av en teknisk prosess som ikke er digital.

Bestemmelsen synes altså å være teknologinøytral i sin utforming, men begrenset til det digitale området i praksis. Grensene for hva som regnes som del av en teknisk prosess er det vanskelig å definere uten mer rettspraksis. Sannsynligvis vil de to siste vilkårene i bestemmelsen være bedre egnet til å avgrense bestemmelsens virkeområde.

5.2.3 Må eksemplarframstillingen være strengt nødvendig for å gjennomføre den tekniske prosessen?

Både i teorien og i rettspraksis har mye oppmerksomhet blitt viet til hvorvidt eksemplarframstillingen må være strengt nødvendig for å gjennomføre den tekniske prosessen, eller om eksemplarframstilling gjort for å gjøre en prosess mer effektiv også er omfattet.

Bruken av begrepene "*integrert*" og "*vesentlig*" synes i utgangspunktet å tale for at det bare er de helt nødvendige operasjoner, eksempelvis den eksemplarframstillingen som må skje i RAM for at en datamaskin skal kunne lese data, som er omfattet av vilkåret. Når det som utgangspunkt skal gjøres en streng tolkning av vilkårene i unntaksbestemmelsen taler dette for at man ikke skal gå for langt fra ordlyden. Andre tilgjengelige rettskildefaktorer trekker imidlertid i en annen retning.

¹¹³ COM(1997) 628 s. 29

EU-domstolen sier eksplisitt i den andre Infopaq-saken at *"This concept also assumes that the completion of the temporary act of reproduction is necessary, in that the technological process concerned could not function **correctly and efficiently** without that act."*¹¹⁴ (min utheving). EU-domstolen støtter seg her på sin tidligere uttalelse i premiss 61 i Infopaq 1-dommen. Generaladvokatens uttalelse til Infopaq 1-saken kan kaste lys over uttalelsen. Her sies det at *"it is not necessary for the act of reproduction to be an indispensable element of a given technological process [...] This may be seen from the explanatory memorandum to the proposal for Directive 2001/2, in which the Commission states that the purpose of Article 5(1) is to exclude temporary acts of reproduction "which technology dictates"."* Generaladvokaten viser også til at det er bred enighet om en slik tolkning i teorien.¹¹⁵ Spørsmålet er altså ikke om eksemplarfremstillingen er strengt nødvendig, men om den er betinget av den tekniske prosessen.

Et annet argument for en slik tolkning er at det i fortalet til direktivet er forklart at caching skal være omfattet.¹¹⁶ Caching er en metode som har til formål å gjøre prosessen mer effektiv, men som ikke er strengt tatt nødvendig for at overføring av data skal kunne gjennomføres.

Konklusjonen må derfor være at bestemmelsen omfatter både helt nødvendige eksemplarfremstillinger og de eksemplarfremstillinger som gjøres for at prosessen skal kunne gjennomføres mer effektivt.

5.2.4 Anvendelse på brukssituasjonene

Tilsvarende som for vilkåret om at eksemplarfremstillingen må være tilfeldig eller midlertidig innebærer det tredje vilkåret bare at det gjøres en vurdering av den tekniske prosessen, og ikke av hvordan rettighetshavers interesser påvirkes av bruken. Eksemplarfremstillingen i RAM er nødvendig for at en datamaskin skal kunne behandle data i det hele tatt. Eksemplarfremstillingen på skjerm er en åpenbart nødvendig del av en teknisk prosess som skal vise et åndsverk. Caching og buffering er ikke strengt tatt nødvendige, men vil normalt føre til at den

¹¹⁴ C-302/10 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets forening, premiss 30

¹¹⁵ C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, uttalelse fra Generaladvokaten, premiss 94

¹¹⁶ EP/Rdir 2001/29/EF, fortalets avsnitt 33

tekniske prosessen blir mer effektiv. Det er derfor klart at den midlertidige eksemplarframstillingen som vil skje i samtlige av brukssituasjonene enten vil være nødvendig for en teknisk prosess eller tjene til å gjøre denne mer effektiv og dermed oppfylle vilkåret.

5.3 Lovlig bruk

5.3.1 Innledning

Det fjerde vilkåret er at det eneste formålet med den midlertidige kopieringen må være å muliggjøre en *"lovlig bruk av et verk"*.¹¹⁷ I de norske forarbeidene til bestemmelsen vises det til fortalen i direktivet, der det i avsnitt 33 står at en bruk er lovlig dersom den er *"authorised by the rightholder or not restricted by law"*.¹¹⁸ Dette reiser to spørsmål: For det første hva som skal til for at samtykke fra rettighetshaver foreligger, og for det andre hva det innebærer at en bruk ikke er begrenset i loven.

5.3.2 Samtykke

Mye av materialet som kan tenkes gjort tilgjengelig gjennom Internett blir lagt ut åpent for alle og uten at det inngås særskilt avtale med hver sluttbruker om bruken. Et praktisk viktig spørsmål er derfor om man kan påstå at man ved å legge ut et verk på nett samtidig implisitt gir sitt samtykke til at sluttbrukere skal få tilgang til dette. Løsningen er ikke nødvendigvis klar etter norsk rett, men i teorien er det hevdet at det å legge ut materiale på Internett i seg selv, som en form for konkludent atferd, innebærer et samtykke til bruken av det i søkemotorer.¹¹⁹ På samme måte må man anse det å legge ut materiale åpent på nettet som et samtykke til at andre kan få tilgang til vanlig bruk av verket, og dette må også gjelde for salg av fysiske medium som må avleses digitalt for å kunne brukes.

Når verk av sluttbruker utnyttes på den måten rettighetshaver hadde intensjon om ved utleggelsen av verket, må det være klart at det foreligger et samtykke til bruken i og med selve utleggelsen. Eksempler på slik bruk er når noen leser nyhetene på en nettavis eller ser en film fra en lovlig streamingleverandør. Ofte har også betaltjenester skriftlig avtale mellom leve-

¹¹⁷ Åndsverksloven § 11 a, 1. ledd alternativ a

¹¹⁸ Ot.prp. nr 46 (2004-2005) s. 17

¹¹⁹ Rognstad (2012) s. 361

randør og bruker. Unntaket for visse midlertidige kopier bidrar her til å rydde til side tvil om den rettslige stillingen til de eksemplarene som fremstilles i den tekniske prosessen som kreves for å vise materialet, uavhengig om slike eksemplarer var kjent for rettighetshaveren eller var omfattet av materialet.

Spørsmålet om hvorvidt det foreligger samtykke til bruk kan være vanskeligere når verk som for så vidt er tilgjengeliggjort for at sluttbrukere skal kunne konsumere det, blir brukt som ledd i kommersiell virksomhet. Spørsmålet var aktuelt i den andre Infopaq-saken. Her fant EU-domstolen at man ved å legge ut materiale på Internett ikke hadde samtykket til bruk i et nyhetsovervåkningsbyrås utforming av sammendrag av nyhetssaker for sine kunder. Saken ble isteden løst etter en vurdering av om virksomheten skjedde i strid med lov.¹²⁰

Så lenge rettighetshaver *selv*, eller noen med rettighetshavers samtykke, har lagt materialet ut på nett, vil derfor vilkåret om lovlig bruk være oppfylt i de fleste tilfeller av bruk av digitale medier. Det er i tilknytning til kriteriet om at bruken ikke må være begrenset i lovverket, at tolkningsproblemer oppstår.

5.3.3 Ikke i strid med lov

De tilfellene der bruken og kilden er hjemlet i en unntaksbestemmelse vil åpenbart etter ordlyden ikke være i strid med lov. Det viktige spørsmålet er derfor hvordan stillingen er når det ikke foreligger samtykke fra rettighetshaver, altså i tilfellene av privat piratvirksomhet.

Vilkårene om midlertidig eller tilfeldig eksemplarframstilling og vesentlig del av teknisk prosess, er rent teknisk betingede. Videre har EU-domstolen som vi skal se nedenfor tolket vilkåret om selvstendig økonomisk verdi slik at det er avhengig av vilkåret om lovlig bruk. Det er derfor vilkåret om at eksemplarframstillingen må ha som eneste formål å muliggjøre lovlig bruk som eventuelt vil gjøre et skille mellom bruk som skader rettighetshavers interesser, og bruk som ikke gjør det. Hvordan man tolker dette vilkåret er derfor det avgjørende for rekkevidden til unntaket i § 11 a.

¹²⁰ C-302/10 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets forening, premiss 44

5.3.3.1 Sammensmeltingsteori og kildeteori

"Lovlig bruk" i § 11 a og fortalen til direktivets formulering "*not restricted by law*" kan tolkes enten snevert, slik at de bare relaterer seg til den bruken sluttbruker gjør av verket, eller vidt, slik at også kilden for bruken er relevant.

I en artikkel fra 2013 om den tyske implementeringen av artikkel 5(1) argumenterer Wandtke og Von Gerlach for det andre alternativet.¹²¹ I artikkelen identifiseres det første tolkningsalternativet som sammensmeltingsteori, fordi den behandler den midlertidige kopieringen som en del av en lovlig privat fremføring av verket.¹²² Siden en slik privat fremføring ikke er opphavsrettslig relevant, vil bruken være lovlig og vilkåret etter en slik tolkning være oppfylt. Standpunktet om at også kilden som bruken baserer seg på må være lovlig kalles kildeteori.¹²³ Denne terminologien vil for enkelhets skyld brukes i behandlingen av hvilken av disse tolkningsalternativene som må velges.

5.3.3.2 De norske forarbeidenes standpunkt

I de norske forarbeidene er infosocdirektivet tolket slik at "*Bruken vil [...] være lovlig om det foreligger samtykke, lovhjemmel eller om forholdet ikke omfattes av loven*".¹²⁴ Med dette som utgangspunkt antas det at "*handlinger som ikke er opphavsrettslig relevante, for eksempel fremføring innenfor det private området, kjennetegnes ved at de ikke omfattes av de opphavsrettslige eneretter, og om de øvrige vilkår er oppfylt vil unntaket omfatte de midlertidige eksemplarer som fremstilles i forbindelse med slik bruk. Nettlesing ("browsing") utgjør i denne sammenheng en "lovlig bruk"*".¹²⁵ Videre antas det at også streaming fra ulovlig kilde omfattes: "*[...] de midlertidige eksemplarer som oppstår i forbindelse med at en privat bruker lytter til en lydfil som er lagt ut på Internett, ikke vil være forbudte selv om lydfilen er lagt ut på nettet i strid med § 2.*"¹²⁶

¹²¹ Wandtke (2013)

¹²² "Verschmelzungstheorie"

¹²³ "Quellen-theorie"

¹²⁴ Ot.prp. nr 46 (2004-2005) s. 17

¹²⁵ Ot.prp. nr 46 (2004-2005) s. 17, se også s. 141 og Innst. O. nr. 103 (2004-2005) pkt. 1.3.4.1.3

¹²⁶ Ot.prp. nr 46 (2004-2005) s. 143

Uttalelsene innebærer en snever tolkning av hvilke regler som skal tas med i vurderingen av om bruken er i strid med lov. Konsekvensen av dette er at unntaksbestemmelsen får et meget vidt anvendelsesområde, i tråd med sammensmeltingsteorien.

Det er imidlertid usikkert om uttalelsene i forarbeidene kan tillegges noen særlig rettskildemessig vekt i tolkningen av § 11 a. Uttalelsene er gitt i forbindelse med innføringen av en EU-rettslig regel og bærer preg av at departementet har forsøkt å tolke direktivteksten, snarere enn å gi uttrykk for en lovgivervilje. I alle fall der rettskilder fra EU er i direkte motstrid med forarbeidsuttalelser bør de EU-rettslige kildene veie tyngre.¹²⁷

5.3.3.3 Direktivteksten

Det finnes liten støtte for en slik snever tolkning av bestemmelsen i direktivteksten. Selve ordlyden nevner bare *"lawful use"*. En naturlig forståelse av ordlyden gir rom for at andre regler enn de som er eksplisitt regulert i opphavsrettslige bestemmelser kan være relevant i vurderingen. I fortalen står det at *"To the extent that they meet these conditions, this exception should include acts which enable browsing as well as acts of caching to take place[...]"*.¹²⁸ Denne formuleringen må innebære at browsing ikke er ment å være unntatt fra rettighetshavers enerett generelt, men at en vurdering må gjøres i hvert enkelt tilfelle.

I fortalen er det også lagt vekt på at *"Any harmonisation of copyright and related rights must take as a basis a high level of protection, since such rights are crucial to intellectual creation."*¹²⁹ Videre heter det at *"A fair balance of rights and interests between the different categories of rightholders, as well as between the different categories of rightholders and users of protected subject-matter must be safeguarded."*¹³⁰ De øvrige vilkårene synes ikke å gi rom for en slik balansering av hensynet til rettighetshaver og sluttbruker. Dessuten synes de å ha et vidt nedslagsfelt som vanskelig lar seg kombinere med ambisjonen om å sikre et høyt nivå av beskyttelse. Dette er et sterkt argument for at disse hensynene må bli ivaretatt i anvendelsen av vilkåret om at den midlertidige kopieringen må muliggjøre en lovlig bruk. Departementet

¹²⁷ EØS-rett (2011) s. 203

¹²⁸ EP/Rdir 2001/29/EF, fortalen avsnitt 33

¹²⁹ EP/Rdir 2001/29/EF, fortalen avsnitt 9

¹³⁰ EP/Rdir 2001/29/EF, fortalen avsnitt 31

synes i sin tolkning å helt se bort fra disse hensynene. Uttalelsene i forarbeidene lar seg derfor vanskelig kombinere med direktivets formål.

5.3.3.4 EU-domstolens rettspraksis

Enkelte uttalelser fra EU-domstolen kan tyde på at den slutter seg til departementets snevre tolkning av hva som er relevant for vurderingen om hvorvidt det foreligger lovlig bruk. EU-domstolen har i sin praksis begrenset seg til å behandle spørsmålet om lovstrid meget kort. I Premier League-avgjørelsen var mottak og visning av TV-signaler på skjerm formålet for den midlertidige eksemplarframstillingen. Domstolen slo i saken kort fast at slik privat fremføring ikke er ulovlig hverken etter EU-rettslige regler eller etter reglene i medlemslandet.¹³¹ I Infopaq 2-saken var temaet midlertidige eksemplarframstillinger av faksimiler brukt for mer effektivt å kunne utforme sammendrag av avisartikler. Også her slår domstolen bare kort fast at å lage slike sammendrag ikke er forbudt etter medlemslandets eller EU-rettslige regler.¹³²

I disse uttalelsene tar domstolen imidlertid ikke eksplisitt stilling til hvordan vilkåret skal tolkes, bortsett fra å vise til EU-lovgivning og medlemslandenes lovgivning. Dessuten dreide begge sakene seg om utnyttelse av verk som i utgangspunktet var tilgjengeliggjort med rettighetshavers samtykke. Infopaq-sakene gjaldt avisartikler som var gitt ut for salg, og som deretter ble behandlet i saksøktes datasystem. Da domstolen i Infopaq 2-dommen sa at virksomheten til nyhetsovervåkningsbyrået ikke er forbudt i lov og dermed oppfyller vilkåret om lovlig bruk, må dette tolkes i lys av at denne aktiviteten ikke kommer i konflikt med avisenes kjernevirksomhet. Premier League-saken dreide seg om visning av fotballkamper i England med en kabelboks fra et annet medlemsland, og rettighetene til disse sendingene var klarert i medlemslandet. I begge tilfellene var altså kilden til den private fremføringen lovlig.

En uttalelse i Premier League-dommen synes dessuten å aktivt vurdere hvorvidt kilden for fremføringen var lovlig:

¹³¹ Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd, premiss 171

¹³² C-302/10 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening, premiss 44

*"[...] Furthermore, it follows from paragraphs 77 to 132 of the present judgment that such reception of the broadcasts must be considered lawful in the case of broadcasts from a member state other than the United Kingdom when it is brought about by a foreign decoding device."*¹³³

Avsnittene det vises til, inneholder en drøftelse av hvorvidt mottak av signaler fra en kabelboks kjøpt i utlandet var lovlig i et annet medlemsland. Domstolen kom til at det var det, hovedsakelig basert på artikkel 56 i TEUF som sikrer fri bevegelse av tjenester.¹³⁴ Dersom kilden for eksemplarframstillingen er irrelevant for vurderingen så lenge bruken som muliggjøres isolert sett er lovlig, gir det liten mening å ta opp dette spørsmålet her.

Dommene gir ikke klar veiledning om muligheten for å tolke lovlighetskriteriet på en slik måte at det utelukker et unntak for streaming og browsing fra ulovlig kilde. Det er ikke overraskende, når kilden for den midlertidige eksemplarframstillingen i alle sakene var klarert med rettighetshaver. Det var altså ikke nødvendig å vurdere dette spesielt i disse sakene, og EU-domstolens uttalelser synes derfor ikke å være et motargument mot kildeteorien.

5.3.3.5 Systembetragtninger

Dersom man tolker bestemmelsen slik at det bare er sluttbrukers handlinger, og ikke kilden for bruken, som er relevante for vurderingen er det mulig at kriteriet "lovlig bruk" ikke vil fungere som en skranke for sluttbruker.¹³⁵ Bestemmelsen ble utformet for å møte ny teknologi. Den bruk som vil bli gjort av et verk gjennom digital teknologi der § 11 a vil få selvstendig betydning for rettighetshaverne, vil for åndsverk i hovedsak være privat fremføring av verket.¹³⁶ Dersom all slik bruk oppfyller vilkåret om lovlig bruk er det vanskelig å se hvordan eneretten til midlertidig eksemplarframstilling skal få noen realitet. Sett i sammenheng med at denne i alle fall i noen grad synes å være ment å skulle være en tilgangskontrollrett, bør en

¹³³ Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd, premiss 171

¹³⁴ Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd, premiss 77-132

¹³⁵ Se Wandtke (2013) s. 681

¹³⁶ Se pkt. 2.2.4 over

slik tolkning unngås.¹³⁷ Siden den eneste relevante bruken for en sluttbruker er den private fremføringen av verket, vil unntaket dekke all bruk som rettighetshaver etter infosocdirektivets artikkel 2 er gitt retten til å kontrollere. At direktivet skal tolkes slik at alle vilkår og bestemmelser får effekt bekreftes av EU-domstolens tolkning av vilkåret om at eksemplarfremstillingen ikke må ha selvstendig økonomisk betydning. I Premier League-saken begrunnet domstolen sin tolkning med at unntaket i artikkel 5(1) med en alternativ tolkning ville "*be rendered redundant*".¹³⁸ En tolkning i samsvar med kildeteorien vil gi eneretten til midlertidig eksemplarfremstilling og kriteriet om at eksemplarfremstillingen må muliggjøre en "*lovlig bruk*" reell effekt, og det taler for at denne tolkningen er riktig.

5.3.3.6 Tretrinns testen

Tretrinns testen, slik den er inntatt i artikkel 5(5) i direktivet, kan ha betydning for hvilket tolkningsalternativ som må velges. Som tidligere nevnt har EU-domstolen klargjort at tretrinns testen er relevant for tolkningen av artikkel 5(1), selv om den ikke har funnet grunn til å gå nærmere inn på hvordan den relaterer seg til de ulike vilkårene.

5.3.3.6.1 Visse særlige tilfeller

I tråd med gjennomgangen av vilkårene i artikkel 5(5) over er de relevante vurderingsmomentene etter det første vilkåret om unntaket er klart definert, og om det har et relativt snevert anvendelsesområde og virkeområde. I tillegg må det vurderes om rekkevidden er tilstrekkelig forutsigbar.

Unntaket er klart definert etter begge tolkningsalternativer, idet det retter seg mot en viss type kopier. En annen sak er at unntaket etter sammensmeltingsteorien omfatter alle typer verk og en stor andel av markedet for åndsverk. Anvendelsesområdet vil derfor være meget stort. Rekkevidden vil etter dette tolkningsalternativet omfatte alle sluttbrukeres bruk av alt innhold gjennom Internett, en stadig voksende distribusjonskanal for rettighetshavere.¹³⁹ Utviklingen som fremdeles skjer på det digitale området gjør at rekkevidden er lite forutsigbar, fordi stadig

¹³⁷ Se pkt. 3.4 over.

¹³⁸ Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd, premiss 175

¹³⁹ Europakommisjonen EAC/08/2012 (2014)

nye måter å tilby tilgang til åndsverk gjennom nettet vil anvende midlertidig eksemplarframstilling istedenfor permanent lagring av innhold. Tolkningalternativet synes derfor vanskelig å kunne passere kravet om at et unntak skal gjelde "*certain special cases*".

Også kildeteorien vil gi regelen et vidt anvendelsesområde, og vil omfatte alle verk og alle sluttbrukere av opphavsrettslig beskyttet materiale. En avgrensning mot kopiering fra ulovlig grunnlag vil imidlertid gi rettighetshaver god mulighet til å avgjøre rekkevidden av unntaket. Det vil bare gjelde i de tilfeller der eksemplarframstillingen enten omfattes av andre unntak i loven eller der rettighetshaver selv har gitt sitt samtykke til bruken. Kildeteorien ivaretar derfor de grunnleggende hensynene som både WTO-panelet¹⁴⁰ og erklæringen¹⁴¹ trekker frem, nemlig at rekkevidden av et unntak skal være forutsigbart.

5.3.3.6.2 Ikke komme i konflikt med normal utnyttelse

Ved vurderingen av det andre kriteriet i tretrinns-testen er spørsmålet om unntaket avskjærer rettighetshaver fra å utnytte sitt verk på vanlig måte. For å fastlegge hva som skal regnes som vanlig, må det legges vekt på både hvilken utnyttelse som er vanlig på vurderingstidspunktet og på utnyttelsesmåter som det er sannsynlig at vil bli vanlig i fremtiden.

Dersom sammensmeltingsteorien følges, vil all midlertidig eksemplarframstilling som gjøres for å muliggjøre en privat fremføring være unntatt fra opphavsmannens enerett. Sluttbruker har da ingen grunn til å betale opphavsmannen for bruken av hans verk. Isteden kan han bruke en nettside som uten opphavsmannens samtykke tilgjengeliggjør hans verk. Å utnytte verket gjennom å tilgjengeliggjøre det på nett mot betaling eller gjennom reklamefinansiering, er på skrivende tidspunkt uten tvil en vanlig utnyttelsesmåte. At sluttbruker helt lovlig kan omgå å betale for materiale distribuert på denne måten må definitivt ansees som egnet til å avskjære rettighetshavers mulighet til å utnytte sitt verk på vanlig måte. Selv om den private fremføringen som muliggjøres ikke isolert sett er opphavsrettslig relevant, vil det å tillate den gjøre det vanskelig for rettighetshaver å utnytte verket og gjøre det enklere for individer som baserer seg på å tilgjengeliggjøre ulovlige kopier å drive sin virksomhet.

¹⁴⁰ WTO Panel (2000): United States - section 110 (5) of the US Copyright Act.

¹⁴¹ Geiger (2008)

Til dette kan det innvendes at både direktivet og åndsverksloven forbyr tilgjengeliggjøring av åndsverk uten rettighetshavers samtykke. Rettighetshavers interesser kunne dermed tenkes ivaretatt gjennom sanksjonsmuligheter mot tilbyderer, slik nylige endringer i åndsverksloven gir ham en utvidet rett til. I realiteten er dette ikke en reell mulighet for rettighetshaver. Internett gjør det enkelt å plassere piratvirksomhet i land der det er vanskelig eller umulig for rettighetshaver å forsvare sine interesser. Unntaket vil derfor uansett ha som effekt at rettighetshavers mulighet til å utnytte sine verk på måter som er vanlige i dag blir vanskeliggjort.

Kildeteorien har ikke dette problemet fordi bruk som vil gå ut over rettighetshavers interesser fremdeles vil ligge innenfor dennes enerett, også for sluttbrukere. I utgangspunktet synes også dette momentet å tale for kildeteorien.

5.3.3.6.3 Ikke urimelig skade rettighetshavers interesser

Dersom man slutter seg til erklæringen fra 2008,¹⁴² og gir rom for at det skal foretas en helhetlig vurdering av vilkårene, kan det imidlertid tenkes at sammensmeltingsteorien kan forsvares gjennom interesseavveiningen i det siste vilkåret. Hvis denne viser at rettighetshavers interesser er ivaretatt, kan det veie opp for at vilkåret om at unntaket ikke skal komme i konflikt med normal utnyttelse av verket ikke er oppfylt. Det finnes imidlertid ikke momenter som tilsier at en interesseavveining vil slå ut i rettighetshavers favør. Det finnes ingen tvangslisensordning som kan kompensere for rettighetshavers økonomiske stilling. De sanksjonsmuligheter som rettighetshaver ellers har er som nevnt over ikke effektive i møte med et globalt Internett. Også interesseavveiningen synes derfor å tale for å tolke vilkåret om lovlig bruk etter kildeteorien.

5.3.4 Privatkopieringsparadokset

Dersom bestemmelsen skal tolkes i samsvar med sammensmeltingsteorien oppstår et paradoks, fordi det for privatkopiering av permanente eksemplarer er klart at det bare kan gjøres eksemplarfremstillinger på grunnlag av en lovlig kilde.¹⁴³ At løsningen er ulik for permanente og for midlertidige eksemplarer synes ikke konsistent. Ved lovendringen i 2005 ble det innført en endring i privatkopieringsunntaket i åndsverkslovens § 12, som tilføyet et vilkår om at

¹⁴² Geiger (2008)

¹⁴³ Paradokset blir tatt opp av Rognstad(2009b) s.534

grunnlaget for privatkopiering måtte være lovlig. Dette ble begrunnet med at den teknologiske utviklingen hadde ført til at privat kopiering nå kunne true opphavsmannens legitime interesser etter tretrinnsstesten.¹⁴⁴

Også EU-domstolen har tolket direktivets unntak for privat eksemplarfremstilling slik at det ikke omfatter eksemplarfremstilling der kilder er materiale som er ulovlig tilgjengeliggjort. I en sak angående Nederlands implementering av unntaket uttales det at:

*"[...] national legislation, such as that at issue in the main proceedings, which does not distinguish the situation in which the source from which a reproduction for private use is made is lawful from that in which that source is unlawful, is not capable of ensuring the proper application of the private copying exception.[...]."*¹⁴⁵

Domstolen begrunner avgjørelsen med at formålet ved direktivet ikke vil bli oppnådd ved en implementering som ikke skiller mellom kopier med lovlig og ulovlig kilde. I tillegg vil en slik regel ifølge domstolen være i strid med tretrinnsstesten i artikkel 5(5), fordi den vil komme i konflikt med normalt utnyttelse av verket gjennom at den vil oppmuntre spredning av materiale uten rettighetshavers samtykke.¹⁴⁶ Når EU-domstolen med henvisning til tretrinnsstesten innfortolker et krav til lovlig kilde i direktivets artikkel 5(2)b er det grunn til å hevde at en tilsvarende tolkning må gjøres av unntaket i artikkel 5(1).

Det var kanskje vanskelig for departementet å forutse hvordan den teknologiske utviklingen ville være på tidspunktet for forberedelsen av lovendringen. I dag er det klart at det for sluttbruker er liten forskjell på om man laster ned en permanent kopi av et åndsverk eller streamer det. Siden streaming sjelden krever teknisk innsikt, eller nedlasting av programvare ut over den som er standard på enhver PC, kan det argumenteres for at streaming er et enklere alternativ. For rettighetshaver er det også betydningsløst om hans åndsverk blir streamet eller om det

¹⁴⁴Ot.prp. nr 46 (2004-2005) s. 30

¹⁴⁵ C-435/12 ACI Adam BV and Others v Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandelingen ThuisKopie vergoedin, premiss 45

¹⁴⁶ C-435/12 ACI Adam BV and Others v Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandelingen ThuisKopie vergoedin, premiss 39

blir lagret en permanent kopi. Effekten er uansett at han mister muligheten til å kreve kompensasjon for sitt verk.

Det synes ikke å foreligge reelle hensyn som taler mot at midlertidig eksemplarframstilling skal behandles på samme måte som permanente kopier når grunnlaget for eksemplarframstillingen er ulovlig. Ingen privatpersoner har en berettiget interesse i å vederlagsfritt skaffe seg tilgang til andres åndsverk. Det synes å være en absurd konsekvens av departementets tolkning at det er den tekniske metoden som brukes for å skaffe seg tilgang til et verk som skal avgjøre hvorvidt rettighetshaver kan påberope seg sin enerett. Også dette taler for kildeteorien.

5.3.5 Formålsbetraktninger

En tolkning i tråd med kildeteorien vil sørge for at det opprettholdes et høyt beskyttelsesnivå for rettighetshaver, samtidig som balansen mellom rettighetshavers interesser og andre samfunnsmessige interesser blir ivaretatt. Formålet om en harmonisering som skal sikre fri flyt av tjenester og produkter vil ikke bli skadet av en slik tolkning. Å muliggjøre private brukers omgåelse av å yte kompensasjon til den riktige rettighetshaveren kan ikke anses som viktig for den frie flyten av varer og tjenester.

Bestemmelsen vil med en tolkning i tråd med kildeteorien også oppfylle formålet om å muliggjøre bruk av ny teknologi. For sluttbrukers bruk vil det for eksempel fjerne tvil om hvorvidt rettighetshaver kan kreve kompensasjon for den midlertidige eksemplarframstillingen som skjer hos bruker, i tillegg til den kompensasjon en tilbyder har ytt for retten til offentlig fremføring.

5.3.6 Juridisk teori

I nordisk teori synes det å være uenighet mellom forfatterne om hvilket tolkningsalternativ som er riktig. Olsson synes for eksempel i sin kommentar til den svenske implementeringen av direktivet å mene at privat fremføring av et verk er unntatt mer generelt.¹⁴⁷ Det samme

¹⁴⁷ Olsson (2009) s. 124

gjelder Schönning for dansk retts vedkommende.¹⁴⁸ I norsk teori har Rognstad åpnet for en tolkning i tråd med kildeteorien,¹⁴⁹ og Rieber-Mohn synes å gå aktivt inn for en tilsvarende tolkning.¹⁵⁰ Heller ikke i internasjonal teori synes det å finnes noen konsensus. Det finnes forfattere som har gått inn for kildeteorien,¹⁵¹ og forfattere som inntar et synspunkt som ligner mer på sammensmeltingsteorien.¹⁵² Uenigheten medfører at teorien ikke synes å gi noen nærmere veiledning om hvordan vilkåret skal tolkes.

5.3.7 Håndhevingsproblematikk

En siste innvending som kan fremmes mot kildeteorien er at eneretten til midlertidige kopier vil være vanskelig å håndheve, og at det har formodningen mot seg at et direktiv skal inneholde bestemmelser som i praksis ikke vil få noen effekt. Den aktuelle bruken skjer først og fremst i private hjem slik at effektiv håndheving vil kunne innebære at man kommer i konflikt med viktige personvernshensyn. Videre er omfanget av hver enkelt brukers utnyttelse av ulovlig utlagt materiale som hovedregel så beskjeden at det i praksis vil være økonomisk umulig å forsvare en privat forfølgelse av ulovlig bruk. Man kan derfor si at bestemmelsen, selv om den tolkes i tråd med kildeteorien, vil være virkningsløs.

Mot et slikt syn kan det for det første innvendes at det finnes tilfeller der bestemmelsen vil kunne få praktisk betydning. Et eksempel kan være at en bedrift utnytter faglitteratur som er tilgjengeliggjort uten rettighetshavers samtykke ved å lese den på nettet og uten å laste ned permanente kopier. I et slikt tilfelle vil rettighetshaver ha økonomisk incentiv til å forfølge bruken, uten at de samme personvernsrelaterte problemstillingene vil melde seg. For det andre vil de samme innvendingene kunne rettes mot forbudet mot privat kopiering fra ulovlig kilde etter EU-domstolens tolkning av artikkel 5(2)(b) og den norske åndsverksloven § 12, uten at dette synes å ha blitt sett på som et relevant motargument for lovgiver eller domstol. For det tredje har lovgivningen også en viktig normativ effekt. Dersom lovverket tillater at brukeren skaffer seg tilgang til rettighetsbeskyttet materiale vil han gjøre det oftere enn dersom lovver-

¹⁴⁸ Schönning (2004) s. 239

¹⁴⁹ Rognstad (2009a) s. 154

¹⁵⁰ Rieber-Mohn (2008)

¹⁵¹ Wandtke (2013)

¹⁵² Walter (2010) s. 1026

ket forbyr det. En innvending om at en tolkning av bestemmelsen i tråd med kildeteorien vanskelig lar seg håndheve, er det derfor ikke grunn til å legge vekt på.

5.3.8 Anvendelse på brukssituasjonene

Det finnes ikke direkte støtte for kildeteorien i direktivets ordlyd eller i EU-domstolens rettspraksis. Disse rettskildene stenger formentlig heller ikke for en slik tolkning. Selv om de norske forarbeidene er klare i å støtte sammensmeltingsteorien synes reelle hensyn og tretrinnssteden å tale sterkt mot dette. Hensynet til å ivareta det høye beskyttelsesnivået, som direktivets fortale forutsetter at skal foreligge, og til å sikre en balanse mellom rettighetshavers interesser og de andre hensyn som måtte foreligge, taler også sterkt for en tolkning av lovlighetskriteriet i samsvar med kildeteorien. Sammen med at EU-domstolen har inntatt et tilsvarende synspunkt når det gjelder privat eksemplarfremstilling etter artikkel 5(2)(b) uten at det finnes direkte støtte i ordlyden for det, blir konklusjonen at en tolkning i samsvar med kildeteorien må være den riktige.¹⁵³

En slik tolkning innebærer at den vanlige bruken vil oppfylle vilkåret om lovlig bruk. Kommersiell virksomhet som er basert på lovlig kilde og som ikke griper inn i rettighetshavers normale utnyttelse av verket vil også omfattes av vilkåret, i tråd med domstolens konklusjon i Infopaq 2-saken. Private piraters bruk vil derimot ikke oppfylle vilkåret om lovlig bruk. Tolkning slik vil vilkåret sikre at Internett og annen digital teknologi kan brukes fritt innenfor fellesskapsområdet, uten at man må bekymre seg for ulik lovgivning i andre land eller uventede sanksjoner fra rettighetshavere. Samtidig oppnår man at bruk som alvorlig skader rettighetshavers interesser ikke omfattes av unntaket, og dermed vil være omfattet av rettighetshavers enerett til eksemplarfremstilling.

5.4 Selvstendig økonomisk betydning

Det siste vilkåret i bestemmelsen er at eksemplarfremstillingen ikke må ha selvstendig økonomisk betydning. Her må innholdet i begrepet "økonomisk betydning" og begrepet "selvstendig" avklares.

¹⁵³ C-435/12 ACI Adam BV and Others v Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandelingen ThuisKopie vergoedin

5.4.1 Økonomisk betydning

Begrepet "økonomisk betydning" har i utgangspunktet ikke noe klarlagt rettslig innhold i opphavsretten. En alminnelig språklig forståelse av ordlyden peker mot at all utnyttelse av et eksemplar som gir brukeren en økonomisk fordel vil være omfattet. Det er ikke presisert *hvem* formålet skal ha økonomisk betydning for. I de norske forarbeidene er det fremholdt at "*Kravet innebærer at eksemplaret verken kan ha slik økonomisk verdi for rettighetshaver, mellomledd, sluttbruker eller andre*".¹⁵⁴ Departementet tolket altså direktivet slik at enhver form for økonomisk betydning, for enhver som kan tenkes å utnytte verket på en eller annen måte, er omfattet.

Spørsmålet har blitt berørt direkte av EU-domstolen i to nyere avgjørelser. EU-domstolen synes også å gå inn for en vid tolkning av begrepet "økonomisk betydning". I Premier League-saken sier domstolen at:

*"these acts of reproduction carried out in the course of a technological process make access to the protected works possible. Since the latter have an economic value, access to them necessarily has economic significance."*¹⁵⁵

EU-domstolen viser til uttalelsen igjen i Infopaq 2-avgjørelsen.¹⁵⁶ Uttalelsene gir støtte til at begrepet må tolkes vidt. Den rene tilgangen til verket gir ikke en håndfast økonomisk gevinst, i motsetning til kommersiell utnyttelse av et verk. EU-domstolen er likevel klar på at tilgangen har økonomisk verdi. Når en slik tilgang, som ikke gir seg uttrykk i noen fordel i kroner og øre, omfattes av begrepet må konsekvensen være at begrepet favner vidt. For sluttbruker vil den aktuelle eksemplarfremstillingen så godt som alltid være gjort med formål om å skaffe seg tilgang til verket. Denne situasjonen skal derfor klart anees å ha økonomisk betydning. Begrepet må tolkes vidt, slik at også andre handlinger sluttbruker eventuelt skulle utføre som har betydning for rettighetshaver må regnes for å ha økonomisk betydning.

¹⁵⁴ Ot. Prp. 46 (2004-2005) s. 17

¹⁵⁵ Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd, premiss 174

¹⁵⁶ C-302/10 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets forening, premiss 48

5.4.2 Selvstendig

Det neste spørsmålet er hva den økonomiske betydningen skal være selvstendig fra. Ut fra ordlyden finnes det to tolkningsalternativer.

Vilkåret kan for det første tolkes slik at selvstendighetsbegrepet må vurderes isolert fra de øvrige vilkårene i bestemmelsen. Etter en slik tolkning vil vilkåret være oppfylt dersom en midlertidig eksemplarframstilling står i et avhengighetsforhold til en annen del av den tekniske prosessen. En eksemplarframstilling på skjerm kan for eksempel etter denne tolkningen regnes som selvstendig, fordi det er det endelige resultatet av en prosess som muliggjør at sluttbruker får tilgang til et verk. Kopiene som i forbindelse med dette blir opprettet i RAM, cache og buffer har bare betydning fordi de muliggjør eksemplarframstillingen på skjerm, og vil derfor ikke ha selvstendig økonomisk betydning.

For det andre kan vilkåret tolkes slik at den økonomiske betydningen av eksemplarframstillingen ikke må være selvstendig fra den økonomiske fordel brukeren får som følge av den lovlige bruken eksemplarframstillingen skal muliggjøre. Vilkåret vil bare kunne være oppfylt dersom bruken eksemplarframstillingen muliggjør er lovlig. Etter en slik tolkning vil både eksemplarframstillingen på skjerm og de eksemplarframstillingene som bare muliggjør at verket blir vist på skjerm oppfylle vilkåret, fordi ingen av disse har en økonomisk betydning ut over at den lovlige bruken blir realisert.

I Premier League-saken gikk Generaladvokaten i sin uttalelse inn for det første tolkningsalternativet. Det argumenteres her for et skille mellom sluttbrukers mottak av det beskyttede materialet på skjerm, og den eksemplarframstillingen som skjer i de tekniske prosessene forut for denne. Generaladvokaten anså de midlertidige eksemplarene på skjerm som eksemplar med selvstendig økonomisk betydning.¹⁵⁷

Generaladvokatens argumentasjon bygger på Kommisjonens uttalelser i forklaringen til det første forslaget til infosocdirektivet. Der blir de midlertidige eksemplarframstillinger som må

¹⁵⁷ Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd, uttalelse fra Generaladvokaten, premiss 90-101

eksistere for at materiale skal kunne overføres i nettverk mellom Tyskland og Portugal brukt som eksempel. Generaladvokaten anså dette som en indikasjon på at den endelige utnyttelsen av materiale gjennom fremføring på skjerm var noe annet enn kopiene som bare var en forutsetning for utnyttelsen. Sistnevnte har bare verdi fordi de muliggjør en fremføring. Kommisjonens uttalelser i direktivforslaget synes å tale for Generaladvokatens tolkning. Det uttales at:

*"[...] it is appropriate to limit the scope of the reproduction right and only protect those acts of reproduction that are of a separate economic significance. Such an obligatory exception at Community level is vital, as such short lived reproductions **ancillary to the final use of a work** will take place in most acts of exploitation of protected subject matter [...]"¹⁵⁸ (min utheving).*

Like etter dette sitatet kommer eksempelet om overføring fra Tyskland til Portugal. Eksempelet Kommisjonen trekker frem omfatter bare de eksemplarframstillingshandlingene som skjer for å overføre data i et nettverk, og altså ikke det endelige resultatet av overføringen. Her virker det som om Kommisjonen har ment at en må trekke skillet mellom eksemplarframstilling som har en selvstendig økonomisk betydning, altså sluttbruken, og eksemplarframstilling som bare muliggjør denne bruken. I likhet med Kommisjonens eksempel har eksemplarframstilling i RAM eller i cache bare betydning fordi de muliggjør en endelig bruk av verket. Denne tolkningen innebærer at bare slike forberedende eksemplarframstillinger vil være omfattet, mens den endelige eksemplarframstillingen, eksempelvis på skjerm, må ansees for å ha selvstendig økonomisk betydning og dermed falle utenfor unntaket.

I Premier League-avgjørelsen går EU-domstolen inn for det andre tolkningsalternativet. EU-domstolen bygger her på en formålsinnrettet tolkning, og sier at unntaket i artikkel 5(1) uten en slik tolkning helt vil miste sin funksjon. Det uttales at:

"[...]if the exception laid down in Article 5(1) of the Copyright Directive is not to be rendered redundant, that significance must also be independent in the sense that it goes beyond the economic advantage derived from mere reception of a broadcast containing protected works,

¹⁵⁸ COM(1997) 628 s. 29

that is to say, beyond the advantage derived from the mere picking up of the broadcast and its visual display."¹⁵⁹

Tolkningen blir bekreftet i Infopaq 2-dommen¹⁶⁰.

Domstolen sier her at så lenge bruken av verket er lovlig vil den midlertidige eksemplarframstillingen oppfylle vilkåret om at den ikke må ha selvstendig økonomisk betydning. Det er bare i de tilfellene der eksemplarframstilling har en økonomisk betydning i tillegg til og ut over betydningen av den lovlige bruken at vilkåret ikke vil være oppfylt. Denne tolkningen synes å frata vilkåret sin selvstendige betydning, fordi det er vanskelig å tenke seg en situasjon der eksemplarframstillingen har som *eneste* formål å muliggjøre en lovlig bruk og samtidig har økonomisk betydning ut over denne bruken. Man kan for eksempel tenke seg at sluttbruker samtidig som han selv ser på en streamet spillefilm deler denne filmen til andre sluttbrukere, slik at disse kan streame den eller laste den ned. I slike tilfeller vil opplastingshandlingen innebære brudd på eneretten til offentlig fremføring selv om streamingen skulle være lovlig. Eksemplarframstillingen vil derfor ikke ha som *eneste* formål å muliggjøre en lovlig bruk.

Det kan virke overraskende at EU-domstolen tolker vilkåret slik at det mister noe av sin selvstendige betydning. Domstolen begrunner tolkningen med at et viktig formål for unntaket er at det skal muliggjøre bruk av åndsverk i møte med ny teknologi.¹⁶¹ Dersom rettighetshaver kan gjøre sin enerett gjeldende for alle eksemplarframstillinger på skjerm vil det etter domstolens syn føre til at den teknologiske utviklingen ville bli paralysert.

Sett i lys av at rettighetshavers tilgjengeliggjøring av verk ofte må innebære at det er gitt et implisitt samtykke til bruken av verket, kan EU-domstolens begrunnelse synes merkelig.¹⁶² Dette utgangspunktet vil imidlertid ikke nødvendigvis være i samsvar med avtalerettslige reg-

¹⁵⁹ Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd, premiss 175

¹⁶⁰ C-302/10 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets forening, premiss 50

¹⁶¹ Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protective Services Ltd, premiss 179

¹⁶² Se punkt 5.3.2

ler i andre medlemsland, selv om det synes å være riktig for norsk rett. Videre kan ikke dette samtykket strekkes så langt at det også innebærer at rettighetshaver har godtatt at verket utnyttes i kommersiell sammenheng. Endelig kan avtaler som bare gir sluttbruker tilgang til verket måtte tolkes slik at den midlertidige eksemplarframstillingen ikke er omfattet. I alle disse tilfellene vil en tolkning i tråd med det første tolkningsalternativet føre til at bruken av ny teknologi blir vanskeliggjort eller hindret.

EU-domstolens uttalelse må, til tross for at andre rettskildefaktorer synes å tale mot den, tillegges stor vekt. Domstolens begrunnelse synes også overbevisende. Det er etter dette klart at det er det andre tolkningsalternativet som må legges til grunn.

Ved første øyekast kan det synes som om EU-domstolens begrunnelse taler mot at vilkåret om lovlig bruk må tolkes etter kildeteorien. Slik er det ikke. EU-domstolen argumenterer for at rettighetshavers samtykke til den midlertidige eksemplarframstillingen hos *sluttbruker* ikke er nødvendig. Tilgjengeliggjøringen eksemplarframstillingen *er basert på* kan likevel måtte være lovlig for at lovlighetskriteret skal være oppfylt, i tråd med kildeteorien.

Det kan selvsagt ikke utelukkes at det kan oppstå tilfeller der vilkåret likevel vil kunne ha en egen funksjon. Domstolens tolkning synes å innebære at vilkåret om selvstendig økonomisk betydning i de fleste praktiske tilfeller vil få liten selvstendig betydning i vurderingen av om unntaket i § 11 a er oppfylt. Det er i vurderingen av kriteriet "lovlig bruk" at det avgjørende skillet mellom midlertidig eksemplarframstilling som faller inn under rettighetshavers enerett og midlertidig eksemplarframstilling som er unntatt fra denne, blir trukket.

6 Avsluttende bemerkninger

Konklusjonen er at de tilgjengelige rettskildefaktorene taler sterkt for at unntaket i § 11 a må tolkes slik at det ikke får anvendelse på sluttbrukers utnyttelse av materiale som er tilgjengeliggjort, gjennom Internett eller på annen måte, i strid med lov. Annen midlertidig eksemplarframstilling vil for de praktiske sluttbrukertilfellene være omfattet av unntaket så lenge formålet for bruken er lovlig. En slik tolkning ivaretar de viktige hensynene bak åndsverkslovgivningen, samtidig som den sikrer at Internett og annen digital teknologi kan brukes og at nye forretningsmåter og måter å dele innhold og informasjon på får vokse.

Til slutt kan det være nyttig å se på noen viktige innvendinger mot *konsekvensene* av en slik tolkning. En innvending som blant annet har blitt fremmet av engelsk høyesterett er at en slik regel vil kunne føre til at rettighetshavere uforskyldt kan komme i ansvar ved å skaffe seg tilgang til rettighetsbeskyttet materiale som er tilgjengeliggjort ulovlig uten sluttbrukerens viten.¹⁶³ Det vil ikke alltid være enkelt for sluttbruker å identifisere om kilden for hans bruk er lovlig eller ulovlig. Et slikt resultat kan derfor synes urimelig. En lignende problemstilling ble behandlet av den norske lovgiveren i forbindelse med innføringen av kravet til lovlig kopieringsgrunnlag i unntaksbestemmelsen for privat kopiering.¹⁶⁴ For å unngå slike situasjoner ble det innført et krav til forsett for at ansvar for overtredelse av åndsverksloven § 12 skal inntre i åndsverkslovens straffebestemmelse og erstatningsbestemmelse.¹⁶⁵ De samme hensynene som begrunnet denne lovendringen gjelder for § 11 a. Problemet kan løses fra lovgivers side gjennom å innføre en tilsvarende bestemmelse for § 11 a.

Som nevnt har åndsverksloven en viktig normativ funksjon. En tolkning som innebærer at fremstilling av midlertidige eksemplarer fra ulovlig kilde ikke er tillatt, vil vanskelig kunne håndheves ovenfor den store mengde privatpersoner som bryter bestemmelsen. At handlingene ikke er tillatt etter loven kan likevel sende et viktig signal til befolkningen. For at lovverket skal kunne ha en slik normativ effekt er det imidlertid viktig at lovgivningen er klar og tydelig. Som denne oppgaven har vist er ordlyden uklar, og til liten hjelp i tolkningen av bestemmelsen. Forarbeidene til loven bygger på en tolkning av direktivet som det etter argumentasjonen over ikke er dekning for. Det er derfor behov for å gjøre bestemmelsen klarere. En mulig måte å gjøre dette på er å ta inn vilkåret om at grunnlaget for den midlertidige eksemplarfremstillingen må være lovlig i § 11 a.

Tolkningen av bestemmelsen har basert seg på de rettskildene som forelå på tidspunktet for oppgaveskrivingen. Det finnes foreløpig lite rettspraksis på området. Engelsk høyesterett har

¹⁶³ [2013] UKSC 18 Public Relations Consultants Association Limited v The Newspaper Licensing Agency Limited and others, premiss 4

¹⁶⁴ Se Ot. prp nr. 46 (2004-2005) s. 33

¹⁶⁵ Åndsverksloven §§ 54, annet ledd og 55, tredje ledd

oversendt en sak der infosocdirektivets artikkel 5(1) er sentral til EU-domstolen.¹⁶⁶ Denne og senere saker vil kaste ytterligere lys over opphavsrettslovgivningens mest kompliserte bestemmelse.

¹⁶⁶ Sak C-360/13 Public Relations Consultants Association

Litteraturliste

Litteratur

Bing, Jon. *Strømming av åndsverk. Noen opphavsrettslige aspekter ved en tenkt maskin*. I: Nordisk immateriell rettsskydd. (2008), s. 191-200 (Sisert fra Lovdata)

Boncz, Peter. *Main Memory*. I: Encyclopedia of Database Systems. Ling Liu, M. Tamer Özsu (red.). 2009, s. 1668-1669 (Sisert fra Springerlink)

Clark, Tim og Carol Goble. *World Wide Web*. I: Encyclopedia of Systems Biology. Werner Dubitzky, Olaf Wolkenhauer, Kang-Hyun Cho og Hiroki Yokota (red.). 2013, s. 2356-2361 (Sisert fra SpringerLink)

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo, 2012.

EØS-rett. Sejersted, Fredrik ... [et al.]. 3. utgave. Oslo, 2011.

Geiger, Christophe, Reto M. Hilty, Jonathan Griffiths og Uma Suthersanen. *Declaration - A Balanced Interpretation of the "Three-Step Test" in Copyright Law*. I: International Review of Intellectual Property and Competition Law. Hefte 6. (2008), s.707-713. (Sisert fra beck-online.beck.de)

Guibault, Lucie, Guido Westkamp og Thomas Rieber-Mohn. *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*. Rapport til Europakommisjonen, DG Internal Market. Amsterdam Law School, 2007.
<http://ssrn.com/abstract=2006358> [sisert 26.02.2014]

Kur, Annette og Thomas Dreier. *European intellectual property law - Text, Cases and Materials*. 1. utgave. Cheltenham, 2013.

Maniar, Nipan J. *Streaming Media*. I: Encyclopedia of the Sciences of Learning. Norbert M. Seel (red.). 2012, s. 3199-3202 (Sisert fra SpringerLink)

Olsson, Henry. *Upphovsrättslägsstifningen*. 3. utgåve. Stockholm, 2009.

Ozbek, Nukhet og E. Turhan Tunali. *On optimal receiver buffer size in adaptive Internet video streaming*. I: Journal of Zhejiang University SCIENCE A. Volume 7 (Supplement 1). (2006), s. 112-118 (Sitert fra SpringerLink)

Rieber-Mohn, Thomas. *Note 18 til Åndsverksloven § 11 a*. I: Rettsdata Norsk Lovkommentar. Steinar Tjomsland, Arnfinn Bårdsen og Aage Thor Falkanger (red.). 2008. (Sitert fra Rettsdata 20.03.2014)

Rieber-Mohn, Thomas. *Digital Privatkopiering - åndsverksloven § 12 i møte med tekniske beskyttelsessystemer og rettslige omgåelsesforbud*. 1. utgåve. Oslo, 2010.

Rognstad, Ole-Andreas og Birger Stuevold Lassen. *Opphavsrett*. 1. utgåve. Oslo, 2009a.

Rognstad, Ole-Andreas. *Opphavsrettens innhold i en multimedieverden - om tradisjonelle opphavsrettsbegrepers møte med digital teknologi*. I: Nordisk immaterielt rettsskydd. (2009b), s. 531-547 (Sitert fra Lovdata)

Rognstad, Ole-Andreas og Jon Bing. *Søkemotorer på Internett i opphavsrettslig belysning*. I: Nordisk immaterielt rettsskydd. (2012), s. 345-374 (Sitert fra nir.nu)

Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 3. utgåve. Oslo, 2010.

Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*. 4. utgåve. København, 2008.

Walter, Michel M. og Silke Von Lewinsky. *European Copyright Law - A Commentary*. 1. utgåve. Oxford, 2010.

Wandtke, Artur-Axel og Felix-Tessen Von Gerlacht. *Die urheberrechtliche Rechtmäßigkeit der Nutzung von Audio-Video Streaminginhalten im Internet*. I: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. (2013), s. 657-760

Wang, Jia. *A survey of web caching schemes for the internet*. I: ACM SIGCOMM Computer Communication Review. 29.5. (1999), s. 36-47 <http://dl.acm.org/citation.cfm?id=505701> [sitert 25.01.2014]

Westkamp, Guido. *Transient copying and public communications: the creeping evolution of use and access rights in European copyright law*. I: George Washington International Law Review. Årg. 36, nr. 5. (2004), s. 1058-1108. (Sitert fra Westlaw)

Lover og forarbeider

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

2003 Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven) av 25. mai 2003 nr 35

Ot.prp. nr. 85 (1997–98) Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser)

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

Innst.O. nr. 103 (2004-2005) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Direktiver

Rdir 91/250 EØF Rådskdirektiv av 14. mai 1991 om rettslig vern av datama - skinprogrammer

EP/Rdir 96/9 EF Europaparlaments- og rådskdirektiv av 11. mars 1996 om rettslig vern av databaser

EP/Rdir 2000/31 EF Europaparlaments- og rådskdirektiv av 8. juni 2000 om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked

- EP/Rdir 2001/29 EF Europaparlaments- og rådsdirektiv av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet
- EP/Rdir 2009/24 EF Europaparlaments- og rådsdirektiv av 23. april 2009 om rettslig beskyttelse av dataprogrammer (kodifisering)

Traktater og konvensjoner

- Bernkonvensjonen The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 09.09.1886, som endret, Paris, 28.09.79
- TEUF Traktaten om den Europeiske unions funksjonsmåte, som endret gjennom Lisboatraktaten av 13.12.07.
- TRIPS Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh, 15.04.94
- WCT World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, Genève, 20.12.96

Rettspraksis

Sak C-283/81 CILFIT mot Ministero della Sanità. Publisert: ECR 1982, s. 03415

Sak C-476/01 Kapper. ECR 2004 I-05205

Sak C-36/05 Europakommisjonen mot Spania. ECR 2006 I-10313

Sak C-5/08 Infopaq International A/S mot Danske Dagbladets Forening. ECR 2009 I-6569

Sak C-5/08 Infopaq International A/S mot Danske Dagbladets Forening. ECR 2009 I-6569, uttalelse fra Generaladvokat Trstenjak.

Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others mot QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy mot Media Protective Services Ltd. ECR 2011 I-09083.

Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and Others mot QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy mot Media Protective Services Ltd. ECR 2011 I-09083, uttalelse fra Generaladvokat Kokkot.

Sak C-302/10 Infopaq International mot Danske Dagbladets Forening. ECLI:EU:C:2012:16

Sak C-435/12 ACI Adam BV and Others mot Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandelingen Thuiskopie vergoedin. ECLI:EU:C:2014:254

Sak C-360/13 Public Relations Consultants Association. *Saken er enda ikke avgjort.*

UfR 2013.1782H

WTO Panel (2000): United States - section 110 (5) of the US Copyright Act

[2013] UKSC 18 Public Relations Consultants Association Limited (Appellant) mot The Newspaper Licensing Agency Limited and others (Respondents)

Andre kilder

- | | |
|---------------------|---|
| COM (1995)382 final | Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society (presented by the Commission) |
| COM(1997)628 final | Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society (presented by the Commission) |
| COM (1999)250 final | Amended proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society |

COM(2000)199 final Report from the commission to the council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the implementation and effects of Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs

Europakommisjonen. *A profile of current and future audiovisual audience EAC/08/2012*. 2014. <http://ec.europa.eu/culture/media/media-content/documents/audiovisual-audience-report.pdf> [sitert 31.03.2014]

Legal Advisory Board to the European Commission. *Reply to the Green Paper on Copyright in the Information Society*. 1995. http://www.echo.lu/legal/en/ipr/reply/scope.html#HD_NM_12 [sitert 29.03.2014]

Oxford University Press. *Incidental* (2014). <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/incidental> [sitert 27.02.2014]

Forkortelser

TEUF Traktaten om den Europeiske unions funksjonsmåte

TRIPS Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

WCT World Intellectual Property Organization Copyright Treaty