

UiO • Det juridiske fakultet

Offentlig fremføring ved tekniske hjelpemidler

Kandidatnummer: 683

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17979



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Avhandlingens emne.....	1
1.2	Emnets aktualitet.....	1
1.3	Kildebruk og metode.....	2
1.3.1	Om terminologi	2
1.3.2	Om norsk rettspraksis	2
1.3.3	EØS og Nordisk Rettsamarbeid.....	2
1.3.4	Forholdet til internasjonal rett	4
2	GENERELT OM OPPHAVSRETT	6
2.1	Opphavsrettens formål	6
2.2	Opphavsrettens innhold: Åndsverkloven	6
2.2.1	Om loven	6
2.2.2	Opphavsmannens enerett: § 2.....	7
2.2.3	Spesielt om konsumpsjon av eneretten til fremføring	7
2.2.4	Overdragelse av enerett og avtaler om fremføring: §§ 39 og 39d.....	9
2.2.5	Utøvende kunstneres rettigheter: § 42	9
2.2.6	Kringkastingssendinger: § 45a	10
2.2.7	Spesialregel om lydopptak av utøvende kunstneres prestasjoner: § 45b	10
3	FREMFØRINGSBEGREPET	12
3.1	Generelt om fremføring	12
3.2	Fremføring ved tekniske hjelpemidler	13
3.2.1	Jukeboks	14
3.2.2	Ulovfestede vilkår.....	15
3.3	Fremføring i elektroniske nettverk; lenking.....	18
3.3.1	Generelt	18
3.3.2	Hyperlenker – generelt om lenker	19
3.3.3	Lenking i teorien.....	20
3.3.4	Rettspraksis om lenking	22

3.3.5	Hyperlenkers status i norsk rett etter Retrieveravgjørelsen.....	25
4	ALLMENNHETEN	27
4.1	Generelt om begrepet	27
4.2	Vurderingens utgangspunkt	28
4.2.1	Hensikten ved fremføringen	28
4.2.2	Aktuelt eller potensielt publikum	29
4.3	Momenter ved vurderingen.....	29
4.3.1	Kretsens tilknytning.....	29
4.3.2	Kretsens størrelse.....	32
4.3.3	Sammenløp ved fremføringene	33
4.3.4	Ulovfestet vilkår om profittensikt.....	37
5	ØVRIGE VURDERINGSTEMAER.....	40
5.1	Innledning	40
5.2	«Ny allmennhet»	40
5.2.1	Omgåelse av tilknytningsspørsmålet	43
5.3	Krav om tilstrekkelig nærhet.....	44
6	OFFENTLIG FREMFØRING FREMOVER.....	47
6.1	Innledning	47
6.2	Retriervers «New public»-grensedragning.....	47
6.3	Konsekvensene for lenkebruk i Norge.....	48
6.4	Retriervers betydning for annen verksutnyttelse.....	50
6.5	Rettsutvikling i takt med teknologiutviklingen.....	51
6.5.1	De minimis-grensen.....	52
7	AVSLUTTENDE KOMMENTARER	54
	LITTERATURLISTE.....	56
7.1	Lover	56
7.2	Internasjonale konvensjoner	56
7.3	EU-/EØS-lovgivning.....	57
7.4	Forarbeider	58

7.5	Rettspraksis	57
7.6	Litteratur	56
7.7	Nettsider	58

1 Innledning

1.1 Avhandlingens emne

Innholdet i opphavsmannens enerett er todelt. Den omfatter eksemplarframstilling, og tilgjengeliggjøring for allmennheten. Denne avhandlingen omhandler en av formene for tilgjengeliggjøring: Offentlig fremføring, spesielt fremføring ved tekniske hjelpemidler.

Dette er en praktisk viktig utnyttelsesform, ikke minst fordi begrepet med tiden har fått utvidet betydning. Denne utvidelsen har ført til at grensene for begrepet er uklare, og det fører igjen til en usikker rettsstilstand.

Jeg vil først redegjøre for de bakenforliggende rettskildene, og opphavsretten generelt. Deretter behandler jeg begrepets to komponentord hver for seg, ettersom vurderingstemaene i stor grad er separate. Ettersom offentlighetsvilkåret må vurderes i lys av fremføringshandlingens kontekst, er den logiske oppbygningen å behandle fremføringsdelen av begrepet først, deretter offentlighet. Når det gjelder «fremføring» vil det i avhandlingen fokuseres på problemstillinger rundt de tekniske hjelpemidlene, først og fremst de som oppstår ved utplassering av kringkastingsmottagere, og rettsstilstanden ved enkel bruk av hyperlenker på Internett. Om begrepet «offentlig» skal jeg behandle problemstillinger om i hvilken kontekst begrepet skal anvendes, og når det blir avskåret av bruk innen den såkalte private sfære. Videre tar jeg for meg momenter som knytter seg til hele begrepet. Avslutningsvis skal jeg forsøke å analysere virkningen av den nyere rettspraksis, og eventuelle svakheter ved rettsstilstanden.

Avhandlingen er avgrenset mot problemstillingene elektronisk videresending av kringkastede verk, og hvorvidt avanserte typer hyperlenker, som f.eks. «embedded links» bør vurderes på en annen måte enn ordinære hyperlenker. Den rettslige statusen til online streaming vil heller ikke bli berørt. Dette er så omfattende emner at det ikke blir hensiktsmessig å behandle dem inngående i denne avhandlingen.

1.2 Emnets aktualitet

Denne avhandlingen er inspirert av en dom fra 2012, TAHER-2012-73209. Dommen har blitt anket, den er dermed ikke rettskraftig og dens rettskildemessige vekt er begrenset. Den reiser imidlertid noen interessante problemstillinger rundt begrepet 'offentlig fremføring'. Den ledet meg til å se at innholdet i denne utnyttelsesformen er uklart, og rammene for begrepet er i liten grad trukket opp norsk rett. Rettsstilstanden er usikker, og usikkerheten – og problemene – strekker seg lengre enn det tvisten i denne saken gjelder. Offentlige fremføringer er fortsatt i

en viktig verksutnyttelsesform, og det er således høyst aktuelt å prøve å identifisere dens innhold og rammer. Nevnte dom har nylig vært til hovedforhandling i lagmannsretten, og når den saken er avklart har Gramo har signalisert at taxinæringen står for tur.¹ At offentlige fremføringer er aktuelle for tiden er tydelig: I tillegg til overnevnte dom har det etter at denne avhandlingen ble påbegynt kommet to avgjørelser fra EU-domstolen, samt enda en tingrettsdom om temaet.²

1.3 Kildebruk og metode

1.3.1 Om terminologi

Det er opphavsmannen som har rettighetene til åndsverket. Opphavsmannen er som regel en enkeltperson med begrenset mulighet til å ha kontroll på hvordan verket blir utnyttet, derfor vil normalt rettighetshåndteringen være satt bort til rettighetsorganisasjoner som forvalter enkeltaktørens rettigheter. I avhandlingen kommer jeg til å bruke begrepene *opphavsmenn*, og *rettighetshaver* litt om hverandre, selv om det som regel vil være rettighetsorganisasjonene som er de egentlige aktørene som handler på vegne av opphavsmennene. De gangene det er nødvendig å skille mellom de to aktørene, kommer det formodentlig til å være tydeliggjort.

1.3.2 Om norsk rettspraksis

Opphavsrett er et forholdsvis snevert rettsområde, der få tvister må til rettslig behandling. Kildetilfanget blir følgelig lavt, så underrettsdommer kan være den eneste norske rettspraksisen som behandler en gitt problemstilling. Slik praksis vil bli gitt større oppmerksomhet enn det som er generelt vanlig i norsk rett. Rettspraksis av nyere dato fra Eu-domstolen vil derfor bli viktige rettskilder for denne fremstillingen.

1.3.3 EØS og Nordisk Rettsamarbeid

Etter at Norge sluttet seg til EØS-avtalen har rettstilstanden i EU-landene blitt viktigere for norsk rett. Den Europeiske Union har skapt et indre marked for varer, tjenester, personer og kapital ved å fjerne direkte og indirekte handelshindringer. Avtalen forplikter Norge til å im-

¹ Faksimile fra Dagens Næringsliv: «Nekter å betale for taxi- musikk» 12.11.2012.

² C-351/12, C-466/12, og 13-1461185 TVI-AHER/1.

plementere EU-direktiver i norsk lovgivning slik at den norske rettstilstanden harmoniseres med den europeiske. En konsekvens av en norsk-europeisk harmoniseringsprosess er at også europeisk rettspraksis blir relevante rettskilder i norsk rett: Om andre domstoler har lovgivning som ligner på vår egen, kan domstolens løsning ha betydelig overføringsverdi. På et rettsområde som preges av få dommer og hurtig teknologisk utvikling styrkes overføringsverdien.

EU-domstolen opererer med et prinsipp om plikt til direktivkonform tolkning hos nasjonale domstoler.³ Det er ikke like klart om dette også gjelder direkte i EFTA-landet Norge. For å følge tanken om rettsharmonisering bør Eu-domstolens prejudisielle avgjørelser bli tillagt betydelig vekt i saker som gjelder direktiver som har blitt implementert i norsk lovgivning. Sterke folkerettslige grunner taler for det, og Høyesterett etablerte et prejudikat om direktivkonform rettsanvendelse i Rt. 2000 s. 1811 (Finnanger). Avgjørelsene binder altså ikke norsk rett direkte, men domstolene vil sjelden avvike fra dem uten at det foreligger en svært god begrunnelse. TAHER-2012-73209 illustrerer dette: Retten anvendte domstolens løsning i C-306/05 (Rafael Hoteles) uten videre begrunnelse, men avviste C-135/10 (Tannlegekontor) begrunnet med at den sakens faktum var for ulikt inneværende sak.

I tillegg blir også nordisk rett tillagt betydelig vekt. Åndsverkloven ble laget i samarbeid med de andre nordiske landene,⁴ så disse landenes praksis kan gi god veiledning på hvordan tilsvarende spørsmål kan og bør løses i Norge. I Rt. 1985 s. 883 (Electric Circus) la Høyesterett vekt på svenske lovforarbeider og høyesterettspraksis, og i den noe nyere Rt. 2005 s. 41 (Napster.no) bekrefter retten av lovsamarbeidet fortsatt skal tillegges vekt.⁵

1.3.3.1 Infosoc-direktivet

Eu-direktiv 2001/29 om opphavsretten i informasjonssamfunnet tar sikte på å harmonisere opphavsrett i det indre marked. Direktivet er et svar på den teknologiske utviklingen, og søker å imøtekomme de nye økonomiske realiteter som er en konsekvens av utviklingen.⁶ Direktivet har hatt stor påvirkning på de senere endringene i åndsverkloven.⁷

³ *EØS-rett* (2004) s. 195.

⁴ Rognstad (2009) s. 41-42.

⁵ Dommens premiss 53. I saken valgte Høyesterett å se bort fra den svenske dommen av andre grunner.

⁶ Direktivets fortale, premiss 5.

⁷ Rognstad (2009) s. 54.

Direktivet pålegger medlemsstatene å sørge for at opphavsmenn har en beskyttet enerett til å overføre sine verk til allmennheten. Eu-domstolen har avgitt flere prejudisielle avgjørelser for hvordan direktivteksten skal tolkes, og de relevante avgjørelsene blir behandlet senere i denne avhandlingen.

Utrykket i Direktivet som svarer nærmest til norsk retts *offentlig fremføring* er «overføring til almenheten» i direktivets danske versjon, eller «communication to the public» i den engelske. I TAHER-2012-73209 uttaler retten om en prejudisiell avgjørelse fra 2010 at «*Eu-domstolen tar stilling til innholdet i et begrep som ikke er identisk med begrepet « offentlig fremføring » i åndsverkloven § 45b, slik at EU-domstolen (sic) uttalelser ikke uten videre kan legges til grunn i den foreliggende saken.*» Dette bør nok ikke tas til inntekt for at avstanden mellom begrepene er stor, for etter å ha tatt dette forbeholdet legger retten andre saker fra EU-domstolen som omhandler *communication to the public* til grunn i den foreliggende saken. Det følger av EØS-avtalen at norsk opphavsrett skal harmoniseres med den europeiske, og det må således vektige grunner til for at domstolen skal kunne avvike fra en harmonisert tolkning. Direktivet er delvis direkte implementert i åndsverkloven, og det er ingenting som tyder på at lovgiver har ment noe annet enn fullstendig harmonisering. At begrepene svarer til hverandre er også gjengs oppfatning i fagmiljøet.⁸

1.3.3.2 Utleiedirektivet

Direktiv 2006/115 er en oppdatering⁹ av Direktiv 92/100 om utleie- og utlånsrett, som ble implementert i norsk lov i 1995.¹⁰ Det nye direktivet tar høyde for nye problemstillinger, som blant annet piratkopiering. Artiklene som er relevante for denne avhandlingen er uendret fra det implementerte 1992-direktivet.

1.3.4 Forholdet til internasjonal rett

Ettersom åndsverk ofte er immaterielle – ikke bundet av eksemplar – er handel på tvers av landegrensene spesielt aktuelt, og av det følger det et behov for internasjonal regulering. Selv om utenlandske opphavsmenn kan inngå avtaler om bruksrett i Norge, betyr ikke det automatisk at de nyter samme vern som nasjonale opphavsmenn. Norge har sluttet seg til flere trakta-

⁸ Se f.eks «Opphavsrett og lenker på Internett», artikkel på hegnar.no der det uten videre legges til grunn.

⁹ Direktivets fortale premiss 1.

¹⁰ Rognstad (2009) s. 30.

ter som skal harmonisere det internasjonale opphavsrettslige rettsbildet; blant annet Bernkonvensjonen, Romakonvensjonen og TRIPS-avtalen. Disse vil imidlertid ikke ha stor betydning for denne avhandlingen. Norge har ikke sluttet seg til WIPO-traktatene som sådan, men etter som InfoSoc-direktivet¹¹ i stor grad inkorporerer disse, får traktatene indirekte virkning.¹²

¹¹ Se 1.3.3.1.

¹² Rognstad (2009) s. 47-48.

2 Generelt om opphavsrett

2.1 Opphavsrettens formål

Opphavsretten er et resultat av at vårt samfunn anerkjenner at åndsverkene og deres opphavsmenn ikke bare fortjener rettighetsbeskyttelse på lik linje med andre verdier, men at åndsverkene ikke kan beskyttes med samme regler som fysiske verdier. I likhet med den øvrige immaterialretten er opphavsrettens objekter sårbare for kopiering og annen uautorisert ettergjøring og urimelig utnyttelse, men opphavsretten anerkjenner i større grad at opphavsmannen har visse ideelle rettigheter.

Et for svakt vern åpner for at andre kan nyttiggjøre seg av, og kanskje tjene penger på åndsverket uten opphavsmannens kontroll eller samtykke. I ekstreme tilfeller kan omfattende allmenn tilgang på åndsverk undergrave profesjonelle opphavsmenns livsgrunnlag. Et sterkt vern kan gi insentiver til ytterligere skapning av åndsverk, spesielt for den åndsverksproduksjon som går ut over det rent hobbyregede. Motsatt vil for sterkt vern ikke bare gi urimelige fordeler til opphavsmannen, men også i ytterste konsekvens hindre videre skapende virksomhet. For sterkt vern av eneretten til tilgjengeliggjøring vil kunne gi dobbeltsalgliknende tilfeller for de eksemplarubundne åndsverkene, og et for strengt plagiatvern vil gjøre det vanskelig for andre opphavsmenn å skape nye åndsverk.

2.2 Opphavsrettens innhold: Åndsverkloven

2.2.1 Om loven

I norsk rett er offentlige fremføringer regulert i åndsverkloven av 1961. Denne loven er en videreføring av den gamle åndsverkloven fra 1930.¹³ Loven har blitt påbygget og endret flere ganger siden, i den senere tid i stor grad for å imøtekomme forpliktelser etter at Norge tiltrådte EØS-avtalen. Åndsverkloven er den primære rettskilden for den norske opphavsretten, og innehar flere rettsregler som er relevante i konteksten offentlige fremføringer.

¹³ Ibid s. 28.

2.2.2 Opphavsmannens enerett: § 2

Åndsverkloven åpner med å slå fast at skaperen av et åndsverk; *opphavsmannen*, har *opphavsretten* til verket. Det følger av åndsverkloven § 2 at den som har opphavsretten til et verk har enerett til å råde over verket. Eneretten omfatter to typer handlinger: retten til å fremstille eksemplarer, og retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten. Opphavsmannen kan også råde over eneretten å overdra den helt eller delvis til andre. *Offentlig fremføring* er en form for tilgjengeliggjøring for allmenheten, jamfør § 2 tredje ledd bokstav c. Begrepet fremføring har med tiden blitt utvidet til å omfatte en flere former for verksutnyttelse som ikke inngår i den alminnelige språklige betydning av ordet, slik at det fungerer som en slags sekkepost for verksutnyttelse som har kommet til etter at loven ble introdusert.¹⁴ Kringkasting «*eller annen overføring i tråd eller trådløst*» er eksplisitt inntatt som offentlige fremføring i fjerde ledd, også når verket bare har blitt stilt til rådighet «*på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.*»

For at en handling skal være omfattet av eneretten må den først være slik at den må regnes som en *fremføring*, og deretter må det vurderes om fremføringen er *offentlig*. En handling som gjør verk tilgjengelige til allmenheten er ikke nødvendigvis en fremføring, og ikke alle fremføringer er offentlige: Vilkårene er kumulative. I det konkrete tilfellet foretas vurderingen samlet, men begrepene har forskjellige innhold og kan i denne fremstillingen til dels behandles adskilt.

Eneretten har også en ideell side lovfestet i § 3. Opphavsmannen har rett til å få sitt navn knyttet til eksemplarer og til fremføringer av hans verk, og har rett til at verket respekteres og ikke endres på en måte som skader verket eller opphavsmannens omdømme. Dette kan typisk være at et verk utgis med visse endringer som opphavsmannen ikke står inne for. Denne respektretten er til dels også tidsmessig utvidet med klassikervernet i § 48.

2.2.3 Spesielt om konsumpsjon av eneretten til fremføring

Som nevnt over omfatter opphavsmannens enerett retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten. Utgangspunktet er at dette også gjelder senere tilgjengeliggjøring.¹⁵ Ved de andre formene for tilgjengeliggjøring eksisterer det lovfestede konsumpsjonsregler. Dette innebærer

¹⁴ Torvund (2013) s. 86.

¹⁵ Rognstad (2009) s. 178-179.

at eneretten er begrenset til «første gangs spredning»,¹⁶ altså enerett til å introdusere verket til handelen. Det følger av åndsverkloven § 19 at denne spredningsretten er konsumert ved salg av eksemplaret, slik at det gitte eksemplaret kan fritt selges videre. Konsumpsjon av eneretten er regionalt avgrenset, slik at et eksemplar som selges i EUs indre marked ikke uten videre kan selges i Nord-Amerika eller i Asia. På samme måte følger det av åndsverkloven § 20 at eneretten til *visning* konsumeres ved overdragelse av et eksemplar, slik at erververen står fritt til å vise eksemplaret såfremt verket har blitt utgitt.

Konsumpsjon av spredningsretten er naturlig ved salg av fysiske eksemplarer, da råderetten følger eksemplaret. Det er ikke tilfelle ved fremføring. Rognstad fremhever at der godtgjørelsen for spredning av eksemplarer kan beregnes for hvert solgte eksemplar, er det vanskelig å beregne rimelig standardvederlag for fremføringer.¹⁷ Det er ikke tilsvarende konsumpsjonsregler for offentlig fremføring i åndsverkloven som det er for spredning og visning i §§ 19 og 20, men eneretten er innsnevret på annet vis. Visse fremføringsformål som undervisning eller bruk i gudstjenester er unntatt eneretten, jmfør § 21, det samme er lovlig sitatbruk i henhold til § 22. Det ligger heller ingen implisitt konsumpsjon av eneretten i ordlyden i § 2 tredje ledd. Tilgjengeliggjøringsbegrepet i åndsverkloven § 2 tolkes slik at eneretten ikke konsumeres ved første tilgjengeliggjøringshandling; dette sies i forarbeidene,¹⁸ og blir stadfestet i Rt. 2005 s. 41.¹⁹ Hovedregelen er altså at det må inngås en ny avtale for hver fremføring, og at slike avtaler ikke uten videre kan overdras til andre.

Den samme forståelsen legges til grunn i InfoSoc-direktivets artikkel 3 (3) sammenholdt med (1) og (2): «*Rettighetene (...) udtømmes ikke af en overføring til almenheden eller tilrådighetsstillelse for almenheden i henhold til denne artikel. (Min utheving.)*» En prejudisiell avgjørelse fra Eu-domstolen²⁰ som omhandlet bruk av lenker på Internett kan imidlertid åpne for avgrenset konsumpsjon av eneretten til fremføring. Dette vil bli behandlet senere i avhandlingen, i del 5.2.

¹⁶ Ibid s. 160.

¹⁷ Ibid s. 186.

¹⁸ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 16. Sitatet er hentet fra Rognstad (2009) s. 156.

¹⁹ Dommens premiss 43.

²⁰ C-466/12.

2.2.4 Overdragelse av enerett og avtaler om fremføring: §§ 39 og 39d

Opphavsmannen har mulighet til å inngå avtaler om å overdra sin enerett til verket. Slike overdragelser kan likevel ikke omfatte opphavsmannens ideelle rettigheter, nedfelt i § 3. Paragraf 39d er en deklarasjonsregel som presiserer at utgangspunktet ved fremføringsavtaler er at de ikke konsumerer eneretten. Ved overdragelse av retten til fremføring bør det altså eksplisitt avtales, eller være andre sterke grunner som taler for at overdrageren har ervervet enerett til fremføring. Videre forvirrer denne retten om erververen ikke benytter seg av den på tre år, jmf § 39d andre ledd. § 39d gjelder ikke for filmverk, jmf § 39d tredje ledd.

Ettersom fremføringer kan være av variert art, er det behov for å la overdragelser av en fremføringsenerett stå i særstilling. Det bør også bemerkes at filmverk er unntatt fra den deklarasjonsregelen. Filmverk er en type åndsverk som generelt er preget av profesjonaliserte og samvirkende opphavsmenn som arbeider på oppdrag, og verkstypens spesielle karakter har blant annet blitt imøtegått i lovens § 39f.

2.2.5 Utøvende kunstners rettigheter: § 42

Utvøvende kunstnere er en praktisk viktig type opphavsmenn som karakteriseres av at selve utøvelsen av et verk blir et eget (uselvstendig) åndsverk. Der mange typer åndsverk knytter seg til et fiksert eksemplar, som et portrett eller en avsluttet og utgitt tekst, er den utøvende kunstneren et eget åndsverk i det det blir fremført. På den måten kan band spille andres musikk på konserter, men få et avgrenset, selvstendig vern for selve fremføringen.

Utvøvende kunstnere skal forstås på samme måte som i lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstners prestasjoner m.v.²¹ I lovens § 1 er utøvende kunstnere definert som «*musikere, sangere, skuespillere, dansere, dirigenter, sceneinstruktører og andre som gjennom sin kunst framfører åndsverk.*» Listen er ikke uttømmende.

Musikk man lytter til (i motsetning til musikk man leser, som noteark) vil alltid være en utøvet prestasjon som bygger på en originaltekst og – melodi. På grunn av dette kan to forskjellige studioinnspillinger av samme sett være to forskjellige verk. Dette åpner også for tvister: Et ikke upraktisk eksempel vil være et band som har blitt oppløst, men der noen av musikerne fortsetter en solokarriere og spiller musikk som er komponert av de tidligere bandkollegaene. Bestemmelsens yttergrensene er vide, og et vidt spekter av prestasjoner er vernet.

²¹ Lov av 14 desember 1956 nr. 4.

Det som i effekt blir vernet, er ikke det særpregede uttrykket av den individuelle prestasjonen, men utførelsen i seg selv.²² § 42 verner de utøvende kunstnerne mot at andre urettmessig beriker seg på opptak av deres prestasjon.

2.2.6 Kringkastingssendinger: § 45a

Ved kringkastingssendinger har ikke kringkasteren kontroll over verket etter at det har blitt sendt. Om mottageren har utstyr som kan lagre og fremstille eksemplarer eller videresende verket, åpner det for urimelig utnyttelse av kringkastingssendingen. Kringkasterne blir vernet mot slik urimelig utnyttelse i § 45a, ved at det kreves samtykke for at deler av kringkastingssendinger:

- a) opptas på innretning som kan gjengi den,*
- b) utsendes trådløst eller videresendes til allmennheten ved tråd, eller*
- c) på annen måte i ervervsøyemed gjøres tilgjengelig for allmennheten»*

Ved at bestemmelsen forbyr at slike handlinger foretas uten samtykke får kringkasterne anledning til å inngå avtaler om slik videresending mot vederlag.

Bestemmelsen utløser ingen rett til vederlag, men overtredelser kan straffes etter § 54 første ledd bokstav d.

2.2.7 Spesialregel om lydopptak av utøvende kunstners prestasjoner: § 45b

Selv om bestemmelsen gjelder flere verkstyper vil nok musikkinnspillinger være den mest praktisk vanlige formen for lydopptak av utøvende kunstners prestasjoner. Utgangspunktet i § 45b er at offentlig fremføring av lydopptak av utøvende kunstners prestasjoner ikke krever forutgående samtykke, men at bruken utløser rett til vederlag. Det er effektivitetshensyn som ligger bak denne bestemmelsen, ettersom det ville vært kostbart og omstendelig om fremføring av lydopptak måtte forhåndsklarering for hvert enkelt verk. I NOU 1985: 30 uttales det at *«man ikke kan ha et system der det må innhentes samtykke fra de enkelte rettighetshavere hver gang en grammofonplate e.l skal brukes ved en fremføring utenfor det private område.»*²³

²² Rognstad (2009) s. 308.

²³ NOU 1985: 30, s. 59. Sitatet er hentet fra Rognstad (2009) s. 318.

Bestemmelsen er avgrenset mot de tilfeller der «*den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket*» i første ledd, siste punktum. Denne setningen peker til såkalte påforespørsselfremføringer, som da er omfattet av opphavsmannens vanlige enerett til offentlige fremføringer.²⁴

Ved offentlig fremføring av kringkasting av utøvende kunstners prestasjoner som av forskjellige grunner *ikke* er omfattet av vederlagsplikten i § 45b påløper det også en avgift hjemlet i Lov 1956 nr. 4 av 14. desember. Denne avgiften går til et fond for utøvende kunstnere; en eldre ordning som gradvis fikk sitt område begrenset av revisjon av åndsverkloven og tiltredelse av EØS-avtalen. Ordningen har imidlertid blitt bevart, og fanger nå opp de tilfellene av offentlige fremføringer som ikke omfattes av vederlagsplikten fordi opphavsmennene er utenlandske.²⁵

²⁴ Rognstad (2009) s. 318.

²⁵ Ibid s. 319.

3 Fremføringsbegrepet

3.1 Generelt om fremføring

Opphavsmannens enerett omfatter retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Denne retten er tredelt; eneretten til spredning av eksemplar, eneretten til visning av eksemplar, og eneretten til å fremføre verket offentlig.²⁶ Den naturlige språklige forståelsen av begrepet fremføring omfatter først og fremst live-opptredener, som når et band spiller låtene sine eller et teater setter opp et stykke. Det fremførte verket er da altså selve skuespillet eller låtene som blir spilt.²⁷ Slike umiddelbare fremføringer er enkle å håndtere, da fremføringen er over når de som fremfører den er ferdige, og opphavsmannen dermed kan ha oversikt over hvordan verket blir utnyttet. De klare typetilfellene er ukontroversielle, og vil ikke bli viet videre oppmerksomhet i avhandlingen.

Som følge av den teknologiske utviklingen har ikke-umiddelbare fremføringer blitt mer aktuelt. Med nyere lagringsmedier lot det seg gjøre å eksemplarfeste visse typer verk for senere avspilling, slik at den som fremførte verket ikke lenger måtte være i umiddelbar nærhet til publikum. En konsekvens av dette var at den opphavsrettslige terminologien fjernet seg fra den vanlige språklige:²⁸ Man sier gjerne at en kino «viser» en film, men det opphavsrettslige begrepet *visning* i åndsverkloven § 2 tredje ledd litra b knytter seg til visning av et fysisk verk, slik som skulpturer, malerier og litografier når de stilles ut. I forarbeidene til åndsverkloven ble det gitt uttrykk for at det er fremføringsbegrepet som skal anvendes ved avspillinger ved hjelp av tekniske hjelpemidler.²⁹ Begrepet blir benyttet som en sekkepost, slik at tilgjengeliggjøringshandlinger som verken er spredning etter (a) eller visning etter (b), er fremføring etter (c).³⁰ På grunn av dette kan innholdet i «*offentlig*» oppleves uintuitivt, og i noen tilfeller vil det være mer pedagogisk å anvende det overordnede begrepet «*tilgjengeliggjøring til allmennheten*» fremfor «*offentlig fremføring*». Avspilling ved tekniske hjelpemidler åpner for en del problemstillinger som i hovedsak knytter seg til kringkastingstjenestene og til tilgjengeliggjøring over Internett.

²⁶ Jf. åvl. § 2 (3).

²⁷ Selve fremføringen av verket kan også være vernet; se 2.4.3.

²⁸ Rognstad (2009) s. 156.

²⁹ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 16.

³⁰ Torvund (2013) s. 86.

3.2 Fremføring ved tekniske hjelpemidler

Visste typer åndsverk, som filmverk, kan ikke *vises* i lovens terminologi på noen hensiktsmessig måte. En visning av en film i opphavsrettslig forstand vil kun innebære at man får se på videokassetten eller dvd-platen den ligger lagret på.³¹ For å kunne se et filmverk er det nødvendig å bruke *teknisk avspillingsutstyr*. For en del andre typer åndsverk finnes det andre alternativ for å nyttiggjøre seg av verket, men fremføring ved tekniske hjelpemidler er vanligst benyttet. Dette gjelder først og fremst lydverk, men med lesebrettene økende popularitet er dette også relevant for litteratur.

Alle former for verksavspillinger ved hjelp av teknisk utstyr er *fremføringer* i lovens terminologi.³² Dermed oppstår behovet for en presisering: Hva skal anses som selve tilgjengeliggjøringshandlingen? I utgangspunktet vil ikke fremføringen skje før utstyret brukes til å vise verket, altså når radioen, tv-apparatet eller prosjektoren, blir skrudd på. I de aller fleste tilfellene vil den største innsatsen komme fra den som har satt frem avspillingsutstyret, slik at veldig lite gjenstår før verket er tilgjengeliggjort. Strengt tatt er det ikke den som har stilt apparatet til rådighet, men den som skrur det på som er direkte årsak til fremføringen.

I utgangspunktet kan det anføres at det er den som har startet fremføringen som også har krenket opphavsmannens enerett. Det er nok ikke i tråd med hensynene bak bestemmelsen eller i samsvar med den allmenne rettsfølelsen om det er den som skrur på stereoanlegget som er ansvarlig overfor opphavsmannen. Det harmonerer også mer med ordlyden «*tilgjengeliggjøring til allmennheten*» at handlingen ikke nødvendigvis er den som der og da starter fremføringen. Rognstad skriver:

«En videre konsekvens av at avspilling av verk ved hjelp av tekniske hjelpemidler på offentlige steder anses som offentlig fremføring er at også selve utplasseringen av avspillingsutstyr på slike steder omfattes av eneretten, så fremt allmennheten på denne måten får umiddelbar tilgang til åndsverk. (...)»³³

³¹ Ibid.

³² Rognstad (2009) s. 174.

³³ Ibid s. 180.

Rognstad begrunner dette med at det motsatte alternativet ville åpne for en urimelig omgåelse av eneretten og dermed vederlagsretten. Til støtte for at dette er rett løsning, viser Rognstad til Jukeboksdommen fra 1964,³⁴ samt den svenske NJA 1980 s.123 (Mornington).

Dette kom på spissen i den forholdsvis ferske TAHER-2012-73209. Saken gjaldt tre hovedtemaer: Hvorvidt bilutleie skal anses som fremføring, om fremføringen i så fall er offentlig, og om bilutleiingen var tilstrekkelig nær verkstilgangen. Disse temaene vil bli behandlet senere i avhandlingen. Dommen har forøvrig blitt kritisert i teorien,³⁵ ikke uten grunn. I denne dommen anførte saksøker (Gramo) at Jukeboksdommen er et prejudikat på at utplassering av avspiller- eller mottaksutstyr på offentlige steder må anses som en fremføring. Det blir ikke utfordret av motparten, og tingretten legger dette til grunn. Jeg mener at grunnlaget for å hevde dette er svakt, og at det er uheldig om dette er en oppfatning som fester seg. For det videre er det nødvendig å beskrive jukeboksdommen nærmere.

3.2.1 Jukeboks

Saken gjaldt en mann som hadde satt ut og driftet en jukeboks i en hotellkafé. Hotelleieren stilte med lokale og elektrisitet, og fikk en femtedel av jukeboksens spilleinntekter som vederlag. Mannen ble ilagt et forelegg for å ha forsettlig krenket opphavsmennes enerett til å gjøre verk tilgjengelig for allmennheten. Mannen mente at det ikke var ham, men hotelleieren som hadde gjort verkene tilgjengelige for allmennheten, og at forelegget dermed var rettet til feil person. Saken tilhører altså strafferetten, og partene var privatpersonen og påtalemyndigheten.

Oslo Byrett kom til at *«tiltalte i ervervsøyemed ved hjelp av jukeboks (...) fremførte musikkverker offentlig uten å ha tillatelse til dette fra verkernes opphavsmenn eller fra Tono som representant for disse, og uten å betale det vederlag som vanligvis kreves for slik tillatelse. Han har derved handlet i strid med [dagjeldende relevante bestemmelser], om opphavsmannens enerett til å gjøre sitt verk tilgjengelig for almenheten (...)»*.³⁶ Tiltalte ble idømt bot. Tono hadde også fremsatt krav. Retten slo fast at Tono hadde krav på erstatning for driften som hadde påløpt, men ikke at det var tilstrekkelig grunnlag for å tilkjenne Tono oppreisning.

³⁴ Rt. 1964 s. 782.

³⁵ Torvund (2013) s. 88.

³⁶ Rt 1964 s. 782, s. 786.

Tiltalte anket over lovanvendelsen, straffutmålingen, og «*avgjørelsen av det borgerlige rettskrav.*» Det hadde kommet frem i saken at kun et mindretall av verkene i jukeboksen var forvaltet av Tono eller nøytt rettsbeskyttelse i Norge, og at det således var feil i tiltalebeslutningen og at vilkårene for straff etter åndsverkloven ikke var til stede. Anken gjaldt med andre ord ikke spørsmålet om utplassering av avspillingsutstyr er å regne som offentlig fremføring, og denne problemstillingen har ikke blitt drøftet videre i dommen. Man kan innvende at Høyesterett hadde klart å gi uttrykk for det om de mente byrettens tilnærming til utplassering var uriktig, men ettersom anken ikke berørte problemstillingen er anledningen til å trekke inn andre spørsmål begrenset. Videre bør det påpekes at heller ikke byretten begrunner sitt standpunkt noe nærmere. Som rettskilde bør ikke denne dommen bli tillagt for mye vekt, og det er betenkelig at det ser ut til at både tingretten og motparten aksepterte hvordan den ble anvendt uten uttalte innvendinger.

3.2.2 Ulovfestede vilkår

Det er ikke slik at selve løsningen av problemstillingen er gal, eller at det ikke er andre kilder som støtter Rognstads syn. I Rt. 2005 s. 41 (Napster.no) anførte saksøker at utsetting av jukeboks er «*vurdert som fremføring av musikkverkene for allmennheten*»³⁷ Retten avgjorde imidlertid dommen på det subsidiære grunnlaget, og gikk ikke nærmere inn på denne anførselen. Det er likevel uheldig om jukeboksdommen blir stående som et prejudikat på at utplassering av alt avspillingsutstyr skal regnes som en fremføring. Det er behov for en tydelig og rimelig grense for å kunne sondre mellom tilfeller der teknisk utplassering er opphavsrettslig relevant, og når det ikke er det. Rognstads vilkår er at utplassering av avspillingsutstyr er en fremføringshandling såfremt det gir allmennheten *umiddelbar tilgang* til åndsverk.³⁸ I øvrig europeisk rett går det igjen at det er tilstrekkelig at avspillingsutstyr som mottar åndsverk er stilt til disposisjon for benyttelse av allmennheten. I Rafael Hoteles sier domstolen at «*the mere provision of physical facilities does not as such amount to a communication within the meaning of the Directive*», men at det var distribusjonen av tv-signalet via tv-apparatene som utgjorde en *communication to the public*.³⁹

³⁷ Rt. 2005 s. 41, premiss 20.

³⁸ Rognstad (2009) s. 180.

³⁹ C-306/05 Premiss 47.

3.2.2.1 Apparater med flere funksjoner

Rognstad peker også på et beslektet problem som blir styrket så lenge den teknologiske konvergensutviklingen går sin gang.⁴⁰ Personlig elektronikk blir i økende grad multirolleapparater som kan fremføre forskjellige typer verk. Det har også blitt vanligere å bære med seg slike multirolleapparater til enhver tid: Smarttelefoner har gått fra å være nisjeprodukter til å bli allemannseie. Alle datamaskiner, nettbrett og smarttelefoner kan hurtig og enkelt fremføre verk, i tillegg til å utføre en rekke andre oppgaver. De fleste av disse enhetene er i personlig eie, og blir dermed i utgangspunktet ikke brukt til å muliggjøre offentlige fremføringer. Det hindrer imidlertid ikke at spørsmålet er aktuelt: Mange offentlige steder, for eksempel biblioteker, tilbyr datamaskiner som publikum kan benytte seg av. Biblioteket er åpent for alle⁴¹, så når de brukes til fremføringer, vil fremføringene være offentlige. Dette har blitt adressert i forarbeidene til lovendringen i 2004-2005. Departementet la vekt på at det er opp til den enkelte bruker hvorvidt plattformen blir brukt til verksfremførelser, og mente at rettighetshaverne måtte «forholde seg til den som har gjort materialet tilgjengelig på internett, ikke den som stiller datautstyret til disposisjon.»⁴² En datamaskin eller tilsvarende apparat er en «nøytral» maskin som gjør det brukeren ber om. Jeg mener at departementets løsning i samsvar med tankegangen i Rt. 1995 s. 35 (Piratkort) og Rognstads vilkår om nærhet og umiddelbarhet til tilgangen. I korthet gjaldt dommen en straffesak mot en mann som blant annet hadde solgt smartkort til en signaldeko­der, slik at kjøperne fikk tilgang til betal-tv. Høyesterett kom til at mannen ved salget hadde skaffet kjøperne tilgang til tv-sendingene, men at hans handling ikke var så nær fremføringene at han måtte regnes som å ha fremført dem selv.⁴³ Piratkortene er kanskje avgjørende i tilgangen til tv-sendingene, men de gir ikke umiddelbar tilgang – blant annet fordi det kreves individuell innsats for å installere kortene. Et slikt fravær av umiddelbar tilgang er også tilfelle ved datamaskinbruk. En datamaskin kan brukes til mye forskjellig – fremføringen blir et resultat av brukerens individuelle innsats og tilgangen er dermed ikke umiddelbar. Torvund skriver at TONO har forsøkt å kreve vederlag for datamaskiner med

⁴⁰ Rognstad (2009) s. 181.

⁴¹ Om begrepet offentlig/allmennhet: Se del 4.

⁴² Ot.prp. nr. 46 2004-2005, side 23.

⁴³ Rt. 1995 s. 35 s. 37.

lydkort, men at de måtte trekke kravet.⁴⁴ For øyeblikket kan det i hvert fall se ut som om rettighetsorganisasjonene har akseptert at dette er tilstanden hva angår datamaskiner.

I TAHER-2012-73209 anførte saksøkte at siden man i biler også har «*en multimedieenhet med datateknologi, som radioenheten er en del av*»⁴⁵ så er radiomottageren en del av en multimediaenhet som er mer å regne som en datamaskin. Retten sluttet seg ikke til denne anførselen, og viste til at en slik multimediaenhet ikke gir «*tilgang til de samme funksjoner som en datamaskin med internettilgang gir.*»⁴⁶ Som nevnt over har saken blitt anket, så det er for øyeblikket uavklart om denne sondringen blir stående.

I europeisk rett er det også et vilkår at tilgjengeliggjøringen skal være et resultat av en bevisst inngripen.⁴⁷ I C-135/10 la retten vekt på om tilhørerne fikk tilgang til radiosendinger «*only as a result of the deliberate intervention of [initiativtageren].*»⁴⁸ En slik bevisst inngripen står igjen som et absolutt vilkår i flere saker. Det har så vidt jeg vet ikke blitt anført i norsk rett hittil, men det kan diskuteres om tilrådighetsstillelse av et apparat som har flere funksjoner, hvorav én er radioavspilling, kan karakteriseres som en «*deliberate intervention*». Det gjelder spesielt for den typen produkter som kommer levert med radioutstyr forhåndsinstallert, slik som mobiltelefoner og biler. Hvis kjøperen ikke har en rimelig opt out-mulighet mener jeg at handlingen vanskelig kan karakteriseres som «*deliberate*».

3.2.2.2 Spesialiserte apparater

Datamaskiners fleksibilitet gjør at de står i særstilling. Hvis det er avgjørende at tilgang til åndsverkene er betinget av bevisste valg, så kan situasjonen stille seg noe annerledes for apparater som er tilrettelagt kun for fremføring. Det vesentlige er her ikke at verkstilgangen er enklere,⁴⁹ men at de ikke kan brukes til annet enn verksfremføring. Her er det i større grad tale om *umiddelbar* tilgang til åndsverk. Slike apparater kan variere i form og egenskaper, men de har visse fellestrekk. De mest utbredte av disse apparattypene er nok fjernsyn, radioapparater/stereoanlegg og mp3-spillere.

⁴⁴ Torvund (2013) s. 88. Kilden utdyper imidlertid ikke omstendighetene rundt dette..

⁴⁵ TAHER-2012-73209, side 7.

⁴⁶ TAHER-2012-73209, side 13.

⁴⁷ Se nærmere 4.2.1.

⁴⁸ C-135/10, premiss 94.

⁴⁹ Dvs. krever færre tastetrykk.

De spesialiserte apparatene skiller seg også i to hovedtyper, etter hvilke verk som blir stilt til rådighet. Enten er verkstilgangen fiksert og lagret lokalt, eller så er verkstilgangen prisdigitalt hva enn som sendes i signalstrømmen enheten kobler seg opp til.⁵⁰ En jukeboks kan kun spille de platene den har, og en iPod kan kun spille det som ligger lagret. Fjernsyn og radio avspiller det som sendes på den frekvensen de er stilt inn på.

Hvis begrunnelsen for at utplassering av avspillingsutstyr skal være omfattet av eneretten til tilgjengeliggjøring er at det er så lite som gjenstår fra utplassering til fremføring, må vurderingstemaet i en konkret sak være *hvor lite som gjenstår*, altså hvor mye som kreves før verkene kan nås. Ved dedikerte avspillingsmaskiner vil verkene kunne nås bare ved å trykke på et par taster. Men ettersom datamaskiner med Internetttilgang, hvis utplassering ikke skal anses som fremføringshandling i følge departementet⁵¹ - også krever svært få operasjoner for å kunne fremføre verk, må det være noe annet som blir avgjørende i vurderingen.

Det blir da to momenter som bør bli tillagt vekt: I hvor stor grad den forutgående handlingen målrettet *tilrettelegger for verksfremføringer*, og hvor mange valgmuligheter sluttbrukeren har, slik at fremføringshandlingen i større grad skriver seg fra sluttbrukerens *individuelle handlinger*. Utplassering av apparater spesialisert for offentlig fremføring er også i større grad inngrep som er «*deliberate*», som *bevisst* gjør verk tilgjengelige.

3.3 Fremføring i elektroniske nettverk; lenking

3.3.1 Generelt

All visning og avspilling av åndsverk via elektroniske nettverk vil skje ved hjelp av tekniske løsninger, og vil dermed etter forarbeidenes definisjon⁵² være fremføringer. Ved bruk av slike nettverk; det være seg internettsurfing, intranett, peer-to-peer fildeling eller andre beslektede løsninger, er hurtig informasjonsspredning mulig i et betydelig volum. Slike overføringer kan nå frem til et stort antall mottagere, og på en måte som gjør det vanskelig for opphavsmannen ha kontroll på spredningen. Denne formen for fremføring er derfor praktisk viktig, og relevant i en tid der de fleste har tilgang til Internett.

⁵⁰ En kan tenke seg andre typer, men disse er de mest praktiske.

⁵¹ Ot.prp. nr. 46 2004-2005, s. 23.

⁵² Se del 3.1.

Overføring til allmennheten i nettverk kan skje på flere forskjellige måter. Det er imidlertid sikker rett at overføringer av denne typen er fremføringer i åndsverklovens betydning. Informasjonsteknologiens karakter gjør at utfordringen ligger i å klassifisere overføringene. All kommunikasjon i elektroniske nettverk er dataoverføringer, og følgelig kan for bred kategorisering gi et uforholdsmessig sterkt rettighetsvern. Strømming, lenking og forskjellige former for nettverksdeling er informasjonsteknologiske metoder som alle kan brukes til å gjøre verk tilgjengelige for allmennheten, men gjennom vidt forskjellige tekniske løsninger.

3.3.2 Hyperlenker – generelt om lenker

De fleste nettsider benytter seg av lenker, og så å si alle internettbrukere bruker lenker for å navigere nettet. Hyperlenker, i dagligtalen bare kalt lenker, er i utgangspunktet ikke mer enn en henvisning til hvor en ressurs kan hentes.⁵³ Rent teknisk gjør ikke en lenke annet enn å peke en nettleser eller annet program til et sted en ressurs ligger lagret. Like fullt er lenking til samlinger åndsverk en effektiv måte å gjøre et verk tilgjengelig til mange brukere, og nettsted som samler lenker til et stort antall verk kan undergrave markedet for rettighetshaverne. Spørsmålet er om å legge ut lenker til adresser der beskyttede verk er tilgjengelige for allmennheten er en tilgjengeliggjøring/fremføring i åndsverklovens forstand. Det er to motstridende syn på hvordan lenking bør håndteres; den tekniske innfallsvinkelen er å se på lenker som en nøytral henvisning uten opphavsrettslig relevans, som kartotekreferanser eller et GPS-koordinat; eller en mer sluttbrukerorientert tilnærming som vektlegger at hyperlenker i praksis er måten nettverksbrukere får tilgang til andre ressurser, herunder åndsverk og dermed *må* omfattes av eneretten.⁵⁴ Dette er en vanskelig problemstilling, blant annet fordi løsningen kan få store konsekvenser for rettighetene på Internett: Etersom opphavsmannen har enerett til offentlig fremføring etter åndsverkloven. § 2, vil *hvert eneste tilfelle* av lenking til et åndsverk⁵⁵ kreve forhåndsinnhentet samtykke av opphavsmannen. Dette vil ikke bare gjøre det som hittil har vært normal bruk av Internett særs vanskelig, men trolig medføre en omfattende byrde for de opphavsmennene som må forvalte et potensielt enormt antall henvendelser. Den

⁵³ Jamfør <http://no.wikipedia.org/wiki/Hyperlenke>: «En hyperlenke (...), er en henvisning i et hypertekstdokument til et annet dokument, eller en annen ressurs. (...) [Lenker] brukes til å hente ressursen det blir henvist til. Dette kan i sin tur lagres eller vises som en del av dokumentet som inneholder henvisningen.»

⁵⁴ Rognstad (2009) s. 183-184.

⁵⁵ Med unntak av sekundærutnyttelse av lydopptak, jf. § 45b. Vederlagsretten vil imidlertid bestå.

motsatte løsningen – at lenking ikke er en opphavsrettslig relevant handling – vil gjøre det mulig for andre å lenke til åndsverk og på den måten gjøre dem tilgjengelige til allmennheten og samtidig omgå opphavsmannens enerett.

Situasjonen blir ytterligere komplisert av at prosessen er vanskelig å forstå uten en viss teknologisk innsikt – en lekmann vil oppleve at en link opererer på en ganske annerledes måte enn hva den tekniske prosessen egentlig gjør.

En lenke er altså en henvisning til en ressurs som kan nås via et nettverk hvis man er i besittelse av denne lenken. Disse ressursene ligger lagret på en serveradresse, og kan nås ved å angi en tekst- eller tallkode, en URL.⁵⁶ I utgangspunktet er en lenke en URL som er angitt på en slik måte at den gjenkjennes som en henvisning. Den vanligste formen for lenker er den klikkbare hyperlenken som lar nettleseren til å hente inn en ny nettside. Andre måter å kode henvisningene på kan skjule URL-teksten bak annen tekst for å forbedre lesbarheten i dokumenter,⁵⁷ eller be operativsystemet om gjøre visse handlinger, som å åpne epostprogram for å skrive epost til en spesiell mottager. Det har blitt vanlig at programvare som nettlesere og tekstbehandlere automatisk gjenkjenner slike henvisninger og presenterer det som klikkbare lenker uten at de ble kodet som lenker i utgangspunktet.

3.3.3 Lenking i teorien

Det går et grunnleggende skille mellom å anse den lettere tilgangen en lenke kan gi som en tilgjengeliggjøring, eller å se på det som en henvisning til noe som finnes et annet sted.

Professor Olav Torvund slutter seg til synspunktet om at lenker kun er henvisninger.

«Hvis man skulle velge den rettslige løsning at en nettadresse ikke er en tilgjengeliggjøring av det verk det refereres til mens en lenke er det, da tar det neppe lang tid før alle nettlesere gir brukeren muligheten til å velge at alle nettadresser skal gjøres om til lenker. (...) Det vil være vanskelig å håndtere et slikt skille og det vil være meningsløst å innføre en regel som gjøre (sic) det nødvendig å forsøke.»⁵⁸

Torvund bruker imidlertid en annen terskel når han behandler hotlinking.⁵⁹ Han erkjenner at han ikke klarer å formulere gode argumenter for hvorfor det stiller seg annerledes, men at det

⁵⁶ En URL ser gjerne slik ut: www.uio.no.

⁵⁷ Da ser det gjerne [slik](#) ut.

⁵⁸ Torvund (2005) s. 440.

⁵⁹ Lenker som automatisk henter inn ressurser fra eksterne sider, uten at brukeren må gjøre noe aktivt.

er en viktig forskjell. Her blir terskelen hvorvidt innlastingen skjer automatisk når brukeren åpner nettsiden eller om brukeren har foretatt et valg, eller i det minste gjort noe selv for å komme til åndsverket.⁶⁰

Professor Ole-Andreas Rognstad heller mot at det er det andre synspunktet; at prosessen slik den fremstår for sluttbrukeren skal være avgjørende. I en artikkel⁶¹ som analyserer og kritiserer Rt. 2005 s. 41⁶² argumenterer han for at det er sluttbrukernes opplevelse som må legges til grunn:

*”For å unngå inkonsekvens ved praktiseringen av åvl. § 2 må man etter min mening skjære igjennom de tekniske forhold som kan forlede en til å oppfatte linkene som rene henvisninger. Den praktiske realitet er selvfølgelig en helt annen, idet utplasseringen av linkene innebærer at verket plasseres rett ’foran nesa’ på brukerne, (...)”*⁶³

Torvund legger vekt på at å ta utgangspunkt i noe annet enn hvordan de underliggende tekniske prosessene er ordnet vil gi en del vanskelige grensedragnings spørsmål, og åpne for å kunne omgå lovgivningen ved å bruke tekniske proformaløsninger. Rognstad legger på sin side vekt på at et fokus på de tekniske løsningene innebærer en omgåelse av den praktiske realiteten. I siste utgave av *Opphavsrett* (2009) er problemstillingen behandlet mer nøkternt:

*«Spørsmålet om bruk av linker (...) kan fremstå ulikt fra to helt motsatte synsvinkler. (...) Så vel nordisk som internasjonal rettspraksis (og rettslitteratur) avspeiler denne ambivalensen i betraktningmåter.»*⁶⁴

Etter å ha gjennomgått rettspraksisen på området er den forholdsvis moderate konklusjonen:

*«Inntil videre kan det nok derfor hevdes at det er sterkest holdepunkter for at utlegging av linker i sin alminnelighet ikke skal anses som omfattet av fremføringsretten etter norsk rett.»*⁶⁵

⁶⁰ Torvund (2005) s. 442.

⁶¹ Rognstad (2005).

⁶² Se også 3.3.4.1.

⁶³ Rognstad (2005) s. 355.

⁶⁴ Rognstad (2009) s. 183-184.

⁶⁵ Ibid s. 185.

3.3.4 Rettspraksis om lenking

3.3.4.1 Napster.no

Den viktigste dommen i norsk rett om denne problemstillingen er Napster.no⁶⁶ fra 2005. Saken gjaldt nettstedet Napster.no som viste en samling lenker som pekte til åpent tilgjengelige åndsverk. Spørsmålet som ble reist av partene var hvorvidt dette var en tilgjengeliggjøring til allmennheten, men saken ble avgjort på det subsidiære grunnlaget.

Eieren av nettstedet Napster.no ble i 2002 stevnet av TONO og flere plateselskaper med krav om erstatning for at nettsiden lenket til opphavsrettslig beskyttede musikkverk. Tingretten fant at nettsidens bruk av «direktelenker eller dyplinker» var en offentlig fremføring.⁶⁷ Eieren anket saken, og lagmannsretten la til grunn at lenkingen kun pekte til verk som allerede hadde blitt tilgjengeliggjort, og at det dermed ikke var tale om fremføring. Saket ble anket igjen, og tatt opp til høyesterettsbehandling.

Dommen er viktig på opphavsrettens område først og fremst fordi den stadfester at lovens «tilgjengeliggjøring for allmennheten» er et teknologinøytralt begrep,⁶⁸ hensynet til nordisk rettsamarbeid⁶⁹, og at første gangs offentliggjøring ikke konsumerer opphavsmannens enerett.⁷⁰ Høyesterett avgjør imidlertid anken på subsidiært grunnlag, og unngår dermed å fatte en beslutning om hvorvidt lenking er en tilgjengeliggjøring eller ikke.

Førstvoterende dommer Gussgard drøfter likevel relevante momenter ved problemstillingen, og dommen bør derfor bli ilagt en viss vekt ved senere domstolsbehandling av tilsvarende saker. Retten vurderer lignende utenlandsk rettspraksis, blant annet den svenske Tommy Odommen, der Högsta Domstolen slo fast at lenking var en «offenligt framförande». Denne saken gjaldt også bruk av en hjemmeside for å gjøre lydfiler tilgjengelige ved lenking, men førstvoterende ilegger den mindre vekt enn hensynet til nordisk rettsenhet skulle tilsi: «*Men Högsta domstolens avgjørelse har blitt kritisert, og i den juridiske litteratur er meningene delte om ansvar for lenking.*»⁷¹ Førstvoterende viser også til at lenking ikke anses som til-

⁶⁶ Rt. 2005 s. 41.

⁶⁷ Ibid premiss 8.

⁶⁸ Ibid premiss 42.

⁶⁹ Ibid premiss 53. Dog også at rettsamarbeidet ikke nødvendigvis skal ha avgjørende vekt.

⁷⁰ Ibid premiss 43.

⁷¹ Ibid premiss 53.

gjengeliggjøring i tysk rett, og siterer begrunnelsen for dette i en norsk oversettelse av Bundesgerichtshof 17. juli 2003 (Paperboy).

Førstvoterende trekker også frem et spesielt problem som Tommy O ikke behandler:

«[M]usikkfilene også ville ha kunnet nås ved opplysning på napster.no om deres webadresser. Disse webadressene er ganske visst kompliserte som tekst betraktet, men å kopiere dem og legge dem inn i adressefeltet, er enkelt. Det vil gi samme direkte tilgang.»⁷²

Som nevnt over treffer Høyesterett ingen avgjørelse om lenkingen i denne dommen, men drøftelsen av den prinsipale anførselen trekker i retning av at enkle linker ikke bør anses som tilgjengeliggjøring til allmennheten.

«For meg står det ikke som avgjørende om det dreier seg om den ene eller den andre av de nevnte lenketyper, heller ikke om brukeren teknisk sett « befinner seg » på egen pc, på napster.no eller om han er « flyttet » til den websiden det er lenket til. Det er vanskelig å se at dette bør være avgjørende for om verket må anses for å være tilgjengeliggjort for allmennheten i åndsverkslovens forstand. Avgjørende må være hvordan teknikken virker – om og hvordan tilgang gis.»⁷³

Førstvoterende dommer ser ut til å tendere mot den tekniske innfallsvinkelen med lenken som henvisningsreferanse, og begrunner dette med retts teknisk pragmatisme: «[Programvare som automatisk omdanner nettadresser til lenker] kan skape problemer om en henvisning på dette grunnlag skulle ses som en tilgjengeliggjøring.»⁷⁴ Videre nevnes den strafferettslige siden ved krenkelser av opphavsmannens eneretts som et aspekt som behøver gode grunner for å utvide eneretten⁷⁵, samt at tilgjengeliggjøring fordrer forutgående samtykke og dermed kan avgjørelsen medføre omfattende konsekvenser for lovlig bruk av Internett.

Napster.no-dommen er altså varsom med å avgjøre lenkings opphavsrettslige status, og dommen tjener i så måte best til å belyse de relevante momentene ved problemstillingen. Selv om førstvoterende ser ut til å argumentere i retning av at lenking ikke skal anses som offentlig fremføring i henhold til åndsverkloven. § 2 (3), bør dette etter min vurdering ikke bli ilagt mer vekt enn det som følger av argumentasjonens overbevisningsevne.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid premiss 47.

⁷⁴ Ibid premiss 55.

⁷⁵ Ibid premiss 54.

Det kan for øvrig bemerkes at Trondheim tingrett la vekt på Høyesteretts obiter dicta om lenking i Napster.no, i TTRON-2004-85946. Saken gjaldt en søketjeneste for boligannonser, og motparten anførte også blant annet brudd på databasevernet og markedsføringsloven. Tingretten viste til Napster.no-dommen og uttalte at «*Det å gjøre en webadresse kjent ved å gjengi den, er klart ikke tilgjengeliggjøring, og det kan ikke stille seg annerledes ved at adressen angis som en hyperlink på en webside.*»⁷⁶

Supersøk fikk medhold hva angikk tilgjengeliggjøringen av hyperlenkene, men tapte likevel saken. De anket, men spørsmålet om lenking ble ikke nærmere behandlet av Frostating. Spørsmålet om lenking er således fortsatt uavklart i norsk rett, noe som samsvarer med de overnevnte artiklers uenighet og Rognstads avsluttende ord om temaet i *Opphavsrett*.⁷⁷

3.3.4.2 Retriever (Svensson)

13. februar fattet EU-domstolen en prejudisiell avgjørelse i C-466/12 (Retriever). Retriever er eid av telegrambyråene NTB og TT, og tilbyr blant andre tjenester automatisk medieovervåking.⁷⁸ Tjenesten samler og arkiverer nyheter fra forskjellige aviser fortløpende og automatisk, og sorterer dem slik at ulike bransjer får rask tilgang til relevant presse.⁷⁹ Dette er nyttig for flere formål: For selskaper som vil få med seg medieomtale om firmaet, eller i foretak som ønsker å følge med på bransjerelevant utvikling. Retriever tilbyr en søkbar database med lenker direkte til artiklene hos de respektive nettavisene.

Fire svenske journalister, gikk til sak mot Retriever og krevde erstatning for den kompensasjonen de hadde gått glipp av ved at tjenesten tilbød hyperlenker som sendte brukere til artikler som saksøkerne holdt rettighetene til.⁸⁰ Retriever på sin side hevdet at «*provisions of Internet links*» til offentliggjorte verk på andre nettsider ikke påvirket verkenes opphavsrett, og at det uansett ikke var tale om videresending (*transmission*), men kun en henvisning til hvor verkene lå.⁸¹ Hovrätten ba om en prejudisiell avgjørelse, hvor følgende spørsmål gjaldt hvordan ordinær lenking skal anses:

⁷⁶ TTRON-2004-85946, premiss 109.

⁷⁷ Se 3.3.3.

⁷⁸ Jf. Retrievers hjemmeside.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ C-466/12 premiss 2.

⁸¹ Ibid premiss 12.

“(1) If anyone other than the holder of copyright in a certain work supplies a clickable link to the work on his website, does that constitute communication to the public within the meaning of Article 3(1) of Directive [2001/29]?”⁸²

EU-domstolen stadfester at Infosoc-direktivets artikkel 3 (1) har to kumulative vilkår; at det foreligger en «*act of communication*», og at denne er «*public*». ⁸³ Deretter slår domstolen fast at «*an act of communication*» er et begrep som skal tolkes utvidende for å ivareta opphavsmennes rettigheter. ⁸⁴ Domstolen stadfester også at en handling som gir tilgang til et verk er en «*act of communication*» selv om ingen har benyttet seg av denne tilgangen. ⁸⁵ Det er altså tilstrekkelig at noen *potensielt* får tilgang. På bakgrunn av dette tar domstolen stilling til sakens faktum og slår fast:

*«It follows that, (...) the provision of clickable links to protected works must be considered to be ‘making available’ and, therefore, an ‘act of communication’, within the meaning of that provision.»*⁸⁶

Eu-domstolen slår altså fast at klikkbare lenker som henviser til beskyttede åndsverk skal anses som en «overføring til almenheten», og at en slik handling er opphavsrettslig relevant. Domstolen drøfter ikke konsekvensene dette slik Høyesterett gjorde i Napster.no, men omgår de potensielle følgeproblemer ved å innfortolke en konsumpsjonsregel for etterfølgende tilgjengeliggjøring til den samme allmennheten. Følgene av dette vil bli drøftet senere i avhandlingen.⁸⁷

3.3.5 Hyperlenkers status i norsk rett etter Retrieveravgjørelsen

Retriever-avgjørelsen leverer et sterkt holdepunkt for at utlegging av linker i sin alminnelighet skal anses som omfattet av fremføringsretten etter norsk rett. Avgjørelsens ordlyd er klar, så det må sterke grunner til for at norske domstoler skal avvike fra domstolens direktivtolkning.⁸⁸ Saken gjaldt en grunnleggende form for tilgjengeliggjøring. Ved at lenker som henvi-

⁸² Ibid premiss 13.

⁸³ Ibid premiss 16.

⁸⁴ Ibid premiss 17.

⁸⁵ Ibid premiss 19.

⁸⁶ C-466/12 premiss 20.

⁸⁷ Se 5.2 og 6.2-6.4

⁸⁸ Om eventuelt diskrepans mellom begrepene, se 1.3.3.1.

ser til tekstartikler på en måte som gjør det forholdsvis klart at brukeren har fått materiale fra en tredjeparts kilde skal anses som tilgjengeliggjøring, så taler det for at de tilfellene som i større grad truer opphavsmannens interesser også må anses som tilgjengeliggjøring. Slike tilfeller kan være lenker til multimediafiler som blir lastet inn på en slik måte at sluttbrukeren ikke får kjennskap til kildeplasseringen.

Saken gjelder ordinær lenking til tekstverk, og dette er en så pass utbredt bruk av lenker at det blir vanskelig for norsk rett å unngå å rette seg etter avgjørelsen ved å marginalisere faktum.⁸⁹

Retriervers saksgrunnlag gjelder en så grunnleggende bruk av Internett at det er vanskelig å ikke komme til at lenking er en form for fremføring samtidig som domstolens avgjørelse respekteres.

Hvorvidt dette kommer til å føre med seg en reell endring for norske opphavsmenn, eller europeiske internettbrukere for den saks skyld, vil tiden vise. Det er nok mest trolig at avgjørelsen fører til at den vesentlige krenkelsesvurderingen i konkrete tilfeller blir spørsmålet om fremføringseneretten har blitt konsumert.

⁸⁹ F.eks slik tingretten gjør med Tannlegeavgjørelsen i Leibilddommen.

4 Allmennheten

4.1 Generelt om begrepet

Opphavsmannens enerett omfatter retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten, jamfør åndsverkloven. § 2 første ledd. Av dette følger det at fremføringshandlinger fritt kan utføres om de ikke er offentlige, altså at de ikke når frem til allmennheten. Hva som ligger i begrepet «allmennheten» gir seg imidlertid ikke av seg selv. Begrepet må tolkes i sin historiske kontekst. Rognstad skriver at den originale teksten i åndsverkloven brukte begrepet «utenfor det private område», og at dette ble endret til «offentlig» og «allmennheten» i 2005, uten at dette fra lovgivers side var ment å medføre noen realitetsendring.⁹⁰ Spørsmålet blir så hva som må regnes å være innenfor det «private område». I utgangspunktet kan det sondres mellom privat som i konteksten privat sektor kontra offentlig sektor, og privat som i konteksten «innenfor hjemmets fire vegger.» Det følger av enerettens bakenforliggende hensyn at et vern mot kun utnyttelse fra forvaltningen ikke ville vært særlig hensiktsmessig. Diskusjonen i forkant av lovendringen gikk også på at man ønsket å favne en litt større krets enn familiekretsen,⁹¹ så det følger av denne sammenhengen at lovgiver søker å gjøre privatpersoners ordinære bruk tillatt.

Spørsmålet blir deretter hva som må falle innenfor slik ordinære bruk og dermed skal være unntatt opphavsmannens enerett. Dette beror på en konkret vurdering av den aktuelle fremføringen. I Rt. 1956 s. 633 (Bedriftsmusikk) slo Høyesterett fast at musikkfremføring over høytaleranlegg i store fabrikkhaller ikke var innenfor det private område. Måten Høyesterett drøftet problemstillingen gir veiledning for hvordan allmennhetsbegrepet skal anvendes i andre tvilstilfeller, og det har gjennom teori og praksis festnet seg visse momenter som må drøftes i en slik vurdering.

⁹⁰ Rognstad (2009) s. 187-188.

⁹¹ Ibid s. 188.

4.2 Vurderingens utgangspunkt

4.2.1 Hensikten ved fremføringen

Utgangspunktet for vurderingen av om en fremførings er offentlig, skal foretas ut fra hva som er hensikten med fremføringen, ikke slik resultatet av den blir. Rognstad viser til Knophs eksempel om sangeren som øver for åpne vinduer slik at folk på gaten utenfor kan høre det.⁹² Det ville ikke vært rimelig om den som kun mente å fremføre et verk for seg selv blir holdt ansvarlig for at uvedkommende også får tilgang til fremføringen. I motsatt tilfelle vil det være like urimelig om man kunne omgå opphavsmannens enerett ved å illojalt anføre at hensikten med fremføringen kun var til privat bruk. Rognstad bruker her et eksempel fra en engelsk sak, der et radioapparat sto i en kaféverts private stue, men på en slik måte at alle gjestene kunne høre det som ble spilt.⁹³

I europeisk rett er det et vilkår at verket når allmennheten som resultat av en bevisst inngripen fra initiativtagerens side. I C-135/10 (Tannlegekontor) legger retten vekt på at tannlegens pasienter kan lytte til verkene «*only as a result of the deliberate intervention of that dentist.*»⁹⁴ Om inngripenen fører til at allmennheten får tilgang til verket uten at dette var intensjonen ved inngripenen, er ikke inngripenen «deliberate».

I noen tilfeller kan dette bero på en skjønnsmessig vurdering av hva initiativtageren måtte ha ment med fremføringen, eller hvorvidt omstendighetene rundt fremføringen var av en slik art at initiativtageren burde ha innsett at verket ble gjort tilgjengelig for en utvidet krets.

I Rt 1970 s. 1172 (Roy's Place) la retten vekt på at den «*praktisk talt ubegrensede adgang for alle voksne, den beskjedne medlemskontingent og det betydelige antall inntegnede medlemmer, må etter min mening føre til at klubbens møter i forhold til avgiftsloven må karakteriseres som offentlige.*» (Min utheving.)⁹⁵ Saken gjaldt medlemskapsordningen i en ungdomsklubb, der det var så lett å bli medlem at klubben i praksis var åpen for alle. Kjennelsen gjaldt riktignok en annen lov, men som etter forarbeidene «*stort sett bør tolkes på samme måte som de tilsvarende begreper i åndsverkloven.*»⁹⁶ Det må være tilsvarende adgang til å skjære gjennom vikarierende hensikter eller uforsvarlige ordninger når gode grunner taler for det.

⁹² Ibid s. 189.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ C-135/10, premiss 94.

⁹⁵ Rt 1970 s. 1172, side 1173-1173.

⁹⁶ Ot.prp.nr. 10 (1956) s. 9.

4.2.2 Aktuelt eller potensielt publikum

Det er også et spørsmål om rettsanvenderen skal ta utgangspunkt i kretsen som får tilgang, eller kretsen som benytter seg av tilgangen. Ordlyden «offentlig fremføring» i åndsverkloven § 2 (3) gir liten veiledning. Det ligger i og for seg ikke noe krav om at tilgangen skal ha blitt benyttet i det overordnede begrepet «*tilgjengeliggjøring for almenheten*»; det er tilstrekkelig at åndsverket har blitt gjort tilgjengelig til allmennheten. Motsatt resultat vil føre til en vanskelig bevissituasjon for rettighetshaveren.

Rognstad skriver at en fremføring er offentlig «*så lenge den skjer på et sted der allmennheten som sådan har tilgang.*»⁹⁷ Torvund ser ut til å være av samme oppfatning: «*Et utgangspunkt er at man gjør verket tilgjengelig når man stiller verket til disposisjon, slik at andre kan skaffe seg tilgang til det. Om noen har benyttet seg av denne muligheten til å få tilgang til verket, er uten betydning.*»⁹⁸ Denne forståelsen legges også til grunn i norsk rettspraksis. Dommer som Napster.no, Leiebil, og Jukeboks er rettet mot handlingen som sådan, ikke mot følgene av den. Det samme utgangspunktet går igjen i europeisk rettspraksis.⁹⁹

4.3 Momenter ved vurderingen

4.3.1 Kretsens tilknytning

Som nevnt over viser bestemmelsens historiske opphav til at allmennheten er begrenset av den private krets.

Hva som ligger i dette blir delvis drøftet i Rt. 1953 s. 633 (Bedriftsmusikk). Førstvoterende uttalte at begrepet privat bruk ledet tanken hen til «*en snevert begrenset krets av personer som er knyttet sammen ved familie-, vennskaps- eller omgangsbånd.*»¹⁰⁰ Rognstad skriver at dette er en stadfestelse av Knophs maksime fra 1936. I forarbeidene til nåværende Åndsverklov viste komiteen til grensedragningen trukket opp av rettspraksis, og stadfestet på den måten tilnærmingen trukket opp i Bedriftsmusikk-dommen.¹⁰¹ Dommen gjaldt fremføring av musikk

⁹⁷ Rognstad (2009) s. 190.

⁹⁸ Torvund (2013) s. 87.

⁹⁹ I C-306/05, C-351/12, C-466/12 og C-162/10 er det tilgangen som sådan som problematiseres.

¹⁰⁰ Rt. 1953 s. 633, side 637.

¹⁰¹ Rognstad (2009) s. 188.

til arbeiderne ved flere større fabrikklegg. Førstvoterende uttalte at det finnes bedrifter «*hvor antall arbeidere og hvor og funksjonærer som beskjeftiger har adgang til å høre musikkfremføringen er så stort – ofte også vekslende – og deres **tilknytning innbyrdes** er så fjern at fremføringen ikke kan sies å ha den nødvendige private karakter, selv om det er så at bare bedriftens egne folk har adgang til fabrikkområdet.*» Videre erkjente dommer Thrap at det nok finnes arbeidsplasser «*som beskjeftiger et så lite antall arbeidere og hvor forholdene i det hele tatt er så intime at det vil være naturlig å jevnstille fremføringen med den som finner sted i familiekretsen eller er lignende sluttet lag.*»¹⁰² Knoph – og førstvoterende dommer Thrap – fremhever at det er riktig å trekke grensen for private fremføringer «*temmelig trangt*».¹⁰³ Sakens faktum gjaldt altså mange arbeidere i store fabrikkhaller, og det ble vurdert at de ikke hadde tilstrekkelig tilknytning. Den temmelig trange grensen ser ut til å ha blitt fulgt opp i praksis, slik at det skal mye til for at kolleger har den tilstrekkelige tilknytningen. Det er nok nytteløst å trekke opp et klart skille, men helt generelt må det innbyrdes forholdet mellom kollegene være *mer* enn det som følger av et normalt arbeidsforhold. At kollegene har god tone, deltar på julebord, firmafester og lønningspils er ikke tilstrekkelig, men hvis de også omgås i privat regi begynner tilknytningen å nærme seg tilstrekkelig nær.

Det er tilknytningen mellom det potensielle publikumet og fremføringens initiativtager som skal vurderes. På den måten kan levende musikk i et stort bryllup med 400 gjester være en fremføring innenfor den private sfære, mens levende musikk på et julebord med kun 15 gode venner og arbeidskolleger vil være en offentlig fremføring. I et stort bryllup vil mange av gjestene ikke kjenne hverandre fra før av, men de er samlet gjennom deres tilknytning til de som gifter seg. Kollegene vil kjenne hverandre godt, men de er samlet i jobb-kontekst, ikke på grunn av en tilknytning av privat karakter.

Det må også bemerkes at *fremførernes* tilknytning til fremføringens initiativtager ikke er relevant i denne vurderingen. Et band som er leid inn for å spille på en privat fest har ingen betydning for hvorvidt deres fremføring er offentlig eller ikke.¹⁰⁴

Det er ikke klart hvor langt disse vennskaps- og omgangsbåndene kan trekkes. Man kan ta med en annen venn til et privat arrangement, uten at den nye gjesten kjenner verten. Hva så om denne vennen får ta med en av sine venner, eller om også denne tar med en egen venn? Å

¹⁰² Rt. 1953 s. 633, s. 637.

¹⁰³ Ibid s. 638.

¹⁰⁴ Rognstad (2009) s. 189.

si noe generelt om når grensen overskrides blir vanskelig, og det er så vidt meg bekjent lite praksis om dette. Løsningen må bero på en konkret vurdering av det individuelle tilfelle, og vurdere om det i realiteten er tilgang for allmennheten. Problemstillingen er typisk for såkalte hjemme-alenefester, men av problemer som oppstår på slike arrangementer er nok de opphavsrettslige krenkelsene av underordnet viktighet for de involverte. Tilrådighetsstillelse i private nettverk eller nettsider med privat tilgang er et mer aktuelt eksempel, der skadepotensialet for opphavsmannen også er større. Også her er det vanskelig å si så mye generelt, så løsningen må komme ved en konkret vurdering av hvem som får tilgang og i hvilken grad andres tilgang skjer med tilrådighetsstillerens velsignelse.

Som nevnt over i del 4.2.2 skal vurderingen tas ut fra den kretsen som har fått tilgang, ikke de som har benyttet seg av tilgangen. Dette gjelder også i tilknytningsvurderingen, slik at det er tilknytningen mellom tilrådighetsstilleren og de som med rimelighet får tilgang til fremføringen som skal legges til grunn. I TAHER-2012-73209 (Leiebil) la tingretten vekt på at saksøkte tilbyr bilutleie til «*alle og enhver*» og at «*[b]ilutleieselskapenes kundekrets er åpen og udefinert.*»¹⁰⁵ Deler av dommen har blitt kritisert i rettsteorien,¹⁰⁶ men jeg mener at dette momentet er i tråd med norsk rettstilstand. I 13-146185TVI-AHER/1 (Ventemusikk) gjaldt musikkavspilling i telefonsentral til tilfeldige innringere. I denne saken har ikke saksøkte en gang protestert på at det gjaldt en offentlig fremføring.¹⁰⁷ En tilsvarende tilnærming er lagt til grunn i europeisk rett. I C-306/05 (Rafael Hoteles) kom dette ikke på spissen, men dommen bygger på den generelle tilgangen hotellet tilbyr sine gjester. En skarpere grense ble trukket opp i C-135/10 (Tannlegekontor) der Eu-domstolen slo fast at en tannleges kundekrets utgjorde en «*very consistent group of persons and thus constitute a determinate circle of potential recipients*».¹⁰⁸ Ettersom publikumskretsen fikk tilgang til musikken på grunnlag av et pasientforhold til tannlegen var ikke kretsen åpen og udefinert. Dette ble et moment som trakk i retning av at musikkavspillingen på tannlegekontoret ikke var «to the public». Etter denne avgjørelsen kan det ha blitt åpnet for at stamkunde-forhold, pasientforhold og lignende faste, forholdsvis tette forbindelser ikke skal regnes som allmennheten.

¹⁰⁵ TAHER-2012-73209 s. 16.

¹⁰⁶ Torvund (2013) s. 88-89.

¹⁰⁷ 13-146185TVI-AHER/1 side 6. Spørsmålet i saken var om det var saksøkte som hadde ansvaret for den offentlige fremføringen.

¹⁰⁸ C-135/10 premiss 95.

4.3.2 Kretsens størrelse

Hensikten med bestemmelsen er å forhindre at andre på urimelig måte kan undergrave opphavsmannens enerett. Jo flere individer som får tilgang til verket, jo større blir skadepotensialet. Like fullt er kretsens størrelse først og fremst et moment i vurderingen av hvorvidt det foreligger tilstrekkelig tilknytning. Igjen er Bedriftsmusikk-dommen den sentrale rettskilden:

«(...) [S]elve størrelsen av den personkrets det dreier seg om, vil måtte tillegges en meget vesentlig vekt ved bedømmelsen. Dette er ikke av den grunn at antallet av de deltagende personer i seg selv er avgjørende, men fordi tilknytningen mellom deltagerne innbyrdes i første rekke vil være avhengig av forsamlingens størrelse.»¹⁰⁹

Det er, som drøftet over, størrelsen på kretsen som *får tilgang* som er avgjørende, ikke størrelsen på kretsen som overværer fremføringen. Det er så vidt meg bekjent ingen *konkret* nedre grense for hva som kan regnes som «offentlig fremføring», i hvert fall ikke formet av rettspraksis. En viss nedre grense kan kanskje tolkes inn i bestemmelsens ordlyd, og Torvund viser i et eksempel til at utplassering av et radioapparat i et lite verksted der det kun jobber 3 personer, ikke er en offentlig fremføring. Tono inngikk i sin tid en avtale med Industriforbundet om fremføringer på arbeidsplassen til mer enn 30 personer. Det skal bemerkes at det er en privat avtale som ikke binder andre enn partene og ikke nødvendigvis bør brukes for å angi en tallmessig rimelighetsterskel.¹¹⁰

Det er lite trolig at dette spørsmålet vil bli besvart gjennom rettspraksis: En publikumskrets som er helt i randsonen for en nedre grense for offentlighetsbegrepet vil sjelden være interessant å stevne for retten. Med mindre det er mulighet for å skape en vidtrekkende presedens vil det ikke være økonomisk rasjonelt for en rettighetsorganisasjon å reise sak over en tvistegjenstand som ikke er verdt tids- og ressursbruken. Det er også helt generelt vanskelig å kvantifisere en helt rimelig grense fra domstolenes side.

I europeisk rettspraksis har Eu-domstolen stadfestet at begrepet «public» i Infosoc Artikkel 3 (1) viser til «*an indeterminate number of potential listeners, and in addition, implies a fairly large number of persons.*»¹¹¹ Domstolen går ikke inn på hvor stort antallet skal være for at det skal anses som ‘fairly large’, men slår fast at uttrykket indikerer en viss *de minimis*-terskel

¹⁰⁹ Rt. 1953 s. 633, side 637.

¹¹⁰ Torvund (2013) s. 91-92.

¹¹¹ C-135/10, premiss 84.

som utelukker «*groups of persons which are too small or insignificant.*»¹¹² Domstolen viser til flere momenter som trekker i retning av at fremføringen ikke er «to the public», men hva gjelder *de minimis*-terskelen viser de til at det generelt kun er én pasient på venterommet til enhver tid.¹¹³ Det kan tas til inntekt for at én tilhører er et så lavt antall at det uansett tilknytning for øvrig er så lite at det ikke kan regnes som «to the public.» Jeg tør våge å utlede av dette at også 2-3 tilhørere vil være under den kvantitative terskelen, ettersom (i hvert fall ved norske tilsvarende kontorer) det ikke er uvanlig at pasienter noen ganger kommer for tidlig eller må vente på at timen skal starte, og at pasientene får følge av en venn eller foresatt. Domstolen går heller ikke inn på hva de mener med en «too insignificant» krets, men det kan tolkes slik at det åpnes for at noen typer tilhørere skal få mindre vekt ved størrelsesvurderingen. Det er klart at ikke alle som kan nyte et åndsverk er potensielle kjøpere, på grunn av alder, funksjonsnedsetthet eller annet, og at verkstilgang til disse i liten grad vil skade opphavsmannens interesser.

4.3.3 Sammenlöp ved fremføringene

Ettersom publikumskretsens størrelse har innvirkning for hvorvidt fremføringen skal anses å være offentlig eller ikke, er det nødvendig å vite hva som skal regnes som en individuell fremføringshandling, altså hvor skillet skal gå mellom flere likeartede fremføringshandlinger. I utgangspunktet er dette et spørsmål om fremføringshandlingene skal ses samlet fra ståstedet til den som gjør verket tilgjengelig, eller hvordan fremføringen fremstår hos mottager. I Straffelovens forarbeider er det førstnevnte synspunkt uttrykt:

*«Den som gjør seg næring av å selge piratdekodere, foretar imidlertid ofte en rekke salg med kort tids mellomrom. (...) Alle salg må i slike tilfeller ses under ett. Når det totale salget overskrider grensen for privat bruk, vil åndsverklovens regler komme til anvendelse.»*¹¹⁴

I Rt. 1995 s. 35 (Piratkort) så imidlertid Høyesterett bort fra denne lovforståelsen, da de kom til at det ikke var tilstrekkelig nærhet mellom tiltaltes handlinger og fremføringene.¹¹⁵

¹¹² Ibid premiss 86.

¹¹³ Ibid premiss 96.

¹¹⁴ Ot.prp.nr.4 (1994-95) side 49.

¹¹⁵ Rt. 1995 s. 35, side 37. Se også 5.3.

Formålet ved opphavsmannens enerett er å verne opphavsmannens interesser på en rimelig måte. Om man kan omgå eneretten ved å pulverisere mottagerkretsen ved flere enkeltvis fremføringer, vil det kunne undergrave opphavsmannens vern. Det er imidlertid krevende å trekke opp en generell grense som gir et rimelig resultat i alle tilfeller, og det kan lede til resultater der de isolerte tilfellene kan oppleves urimelige. Som nevnt over verserer det en sak mellom Gramo og leiebilbransjen om hvorvidt potensiell radioavspilling muliggjort ved utleie av biler utgjør en offentlig fremføring. At det skal være offentlig fremføring at én privatperson *kanskje* lytter til radioen alene i en leid bil, kan nok lett fremstå som urimelig.

Fremføringene kan også være pulverisert over tid. Musikk- og filmverk trenger av sin natur å bli fremført over en viss tid. Spesielt kringkastingssendinger går fortløpende, og selv om det til ethvert tidspunkt kanskje ikke er så mange som lytter til sendingen, så blir det samlede antallet tilhørere nødvendigvis større enn publikumskretsen som nyter verket *samtidig*.

Tendensen i europeisk rettspraksis er at sammenløpende fremføringer blir sett under ett.

4.3.3.1 Rafael Hoteles

Problemstillingen ble satt på spissen i C-306/05 (Rafael Hoteles); et hotell i Spania hadde tv-apparater på hvert rom. Hotellet ble saksøkt av rettighetsorganisasjonen SGAE med påstand om at dette var en «*communication to the public*» som krenket eneretten til opphavsmenn i SGAEs portefølje.¹¹⁶ Den spanske provinsretten ba om prejudisiell avgjørelse i tre spørsmål, hvorav to dreide seg om hvorvidt sending til hotellrom omfattes av begrepet «*the public*»:

“(2) *Is the fact of deeming a hotel **room to be a strictly domestic location**, so that communication by means of television sets to which is fed a signal previously received by the hotel is **not regarded as communication to the public**, contrary to the protection of copyright pursued by Directive [2001/29]?*

(3) *For the purposes of protecting copyright in relation to acts of communication to the public provided for in Directive [2001/29], can a communication that is effected through a television set inside a hotel bedroom be **regarded as public because successive viewers have access to the work?** ”(Min uthv.)¹¹⁷*

¹¹⁶ C-306/05 premiss 21.

¹¹⁷ Ibid premiss 23, spm. (2) og (3).

Den spanske provinsretten ba altså om en oppklaring på om kringkasting til hotellrom var en «*domestic location*» – innenfor den private sfære - og dermed ikke en «*communication to the public*», og videre om det forhold at suksessive tilskuere førte til at det likevel måtte anses som «*communication to the public*».

Eu-domstolen uttalte at det i sakens kontekst var nødvendig med en generell tilnærming, slik at det avgjørende ikke blir tilskuerne på hvert enkelt rom isolert, men det samlede antallet tilskuere på hotellet. Det ble også lagt vekt på at hotellets natur, med en jevn strøm av gjester og dermed også suksessive tilskuere førte til at det reelle antallet av tilskuere ble høyt.¹¹⁸

Domstolen slo videre fast at stedet fremføringen finner sted ikke er relevant for hvorvidt den må anses for å være «*public*» eller ikke.¹¹⁹

Eu-domstolens tolkning av direktivteksten er forholdsvis klar: *public*-vilkåret er gjenstand for en samlet vurdering av den totale kretsen som får tilgang til verket, uavhengig av om det skjer i små, avgrensede porsjoner. Fremføringen skal vurderes slik den sendes ut, ikke slik den blir mottatt. Den slår også fast at ved suksessive tilskuere, her i form av en strøm av gjester som sjekker ut og inn av hotellet, så skal det totale antallet legge grunnlaget for hvorvidt publikumskretsen er «*the public*». Det blir i hvert fall vanskelig å avvike fra dette på faktum som har hotellignende struktur. I C-351/12 (OSA) fra februar 2014 følger Eu-domstolen opp løsningen i Rafael Hoteles, og slår fast at den samme løsningen får anvendelse ved utplassering av fjernsyns- og radioapparater på rommene i et spahotell/kurbad på tross av at gjestene normalt blir værende noe lengre enn på vanlige hoteller.¹²⁰

4.3.3.2 Tannlegekontor (SCF)

Praksisen etter Rafaele Hoteles ble noe nyansert i 2012, etter EU-domstolens avgjørelse i C-135/10 (Tannlegekontor). Den italienske rettighetsorganisasjonen SCF stevnet en tannlege for brudd på eneretten til å formidle verk til allmenheten, ved at han lot spille musikk fra radio i sin private tannklinikk. Den lokale domstolen ba om en prejudisiell avgjørelse, der det blant annet ble spurt om musikkavspillingen på tannlegens kontor måtte anses som en tilgjengeliggjøring til allmenheten.¹²¹

¹¹⁸ Ibid premiss 38.

¹¹⁹ Ibid premiss 50-51.

¹²⁰ C-351/12 premiss 30.

¹²¹ C-135/10 premiss 35.

Eu-domstolen tok stilling til om radioavspillinger i en privat tannlegeklinikk til glede for pasientene, men uten at pasientene har mulighet til å påvirke avspillingen, utgjorde en *communication to the public*.

Avgjørelsen nyanserer vurderingen ved suksessive tilhørere slik den ble gjort i Rafael Hoteles. Som nevnt over legger den vekt på at den potensielle tilhørerkretsen er definert og forholdsvis lukket,¹²² men til forskjell fra Rafael Hoteles blir det tatt med i vurderingen at de individuelle lytterne får med seg forskjellige deler av det som kringkastes: «*Moreover, although there are a number of patients in succession, the fact remains that, as those patients attend one at a time, they do not generally hear the same phonograms, or the broadcast phonograms, in particular.*»¹²³ Saken er forholdsvis ny, og det er ennå ikke klart hvilken rekkevidde den får. Det gjelder et forholdsvis snevert saksforhold, så det kan godt tenkes at den er ment å få virkning kun for den type virksomheter som avgjørelsen omhandler. Det kan imidlertid også tenkes at EU-domstolen med denne avgjørelsen ønsker å myke opp rettstilstanden på området.

Denne, og den nyere Retriever-avgjørelsen¹²⁴ kan markere en oppmykning av praksis i retning av mindre omfattende vern av opphavsmannens enerett. Torvund argumenterer for at utviklingen til og med Rafael Hoteles har vært uheldig ved at man har gått forbi de faste og logisk konsistente holdepunktene for grensdragningen slik at vurderingen i større grad må gjøres ved synsing.¹²⁵ Jeg mener også at en skarpere grensdraging ved suksessive fremføringer har gode grunner for seg – i de tilfellene det lar seg gjøre. Når det gjelder kringkastingssendinger er det ikke sendingen som sådan som er vernet; opphavsmannens enerett knytter seg til de individuelle åndsverkene som blir fremført. Å vurdere suksessiv, men individuelt kortvarig og lite signifikant tilgang til en løpende fremføring samlet kan føre til at opphavsmennene blir tilgodesett i for stor grad. Det vil også være utfordrende, tilnærmet umulig, å sørge for at vederlag for fremføringen når frem til rett opphavsmann.

Den nye C-351/12 (OSA) kan tyde på at en slik oppmykning er ønsket, da den begrenser rekkevidden til Tannlegekontor-avgjørelsen. I avgjørelsen presiseres det at Tannlegekontor har

¹²² Se over i 4.3.1.

¹²³ C-135/10 premiss 96.

¹²⁴ Se nærmere 5.2.

¹²⁵ Torvund (2013) s. 90.

begrenset overføringsverdi til saker som gjelder anvendelsen av InfoSoc-direktivets artikkel 3(1).¹²⁶

Det er enn så lenge uklart hvordan dommen skal anvendes i norsk rett. Lagmannsrettens avgjørelse i anken av TAHER-2012-73209 (leiebil) foreligger om ikke så lenge, og kan kaste lys på hvordan, og om, Tannlegekontor-avgjørelsen blir fulgt i norsk rett.

4.3.4 Ulovfestet vilkår om profitt hensikt

I vurderingen av om en *communication er to the public* har de nyere Eu-dommene også lagt vekt på den økonomiske hensikten med fremføringshandlingen. Både i Rafael Hoteles og i Tannlegekontor bruker domstolen tid på å vurdere fremføringens ervervsmessige nytte som et i moment i hvorvidt opphavsmennene kan ha rett på vederlag.

Teksten i InfoSoc-direktivet artikkel 3¹²⁷ oppstiller ingen krav om at eneretten kun gjelder for de overføringshandlingene som skjer i ervervsøyemed. Dette er et domstolskapt moment i vurderingen av om handlingen er til allmenheten eller ikke, slik at jo viktigere ledd verksoverføringen er i den ervervsmessige tjenesten, jo mer trekker det mot at overføringen er til allmenheten.

I Rafael Hoteles la domstolen vekt på at hotelledelsens handling (å sette tv-apparater ut på rommene, samt signaldistribusjonen,) måtte ses på som en «*additional service performed with the aim of obtaining some benefit*»¹²⁸. Det poengteres at et gevinstmotiv for handlingen ikke er et absolutt vilkår for at det skal anses som en «*communication to the public*», men innføres som et moment i vurderingen. Domstolens rasjonale ser ut til å være at tilgangen på tv-sendinger har innvirkning på hvilken standard hotellet kan tilby. Dette fører til at hotellet kan tjene mer, og dermed er det rimelig å la opphavsmannen få en del av fortjenesten som har blitt muliggjort på grunn av utnyttelse av åndsverket.

Denne praksisen ble fulgt opp i Tannlegekontor. Domstolen vurderte om bakgrunnsmusikken tiltrakk seg flere pasienter eller om det gjorde det mulig for tannlegen å kreve høyere honorar; altså om verksutnyttelsen påvirker tannlegens inntekter. Den kom til at fremføringene ikke påvirket tannlegens tjeneste i tilstrekkelig grad.¹²⁹ For at en fremføring skal være «*of a profit-*

¹²⁶ C-351/12 premiss 35.

¹²⁷ DIR 2001/29/EF.

¹²⁸ C-306/05 premiss 44. Min utheving.

¹²⁹ C-135/10 premiss 97.

making nature» må den være rettet mot et publikum som er mottagelig, og «*not merely caught by chance*», altså ikke bare tilfeldigvis får med seg fremføringen.¹³⁰ Retten kom til at en tannlege verken kan forvente flere pasienter som følge av bakgrunnsmusikken, eller at bakgrunnsmusikken gjør hans tjenester så attraktive at han kan øke prisen. Radiospillingen påvirket altså ikke tannlegens omsetning.¹³¹ Ved at pasientene fikk tilgang til den avspilte musikken uten at de foretok noe selvstendig valg, og at selve det konkrete musikkverket de hørte var tilfeldig («*(...) access to certain phonograms by chance and without any active choice on their part,*») bestemt ut fra den tiden de var inne på kontoret, konkluderte retten med at tannlegens pasienter ikke var mottagelige for fremføringen («*receptive as regards the broadcast in question*»)¹³² Det forelå dermed ikke en fremføring som var «*of profit-making nature*»; et moment som trekker i retning av at fremføringen ikke var «*to the public*». Denne tilnærmingen kan muligens innfortolkes i eksisterende norsk lovgivning – ved at en offentlig fremføring må være en tilgjengeliggjøring *til* allmennheten.

Når det gjelder fremføring av kringkastingssendinger følger det av §45a første ledd bokstav c at kringkastingssendinger ikke kan gjøres tilgjengelige til allmennheten i «*ervervsøyemed*». Det er få norske dommer som omhandler dette, så innholdet i bestemmelsen er ikke uten videre klar. I 13-1461185TVI-AHER/1¹³³ ble ervervsøyemed drøftet som et relevant moment. I leiebildommen uttaler tingretten at det i europeisk rett er et ubetinget vilkår at handlingen vil gi en økonomisk fordel, men at det ikke fins et tilsvarende krav i norsk rett. Retten legger like fullt til grunn at kommersiell utnyttelse «kan være et viktig argument» og drøfter hvorvidt det er tilfelle i saken. Tingretten baserer denne oppfatningen på Tannlegekontor premiss 97-99, men jeg kan ikke forstå annet enn at de overser henvisningen i premiss 90 til Rafaele Hoteles premiss 44, som sier:

*«Therefore, even taking the view, as does [Eu-kommisjonen], that the pursuit of profit is not a necessary condition for the existence of a communication to the public, it is in any event established that the communication is of a profit-making nature in circumstances such as those in the main proceedings.»*¹³⁴

¹³⁰ Ibid premiss 91.

¹³¹ Ibid premiss 97.

¹³² Ibid premiss 98.

¹³³ Se 5.3.

¹³⁴ TAHER-2012-73209 side 15. Min utheving. Merk at premiss 99 viser til premiss 90.

Ettersom tingretten setter Tannlegekontordommen til side under henvisning til at den ikke kan anvendes, får ikke denne feilslutningen noen videre virkning, og retten går videre med å anvende økonomisk fordel som nettopp et moment i vurderingen.

I juridisk litteratur er ervervsøyemed sparsomt behandlet. Rognstad støtter seg på Knoph og mener at i visse tilfeller antagelig må «*falle tilbake til hensikten som det avgjørende kriterium.*»¹³⁵ Eksemplene gjelder de mer eller mindre uaktsomme fremføringene, og problematiserer ikke profitt hensikt spesifikt.¹³⁶ Det er ikke like enkelt å trekke paralleller til de tilfellene, som i dommene over, der fremføringene i og for seg ikke var uaktsomme, men snarere sekundære i forhold til primærtjenesten som blir ytt. Rognstad gir uttrykk for at det bør vises varsomhet i hvor grensen settes, og nevner spesifikt leiebilfirmaer som tilfeller som neppe bør gi grunnlag for vederlag – et synspunkt som Asker og Bærum Tingrett ikke deler.

Jeg mener at gevinstmotiv ved fremføringen kan være et relevant moment i vurderingen av om et konkret tilfelle av verksutnyttelse skal være omfattet av opphavsmannens enerett. Hvis et av hensynene bak opphavsretten er at det er opphavsmannen som skal ha lønn for sitt strev, så bør det vernes mot at andre begunstiges av verksutnyttelsen. Det bør være et relevant moment at tredjeparter kan tjene penger ved å på en eller annen måte benytte åndsverket. Tyngden av et slikt moment må bero på graden av økonomisk nytte tredjeparten får og hvor stor del av den samlede tjenesten fremføringen utgjør. Helt praktiske hensyn gjør seg også gjeldende: Paragraf 45a er en regel som krever forutgående samtykke – uten en nedre terskel for hva som regnes som i «*ervervsøyemed*» blir det nødvendig å ta kontakt med alle kringkastingsselskapene for å få lov til å videreformidle den kringkastede fremføringen. Konsekvensen av at Gramos linje i leiebildommen følges, er at leiebilselskapene i utgangspunktet må innhente samtykke fra kringkastingsselskapene hver gang de frembyr nye biler til utleie. Det samme gjelder andre foretak med lignende tilbud. Et eksempel som vanskelig kan oppleves rimelig er elektronikkforretninger som tilbyr mobiltelefoner med FM-mottager til leie eller utlån.¹³⁷

¹³⁵ Rognstad (2009) s. 189.

¹³⁶ Fremføringens hensikt er drøftet nærmere i 4.2.1

¹³⁷ F.eks ved reparasjon ifbm. reklamasjonssaker.

5 Øvrige vurderingstemaer

5.1 Innledning

Det er også noen momenter som ikke knytter seg spesifikt til ett av komponentordene, men som likevel gjelder anvendelsen av begrepet «offentlig fremføring». Disse gjelder om og hvordan det samlede begrepet får anvendelse.

5.2 «Ny allmennhet»

Som nevnt over konsumeres ikke eneretten til å gjøre verk tilgjengelige til allmennheten etter første gangs fremføring.¹³⁸ Dette er uproblematisk ved de fleste former for fremføring, men kringkasting og tilrådighetsstillelse i elektroniske nettverk byr på særskilte problemer. Ved disse fremføringstypene er verkene tilgjengelige på en slik måte at man kan koble seg opp til serveren eller kringkastingsstrømmen på flere forskjellige måter. Problemet blir å sondre mellom de tilfellene der det er rimelig å kreve vederlag for fremføringen, og tilfellene der vederlagsplikten i realiteten medfører at rettighetshaveren får betalt to ganger. Det er imidlertid også klart at det vil gi et urimelig resultat om fremføringsretten ubetinget ikke konsumeres. I tilfelle ville det være en selvstendig offentlig fremføring å sette ut et ekstra radioapparat i et rom i en kafé for å gi bedre lyd. Det må være en viss adgang til å subsumere etterfølgende fremføringshandlinger under den opprinnelige.

I leiebildommen uttales det at «*det sentrale er om lydopptakene gjøres tilgjengelige for et nytt publikum*», og videre at «*Ved slik avspilling formidles sendingen til et nytt publikum, som ikke ellers ville hørt på radio på det aktuelle stedet og det aktuelle tidspunktet*»,¹³⁹ under henvisning til Bedriftsmusikkdommen. Selv om tilhørerne generelt kan ha tilgang på den samme kringkastede sending, for eksempel ved apparater de disponerer hjemme, ser slutningen ut til å være at de er et nytt publikum om de ikke har tilgang på sendingen i den situasjonen de er i når fremføringen mottas; eksempelvis på jobb eller i bil. Dette sies for øvrig ikke i klartekst i Bedriftsmusikkdommen.

Kravet om at en sending må nå et nytt publikum er en doktrine som går igjen i europeisk praksis, og er dermed en fravikelse fra ordlyden i Infosoc-direktivets Artikkel 3 (3). I Rafaele

¹³⁸ Se 2.2.3.

¹³⁹ TAHER-2012-73209 side 10.

Hoteles viser domstolen til Bernkonvensjonens artikkel 11bis (1) (ii), og slår fast at «*such a transmission is made to a public different from the public at which the original act of communication of the work directed, that is, to a new public.*»¹⁴⁰ Ved at gjestene ikke hadde hatt tilgang på sendingene uten hotellets inngripen, blir gjestene en «new public»: «*The hotel is the organisation which intervenes, (...) to give access to the protected work to its customers. In the absence of that intervention, its customers, although physically within that area, would not, in principle, be able to enjoy the broadcast work*»¹⁴¹ Det er altså ikke avgjørende om gjestene eventuelt har tilgang til sendingene i sine hjem. I Tannlegekontoravgjørelsen ble også denne doktrinen til grunn, uten at det ble avgjørende i den saken.¹⁴²

C-162/10 (PPL) gjaldt også kringkasting til hotellrom; den irske rettighetsorganisasjonen PPL gikk til sak mot staten med påstand om at en lov var i strid med Utleiedirektivet.¹⁴³ Denne loven lot hoteller og lignende virksomheter slippe å betale vederlag for å gjøre kringkastede verk tilgjengelige på rommene.¹⁴⁴ EU-domstolen stadfestet at når hotellene videresender kringkastede verk er de en «user» som gjør et verk tilgjengelig («*making 'communication to the public'*») også i Utleiedirektivets forstand. I avgjørelsen slår domstolen fast at tidligere rettspraksis har gjort det klart at en fremføring må nå en «new public», altså en allmenhet som «*was not taken into account by the authors of the protected work when they authorised its use by communication to the original public.*»¹⁴⁵ Avgjørelsen stadfester at en offentlig fremføring må nå en publikumskrets som opphavsmannen ikke regnet med da den primære tilgjengeliggjøringen ble godkjent. Når det gjelder tv-sendinger videreformidlet til hotellrom kom domstolen til at det var tale om «*a public which is distinct from and additional to the one targeted by the original act of communication.*»¹⁴⁶ Ettersom PPL gjaldt lovligheten av nasjonal lovgivning, og gjennomførte ikke retten en konkret vurdering av hva som ligger i nyhetskravet. Avgjørelsen gjelder også et annet direktiv enn InfoSoc-direktivet, og markerer ingen reell end-

¹⁴⁰ C-306/05 premiss 40.

¹⁴¹ Ibid premiss 42.

¹⁴² C-135/10 premiss 82.

¹⁴³ DIR 2006/115/EF.

¹⁴⁴ C-162/10 premiss 15-16.

¹⁴⁵ Ibid premiss 49.

¹⁴⁶ Ibid premiss 50.

ring fra rettstilstanden etter Rafael Hoteles. Den samme praksisen blir fulgt i OSA-avgjørelsen.¹⁴⁷

I C-466/12 (Retriever)¹⁴⁸ behandlet EU-domstolen spørsmålet om publisering av klikkbare (ordinære) hyperlenker var en «*communication to the public*» etter Infosoc-direktivet. I tillegg til å slå fast at lenking er en tilgjengeliggjøringshandling, slo domstolen også fast at siden lenkene allerede hadde blitt publisert på Internett hadde kravet om samtykke hos opphavsmannen bortfalt. Ettersom artiklene lenkene pekte til allerede lå fritt tilgjengelig på Internett, hadde de allerede blitt gjort tilgjengelige til (den) allmennheten, og det var følgelig ikke lenger en «*new public*»:

*«In the circumstances of this case, it must be observed that making available the works concerned by means of a clickable link, such as that in the main proceedings, does **not** lead to the works in question being **communicated to a new public**.*

The public targeted by the initial communication consisted of all potential visitors to the site concerned, since, given that access to the works on that site was not subject to any restrictive measures, all Internet users could therefore have free access to them.

(...)

*Therefore, since there is no new public, the authorisation of the copyright holders is **not required** for a communication to the public such as that in the main proceedings.»¹⁴⁹*

I avgjørelsen heter det at tilgjengeliggjøring til en *ny krets* er en forutsetning for at handlingen skal falle under InfoSoc-direktivets begrep «*communication to the public*.»¹⁵⁰ I lys av PPL og Retriever har Eu-domstolen innført, eller i alle fall bekreftet, en ulovfestet konsumpsjonsregel som går foran ordlyden i InfoSoc-direktivet artikkel 3 (3).

Disse avgjørelsene trekker i retning av at eneretten til å gjøre verk tilgjengelige til allmennheten konsumeres i den form som gjøres tilgjengelig for den krets som får tilgang.

Grensen som trekkes i Retriever er overraskende vid, ettersom kretsen som har blitt gitt tilgang omfatter alle generelle internettbrukere. Terskelen Eu-domstolen setter er kun avgrenset

¹⁴⁷ C-351/12 premiss 31.

¹⁴⁸ Se også 3.3.4.2.

¹⁴⁹ C-466/12 premissene 25-26, 28. Min utheving.

¹⁵⁰ Ibid premiss 24.

av lenker som medfører omgåelse av en form for tilgangssperre.¹⁵¹ Det er ikke klart om denne terskelen kan overføres til tilgjengeliggjøring på andre områder enn elektroniske nettverk. Retriever- og Tannlegekontor-avgjørelsen kan se ut som at Eu-domstolen er i ferd med å endre kurs i retning av å innskrenke rettighetshavernes enerett. Tannlegekontor-avgjørelsen gjaldt et forholdsvis snevert sakskompleks, men Retriever gjelder vanlig internettbruk: Ordinær lenking til skrevne artikler. Ettersom de fleste sider på internett har et tekstelement¹⁵² vil dette i realiteten gjelde en omfattende del av Internettet. Det er imidlertid vanskelig å tenke seg at dommerne i Luxembourg ikke har tatt høyde for dette, og i så måte kan avgjørelsen signalisere et bevisst taktskifte i opphavsmannens rettighetsvern.

5.2.1 Omgåelse av tilknytningsspørsmålet

Ved at «*new public*» er en forutsetning for at begrepet «*communication to the public*» i det hele tatt kommer til anvendelse,¹⁵³ oppstår et spørsmål om *new public*-doktrinen omgår hele tilknytningsvurderingen. Nyhetstjenesten Retriever driver med lenking som klart er i ervervsøyemed, til en stor, udefinert, åpen krets. Men om eneretten til offentlige fremføringen uansett er konsumert, vil ikke Retrievers hensikt lenger være relevant. Jeg syns det er vanskelig å tolke avgjørelsen slik at *new public*-doktrinen ikke omgår den øvrige tilknytningsvurderingen. Ved at en slik nærmere drøftelse av publikumskretsen omgås, omgås også muligheten til å foreta en rimelighetssensur. På den måten risikeres det at klart urimelige tilfeller av tredjeparts verksutnyttelse ikke kan angripes rettslig. De helt ekstreme tilfellene kan kanskje formodentlig angripes på andre grunnlag, men denne doktrinen kan ha vidtrekkende, og ikke nødvendigvis heldige konsekvenser.

¹⁵¹ Ibid premiss 31.

¹⁵² Riktignok har ikke alle disse tekstene tilstrekkelig verkshøyde, men det svekker ikke argumentet i noen vesentlig grad.

¹⁵³ C-466/12 premiss 24.

5.3 Krav om tilstrekkelig nærhet

En fremføring ved tekniske hjelpemidler er et resultat av mange ledd som på et eller annet vis har bidratt; tilrådighetsstillelse av apparatet og av åndsverket er alle nødvendige for verksfremføringen. Det må være klart at ikke alle handlinger som leder opp til at allmennheten får tilgang på et verk må omfattes av opphavsmannens enerett. Noe annet vil fort stride med den allmenne rettsoppfatning og vil forskyve betalingsbyrden langt ut i verksdistribusjonskjeden. Rognstad fremhever at det må gå en grense, og viser til Piratkortdommen.¹⁵⁴ Høyesterett kom til at det ikke var tilstrekkelig nærhet mellom salget og fremføringen til at mannen også hadde krenket noen opphavsrettigheter:

«Domfelte har nok ved salget av "smarkortene" gjort det mulig for kjøperne å skaffe seg tilgang til å se filmene, men jeg finner det anstrengt å si at han ved salget - som for øvrig i tid ligger forut for sendingen av filmene - selv har fremført dem.»¹⁵⁵

Resultatet ble da at ansvaret for fremføringen lå hos de individuelle kjøperne, og da var fremføringene innenfor den private sfære. Rognstad skriver at dommen kan tas til inntekt for at *«det må være en viss nærhet og umiddelbarhet mellom den aktuelle handling og allmennhetens tilgang til verket.»¹⁵⁶* Dette synspunktet er så vidt meg bekjent ikke bestridt. Når det gjelder en slik handling for fremføringsspørsmålet isolert sett må vurderingen altså ligge i hvor nær sammenheng den aktuelle handling er at åndsverk blir fremført.

I europeisk rett er det en del saker der retten vurderer om publikum får tilgang til en kringkastingssending som resultat av saksøktes bevisste inngripen. Vurderingstemaet er hvorvidt tilgangen til verket blir gjort mulig av at publikum som allerede befinner seg i dekningsområdet til en kringkastingssending får tilgang på mottagerapparater. Så vidt jeg vet er det ingen saker i europeisk rett der spørsmål om tilstrekkelig nærhet har blitt drøftet inngående.

I visse saker er det ikke problematisk å definere *om* det foreligger en fremføringshandling, det er derimot ikke opplagt *hvem* det er som skal ha ansvaret for fremføringen. Spørsmålet er beslektet med problemstillingen om utplassering av tekniske hjelpemidler¹⁵⁷, i den forstand at det ved tekniske hjelpemidler kan være uklart hvem som bør ha ansvaret overfor rettighetsha-

¹⁵⁴ Rt. 1995 side 35. Se også 3.2.2.1.

¹⁵⁵ Rt. 1995 s. 35, side 37.

¹⁵⁶ Rognstad (2009) s. 181.

¹⁵⁷ Se 3.2.

vere. Ettersom ansvaret ikke bare gjelder for selve fremføringshandlingen, men også for at fremføringen når allmennheten, kan denne vurderingen være utfordrende.

I europeisk rett kan ansvars plasseringen forankres i hvorvidt den som gjør en kringkasting tilgjengelig er en «user» i utleiedirektivets kontekst, der det direktivet får anvendelse.¹⁵⁸ Ansvaret kan også plasseres hos den som i størst grad har gjort verket tilgjengelig ved sin bevisste inngripen.¹⁵⁹

Jukeboksdommen¹⁶⁰ dreide seg om en jukeboks som ble driftet av én person, mens en annen lot den stå i sin hotellkafé mot en andel av jukeboksens inntekter. Det var mannen som driftet jukeboksen som ble tiltalt for ulovlig offentlig fremføring, men han hevdet at dette ikke var tilfelle, og at det var hotelleieren som ga offentligheten tilgang, og at ansvaret for fremføringen derfor måtte ligge hos ham. Byretten fant at dette ikke var en holdbart anførsel, og at saken var rettet mot rett person.¹⁶¹

I en nylig avsagt dom¹⁶² måtte tingretten vurdere ansvars plasseringen ved avspilling av ventemusikk i en telefonsentral. Gramo stevnet Telenor med krav om stadfestelse av at det forelå vederlagsplikt for en ventemusikk-tjeneste Telenor tilbød bedriftskunder. Telenor hevdet blant annet at det ikke var tilstrekkelig nærhet mellom selskapets handlinger og fremføringen, da det var bedriftskundene som måtte ha ansvaret for fremføringene.

Retten la vekt på at «*Det er Telenor som tilrettelegger, laster opp og tilgjengeliggjør lydopptak fra egne servere ved automatisk avspilling overfor innringere som ikke kommer gjennom til Telenors bedriftskunder. (...) Det forhold at det ikke foreligger noen formell kunderelasjon mellom Telenor og innringerne kan derimot ikke ses å ha betydning for vurderingen av om det foreligger «fremføring» i § 45bs forstand.*»¹⁶³ Tilfellet ble holdt opp mot Piratkortdommen, men retten konkluderte med at i motsetning til den sakens tiltalte hadde Telenor en *aktiv rolle* i tilretteleggelsen av verkstilgangen. Telenor vurderer å anke dommen.¹⁶⁴

Jeg mener at dommen ivaretar hensynet bak regelen, og at dommerens sontring mellom når en tjenesteyter også er verkstilrettelegger er god. Rettens fremgangsmåte for å vurdere om det

¹⁵⁸ DIR 2006/115/EF artikkel 8.

¹⁵⁹ Jamfør begrepet «deliberate intervention» i Tannlegekontoravgjørelsen. Se 4.2.1.

¹⁶⁰ Se 3.2.1.

¹⁶¹ Rt. 1964 s. 782, s. 787.

¹⁶² 13-146185TVI-AHER/1.

¹⁶³ 13-146185TVI-AHER/1, side 9.

¹⁶⁴ Jamfør telefonsamtale med Telenor Pressesenter. Ankefristen utløper etter avhandlingens innlevering.

forelå tilstrekkelig nærhet kan nok ha overføringsverdi også til utplasseringsspørsmålet generelt. Dommen er konsistent med jukeboksdommen i den forstand at Telenor aktivt har bidratt til fremføringen ved å drifte sentralen på samme måte som tiltalte i jukeboksdommen hadde driftsansvar for jukeboksen.

På bakgrunn av dette må ansvars plasseringen i tvilstilfelle bero på en rimelighetsvurdering der det avgjørende må være hvem som er nærmest til å ta ansvaret for fremføringen. Relevante momenter vil være hvem som i størst grad drar nytte av fremføringen, hvem som i størst grad har aktivt bidratt til fremføringen, og hvis fremføringen er i ervervsøyemed; hvem som har mest å tjene på fremføringen.

6 Offentlig fremføring fremover

6.1 Innledning

Som nevnt over har rettsutviklingen i en litt annen retning i de siste sakene fra Eu-domstolen. Det er ikke klart om det ligger en tanke om å myke opp opphavsmannens enerett, eller om det kun dreier seg avvik i snevre tilfeller. Uavhengig av hva intensjonen var, kan de siste årenes rettspraksis ha mye å si for rettstilstanden på dette området. Offentlig fremføring/communication to the public er fortsatt begreper som er vanskelig å anvende på en måte som på rimelig vis ivaretar både rettighetshaver og sluttbruker.

Jeg skal forsøke å analysere hvilken virkning denne nye rettspraksisen vil gi, problemer som kommer til å dukke opp, og hvorvidt de løsningene egner seg til å oppnå formålet ved opphavsretten.

6.2 Retrievers «New public»-grensedragning

Ved å avgjøre at lenking til fritt tilgjengelige ressurser på Internett innebar en tilgjengeliggjøring til alle internettbrukere har Eu-domstolen satt terskelen for konsumpsjon av eneretten for tilgjengeliggjøring over Internett svært lav. Selv om konsumpsjonen kun gjelder fremføring i form av tredjeparts lenking til et lovlig opplastet verk, og ikke annen utnyttelse som nedlasting – kan virkningen av avgjørelsen være vidtgående.

Publikumskretsen ved nett-publisering er kun avgrenset ved tilgjengeliggjøring med en eller annen tilgangsrestriksjon. Selv om Internett er åpent for alle, vil visse nettsider som regel kun besøkes av visse kretser. Retriever-saken gjaldt nettavisartikler fra Gøteborgsposten, en stor svensk regionsavis. Et annet avgrensingsalternativ er å la eneretten kun konsumeres for Sve- rige, alternativt for Norden eller kun for sør-Sverige. En geografisk avgrenset konsumpsjonsregel er vanlig for fysiske varer, men er upraktisk å håndheve ved nettbasert tilgjengeliggjøring. Saken gjaldt nyhetsartikler, en form for åndsverk som begrenses av språkbarrierer og geografisk relevans. Saker som er relevante og viktige i Västre Götaland er ikke like interes- sante i Boston. Saken gjaldt en type verk der konsekvensen av en vidtgående enerettskon- sumpsjon regulerer seg selv. Den generelle tilnærmingen til internettbrukere som en samlet «public» kan gi resultater som ikke er like rimelige som i Retriever-saken. Visse typer verk, spesielt levende og statiske bilder, er ikke underlagt en naturlig språklig begrensning. Og der Gøteborgspostens sider er helt klart åpent for allmennheten, florerer det av obskure nettsam- funn som er tilgjengelig for alle, men som kun benyttes av en forholdsvis avgrenset bruker-

krets. Visse underfora av nettstedet som 4chan og Reddit oppleves ikke som like allment tilgjengelige som hjemmesiden til en av Sveriges største aviser, selv om alle teknisk sett har tilgang. Ved opplastinger på slike fora er det ikke like klart at opphavsmannen har tatt høyde for at verket skulle bli tilgjengelig til «all Internet users».¹⁶⁵ På den andre siden er det klart at en mer nyansert konsumpsjonsregel vil åpne for veldig vanskelig krenkelsesvurderinger. Det er lite trolig at Eu-domstolen ikke har tatt høyde for konsekvensen av en så omfattende konsumpsjonsregel. Et eller annet sted må grensen gå, og i dette tilfellet er det kanskje lettere å la det være opp til internettbrukerne å være mer forsiktige med hva de laster opp. Denne løsningen er i det minste mulig å håndheve for rettsanvenderen.

Det er også behov for nyansering av hva som ligger i «free access». Det er mange nettsider som ikke dukker opp hos vanlige søketjenester, og selv om det ikke er noen reell tilgangssperre vil de være vanskelig å finne uten å ha en presis URL. I noen tilfeller brukes dette som en de facto tilgangssperre, som hos skylagringstjenesten dropbox.com, andre ganger ligger det ikke en sikkerhetstanke bak. Her er publisering av hyperlenker som viser til nettadressen den eneste reelle måten ressursen kan nås på. Den beste løsningen vil kanskje være en rimelighetsvurdering av det konkrete tvisttilfelle, men det vil igjen undergrave verdien av den generelle og retts-teknisk pragmatiske løsningen EU-domstolen har valgt.

6.3 Konsekvensene for lenkebruk i Norge

Ettersom Eu-domstolen slo fast at utlegging av hyperlenker er en «communication to the public» vil det bli vanskelig å ikke anse hyperlenking som en form for fremføring etter norsk rett. Her bør norsk rett også anvende Retriever-avgjørelsens grensedragning av at det åpne Internett skal anses som én offentlig krets. Alternativet er som skissert over – så å si hver eneste hyperlenke, lojal eller illojal, vil innebære en opphavsrettslig krenkelse.

At domstolen unngår dette ved å sette en lav konsumpsjonsterskel, betyr ikke nødvendigvis at alle potensielle problemer er løst, men enn så lenge er ansvaret skjøvet over på rettighetshaverne: Om en uvøren opplasting på nett kan føre til at man mister eneretten til tilgjengliggjøring, bør det føre til varsomhet hos opphavsmennene.

En annen konsekvens av denne avgjørelsen for norsk og europeisk nettbruk kan være fremveksten av tilgangssperrer for å avgrense publikumskretsen og på den måten begrense kon-

¹⁶⁵ C-466/12 premiss 24 og 26.

sumpsjonsvirkningen. Innlogging har tidligere vært vanligst for betal-tjenester og på for å kunne selv kommentere, men en konsekvens av avgjørelsen kan være en økning i innloggingskrav for å få tilgang til selve nettstedet.

Den faglige diskusjonen rundt lenkenes opphavsrettslige status¹⁶⁶ er nok ikke isolert til kun det norske fagmiljøet. Eu-domstolens avgjørelse var i så måte overraskende. Retrievers konsumpsjonsløsning er elegant, og vil gjøre rettsanvenderens jobb enklere ettersom grensen som har blitt trukket opp er lett å håndheve. Jeg tror likevel det vil være naivt å anta dette ordner alle problemene rundt lenkingens status.

Det er vanskelig å finne gode løsninger for lenking også fordi det er vanskelig å se hva som er gode løsninger. En av de foreslåtte løsningene i den faglige diskusjonen, *implisitt samtykke*¹⁶⁷ marker en slags middelvei mellom de to innebærer en slags middelvei mellom de to ytterpunktene.¹⁶⁸ Tanken er at man presumerer en slags implisitt aksept for «lojal lenking» når verk lastes opp, slik at opphavsmannen ved opplastingshandlingen automatisk aksepterer mer eller mindre normal lenking, men at lenking i for eksempel kommersielt øyemed ikke regnes som lojalt. Dette er i utgangspunktet en god løsning, men problemet oppstår når man skal definere lojal og illojal lenking. Det saksøkte selskapet i Retriever-avgjørelsen tjener godt for å illustrere dette.

Nyhetsovervåkingstjenesten Retriever tilbyr er et klart resultat av at de sammenstiller andres verk og tjener penger takket være andres innsats. Ved å innhente store mengder presseinformasjon og filtrere bort det som er uinteressant for klienten tilbyr de imidlertid en tjeneste som er markant forskjellig fra det journalistene og Göteborgsposten tilbyr. Retriever tjener altså penger på journalistenes artikler, men uten at det kan være snakk om noen reell konkurranse. Retrievers utnytter i større grad informasjonen om at artiklene finnes og at de har relevant innhold for noen – enn selve åndsverket. Ettersom Retrievers lenkedatabase sender brukerne til originalkilden vil kildenettavisen generere flere «klikk» på, som i tur fører til høyere annonseinntekter. Det er ikke noe problem å måle trafikken på medieovervåkingstjenesten og så beregne vederlaget til hver opphavsmann, men ettersom slike «klikk» er den eneste måten¹⁶⁹ nettaviser tjener penger, mener jeg at det heller ikke vil være rimelig om Retriever skal måtte

¹⁶⁶ Se 3.3.3.

¹⁶⁷ Nevnes f.eks. i Rt. 2004 s. 41 premiss 57.

¹⁶⁸ Altså henvisningssynspunktet og synspunktet om brukeropplevelsen som utgangspunkt.

¹⁶⁹ Så vidt meg bekjent, i alle fall.

betale ytterligere vederlag til opphavsmennene i tillegg til den mertrafikken tjenesten indirekte fører til.

Det er altså ikke så klart hva som er rimelig utnyttelse av åndsverk. Jeg mener at man må være varsomme med å la opphavsretten hindre verdiskapning, men også annen utnyttelse som ikke er klart urimelig eller til skade for opphavsmannen.

Det rent pragmatiske hensynet må også bemerkes – tjenesten sammenstiller ressurser som ligger åpent tilgjengelig på Internett. Rettstilstanden bør også til en viss grad reflektere de praktiske realitetene på nettet, om det klientens PR-avdeling ellers ville gjort gratis, og et firma kan gjøre det på samme måte, men billig og mer effektivt – da er det gode grunner til å ikke kreve betaling.

6.4 Retrievers betydning for annen verksutnyttelse

Det må også diskuteres i hvilken grad Retrievers konsumpsjonsløsning kun bør gjelde for elektroniske nettverk, eller om den kan anvendes også på andre fremføringsformer. Avgjørelsen gjelder publisering av lenker som henviser til nyhetsartikler på Internett. Ettersom domstolen formulerer seg generelt, kan det åpnes for at Retriever-løsningen kan anvendes også ved andre verkstyper.

Saken gjaldt digitale tilgangsløsninger, men Retrievers konsumpsjonsdoktrine kan kanskje også anvendes på analoge verksutnyttelsesformer. Her er først og fremst eterkringkasting¹⁷⁰ utnyttelsesmåten som ligner mest på Internett: Mottageren må på en eller annen måte «hente» verket som ligger tilgjengelig, ved å angi en adressereferanse. En URL og en FM-frekvensangivelse er i denne konteksten ganske like. Fraværet av kontroll med mottagers bruk av verket er også en fellesnevner ved de to distribusjonsplattformene,¹⁷¹ og dermed et argument for analogisk anvendelse. Spredningspotensialet, og dermed også rettighetshavernes potensielle tap er riktignok større ved spredning over Internett, men i lys av fra-det-mer-til-det-mindre-prinsippet, vil den forskjellen kunne være et argument til støtte for analogisk anvendelse.

Konsekvensen av dette blir i så fall at offentlig fremføring av kringkastede verk vil være konsumert ved kringkastingen, og mange av de tidligere nevnte dommene sakene vil i stedet kunne løses uten å gå inn i den nærmere grensedragningen. Dette kan virke urimelig for opp-

¹⁷⁰ Kringkasting i f.eks digitalt bakkenett kan i noe større grad kontrolleres.

¹⁷¹ Eller, som rettighetshavers om inngår en avtale med en kringkaster, slik tilfellene som regel vil være.

havsmennene, men vil kunne gi rettighetsorganisasjonene muligheten til å fremforhandle bedre avtaler med kringkastingsforetaket med utgangspunkt i en større publikumskrets. Samtidig vil rettighetsorganisasjonene slippe den ressurskrevende prosessen med å selv spore opp og angripe enerettskrenkelser. For de kommersielle kringkasterne vil denne merkostnaden pulveriseres over annonsørene, ved at mer intensiv verksutnyttelse gir bedre synlighet for reklamene. Etter en overgangsperiode kan dette være en mer smidig løsning for kringkastede verker.

Dette vil likevel innebære forholdsvis store endringer i rettstilstanden, og Eu-domstolen har ikke gitt tydelige signaler om at en slik analogisk anvendelse skal være mulig. Det må nok kreves meget gode grunner for at noe slikt skal bli akseptert i retten.

6.5 Rettsutvikling i takt med teknologiutviklingen

I leiebilddommen la tingretten til grunn at utplassering av apparater som ga tilgang til åndsverk var en fremføringshandling. Jukeboks- og bedriftsmusikkdommen ble anført til støtte for dette. Etter mitt skjønn er det en grunnleggende forskjell at jukebokser tillater potensiell avspilling av eksemplarer lagret i apparatet, mens en radio spiller av det som kringkastes på den frekvensen den er innstilt på. Bedriftsmusikk gjaldt høytaleravspilling også av radiosendinger, men den var på ingen måte potensiell – bedriftsmusikkdommen gjaldt musikk som ble, og hadde blitt avspilt. Jukeboksen, og tilsvarende apparater gir i større grad umiddelbar tilgang til bestemte verk.

Det som ikke blir drøftet i leiebilddommen er hvorvidt de som leier biler utgjør et nytt publikum. Retriever-avgjørelsen kom etter at Leiebilddommen var avsagt, så en eventuell analogisk anvendelse her er ikke aktuell. Tingretten legger under henvisning til Bedriftsmusikk vekt på at publikumet som får tilgang ikke har kunnet høre på radio der og da uten fremførers inn- gripen. Arbeiderne som fikk musikk til arbeidet var et nytt publikum fordi de ikke hadde kun- net høre på musikk ved eget initiativ. Dette var helt klart tilfelle i 1953, da både radioappara- tet og grammofonene var for uhåndterlige til å ta med seg. Avspillingsapparater har siden da krympet dramatisk, men har inntil nylig ikke vært noe man forventer at alle har med seg. Det har imidlertid endret seg de siste årene. Det er trygt å hevde at praktisk talt alle som leier bil har med seg en mobiltelefon. Så å si alle mobiltelefoner, ikke bare smarttelefoner, har inne- bygd radiomottager. De fleste telefoner krever også tilkoblede øretelefoner for å kunne motta radiosignal, men dette er også i stor grad vanlig å bære med seg. Retten drøfter om det har noe å si at den som leier bilen kan koble mobiltelefonen sin til bilens høytaleranlegg, men kom-

mer til at: «*Det avgjørende er at bilen faktisk har en egen innmontert radiomottaker*»¹⁷² Da må det avgjørende også være at mobiltelefoner faktisk har en egen innmontert radiomottaker. Jeg mener at dette er et sterkt, og strengt tatt avgjørende argument i tvisten om radioapparater i biler. Det er et uttalt mål ved teknologinøytral lovtekst at loven skal kunne følge samfunnsutviklingen uten at lovgiver er nødt til å tre inn når forholdene endrer seg. Og på akkurat dette området har forholdene endret seg i stor grad siden Jukeboks-, og bedriftsmusikkdommen.

6.5.1 De minimis-grensen

I leiebildommen viste retten til at sakens faktum skilte seg fra faktum i Tannlegekontoravgjørelsen, slik at sistnevnte var vanskelig å anvende. Sakene er like i den forstand at de begge gjelder lydavspillinger som er spredt over tid og slik at kun et fåtall personer av gangen får tilgang til verket, men for tannlegen var det den potensielle tilhørerkretsen mer avgrenset. Tilgangen til leiebiler er åpen for alle, og representerer i større grad en åpen, udefinert krets, og det er kanskje riktig å ikke anvende samme løsning i denne saken.

EU-domstolen slår imidlertid fast at det ligger en de minimis-terkel i direktivteksten, slik den private sfære alltid vil omfatte «*groups of persons which are too small or insignificant.*»¹⁷³ Når leietagerne er en åpen og udefinert gruppe er den nok ikke så liten at den omfattes av dette. Det er imidlertid ikke definert hva som ligger i begrepet «*insignificant*».

Utrykkets mening seg gir ikke selv, og det er derfor rom for tolkning. Det *kan* tjene som en sikkerhetsventil som gir fleksibilitet på samme måte som avtaleloven § 36, ved at kretsens signifikans vurderes samlet opp mot skadepotensialet for rettighetshaverne. Riktignok er utleieselskapets kunder en åpen og udefinert gruppe, men de vil være få av gangen – normalt mellom én til fem, veldig ofte kun én. Som tannlegekontorgjestene vil kundegruppene være suksessive, slik at leietagerne aldri hører på samme verk fra samme radio på samme tid. Det må også være et relevant moment at verkstilgangen er reell, men at selve fremføringen kun er potensiell: Tilhørergruppen blir også mindre signifikant av at det ikke er sikkert at fremføringen finner sted. Leietagerne er nok mer mottagelige for radiosendingene i bilen enn den gjengse tannlegepasient, men radiotilgangen vil normalt være av underordnet viktighet ved bilutleie.

¹⁷² TAHER-2012-73209 s. 13.

¹⁷³ C-135/10, premiss 86. Se mer om dette i 4.3.2.

Alt dette er momenter som trekker i retning av at bilutleieselskapenes kundekrets likevel kan regnes som så «insignificant» at den likevel kan sidestilles med en privat krets.

C-351/12 (OSA) markerer riktignok at C-135/10 (Tannlegekontor) ikke skal anvendes for vidt, men jeg mener at det er gode grunner for å ta inn en slik nedre grense for de ubetydelige tilfellene av offentlig fremføring.

7 Avsluttende kommentarer

Formålet med å la offentlige fremføringer være vernet av opphavsmannens enerett er å sørge for at opphavsmannen får rimelig godtgjørelse når andre utnytter hans verk. Dette må balanse- res mot hensynet til å la privatpersoner disponere relativt fritt over et eksemplar de råder over, og systemet som ivaretar disse interessene må være forholdsvis effektive. Et for sterkt vern vil kunne være til hinder for den frie diktningen, og i ytterste konsekvens hemme ytringsfriheten. Et for svakt vern vil gjøre det mindre attraktivt å drive med skapende kulturarbeid.

Rettesnoren her må være om det er *rimelig* at opphavsmannen får rett til vederlag for en viss handling, eller om det er *urimelig* å kreve vederlag for en viss type fremføringshandlinger. Rimelighetsvurderingen er imidlertid ikke alltid så lett å foreta, både fordi det er uvant å for- holde seg til immaterielle formuesgoder, og fordi begrepsbruken har strukket seg langt ut over det normale språklige innholdet.

Dette fører igjen til en risiko for at rettstilstanden utvikler seg i en annen retning enn den all- menne rettsoppfatning. Jeg tror det er mer fornuftig å anerkjenne og tilpasse seg de realitetene teknologiutviklingen bringer med seg, og da er det ikke nødvendigvis rettsapparatet som skal gå først. Det er viktigere å prøve å regulere positiv økonomisk virksomhet, som strømmetje- nestene, enn å prøve å stoppe konkurrerende ulovlig virksomhet, som piratkopiering. Om konsumpsjonsterskelen som Eu-domstolen kanskje er i ferd med å innføre med Retriever er et resultat av å akseptere Internettets spredningspotensiale tror jeg det er en god rettspolitisk stra- tegi.

Jeg tror en tilsvarende pragmatisme kan være fornuftig når det gjelder rettstilstanden rundt utplassering av tekniske hjelpemidler. Den retningen rettsutviklingen går om leiebildommen blir stående er unødvendig orientert rundt enkelttilfeller, og ligner for mye på dobbeltslagtil- feller. Da vil en *de minimis*-terskel kunne gi en smidig løsning på de vanskelige grensetilfel- lene som i liten grad kan skade opphavsmennene. Om krenkelsene blir for små vil det uansett ikke være kostnadseffektivt for rettighetshaverne å håndheve dem.

Tendensen i norsk og europeisk praksis ser ut til å gå i retning av flere konkrete vurderinger av når tilgjengeliggjøringshandlinger er offentlig, og grensene som blir trukket opp blir stadig skarpere, med stadig flere relevante momenter. Dette er hensiktsmessig når tilfellene er såpass varierte, men det gjør det vanskelig for den enkelte aktør å forutberegne sin rettsstilling uten spesialisert juridisk hjelp.

Det kan være bedre å ha et system som ikke legger opp til forutgående samtykke og i større grad fokuserer krenkelsesvurderingen på tredjeparts urimelige utnyttelse. Markedsføringslo-

ven kan for eksempel være bedre egnet til å hindre urettmessig utnyttelse fra konkurrenter, men kan ikke fange opp alle opphavsrettslige tilfeller.

Forhåndsuklar rettsstilling og eventuelt behov for kostbar domstolsbehandling har trolig en negativ samfunnsøkonomisk virkning på en næringsform som er i økende vekst. Om ikke landets lovgivende krefter kommer på banen og får igangsatt en mer grunnleggende revisjon av åndsverkloven er det imidlertid ingen grunn til å vente at rettstilstanden kommer til å bedre seg med det første.

Litteraturliste

7.1 Litteratur

- Torvund (2013) Olav Torvund, *Opphavsrett for nybegynnere*, Oslo: Universitetsforlaget 2013
- Dreier (2013) Thomas Dreier og Anette Kur, *European Intellectual Property law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2013
- Rognstad (2009) Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo: Universitetsforlaget 2009
- Torvund (2008) Olav Torvund, *Enerett til lenking. En keiser uten klær*, Nordisk Immateriellt Rättskydd 2008 side 417-443
- Rognstad (2005) Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrettslig ansvar for lenker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-saken*, Nordisk Immateriellt Rättskydd 2005 side 344-370
- Sejersted (2004) Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen, Olav Kolstad, *EØS-rett*, Oslo: Universitetsforlaget 2004

7.2 Lover

- Åndsverkloven Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.
- Lov om avgift til fond for utøvende kunstnere Lov av 14 desember 1956 nr. 4 om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstners prestasjoner m.v.

7.3 Internasjonale konvensjoner

- Bernkonvensjonen Bernkonvensjonen om vern av literære verker av 9. september 1886, sist endret 24. juli 1971. (Bernkonvensjonens Paristekst)
- Romakonvensjonen Romakonvensjonen om vern for utøvende kunstnere, fonogramprodusenter og kringkastningsforetak av 26. oktober 1961

WCT	WIPO Copyright Treaty av 2. desember 1996
WPPT	WIPO Performances and Phonograms treaty av 2. desember 1996
TRIPS-avtalen	Agreement on Trade-related aspects of Intellectual Property Rights av 15. april 1994

7.4 EU-/EØS-lovgivning

InfoSoc-direktivet	Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society
Utleiedirektivet	Direktiv 2006/115/EC on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (tidligere Directive 92/100/EEC)

7.5 Rettspraksis

Høyesterettsdommer

Rt. 2005 s. 41	Napster.no
Rt. 2000 s. 1811	Finnanger
Rt. 1995 s. 35	Piratkort
Rt. 1985 s. 883	Electric Circus
Rt. 1970 s. 1172	Roy's Place
Rt. 1964 s. 782	Jukeboks
Rt. 1953 s. 633	Bedriftsmusikk

Tingrettsdommer

13-1461185 TVI-AHER/1	Ventemusikk ¹⁷⁴
TAHER-2012-73209	Leiebil ¹⁷⁵

¹⁷⁴ Tingretten nummererer ikke sidene eller domspremissene i sine dommer. Referansene viser til sidetallene i en standard dimensjonert utskrift fra henholdsvis Lovdata og en PDF-fil av den kunngjorte dommen.

Europeisk rettspraksis

C-351/12	OSA
C-466/12	Retriever ¹⁷⁶
C-135/10	Tannlegekontor
C-162/10	PPL
C-306/05	Rafael Hoteles

7.6 Forarbeider

NOU 1985: 30	Betaling for sekundærbruk av utøvende kunstneres prestasjoner
Odelstingsproposisjon nr. 46 (2004-2005)	Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
Odelstingsproposisjon nr. 4 (1994-95)	Lov om endringer i straffeloven m.m.
Odelstingsproposisjon nr. 26 (1959-1960)	Lov om opphavsrett til åndsverk
Odelstingsproposisjon nr. 10 (1956)	Lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m. v.

7.7 Nettsider

www.hegнар.no	“Opphavsrett og lenker på Internett”, Magnus Ødegaard og Jon Wessel-Aas http://www.hegнар.no/juss/artikkel496311.ece
---------------	--

¹⁷⁵ Se over.

¹⁷⁶ Populærnavngivningspraksisen i EU-domstolen ser ut til å være at dommen får navn etter førstoppførte saksøker, slik at denne dommens populærnavn er «Svensson». Jeg velger imidlertid å referere til denne dommen som «Retriever», da saksøktes firmanavn er mer distinkt enn saksøkers familienavn og dermed bedre egnet til å identifisere saken.

www.retriever.no Sist aksessert 24.04.14
Informasjon om selskapet Retriever:
<http://www.retriever-info.com/no/om-oss/>

Sist aksessert 04.03.14

Informasjon om hvordan Retrievers tjeneste fungerer:
http://www.retriever-info.com/wp-content/uploads/2013/04/2NO_safunkarretr.gif

www.retriever.no Sist aksessert: 04.03.14
“Nekter å betale for taxi- musikk”, Faksimile fra Dagens
Næringsliv, Knut Selsjord, 12.11.2012.

www.wikipedia.org Sist aksessert 24.04.2014
«Hyperlenke», anonym wikipediabruker.
Kilden er tatt med som en teknisk presis beskrivelse av
hyperlenker.
<http://no.wikipedia.org/wiki/Hyperlenke>

Sist aksessert 24.04.2014