

Grensen mellom privat sfære og allmennheten etter åndsverkloven § 3

Særlig sett i lys av EU-domstolens rettspraksis

Kandidatnummer: 27

Antall ord: 14931



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

22.06.2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Det rettslige utgangspunktet.....	5
1.3 Fra mål om nordisk rettsenhet til EØS-rettslig harmonisering	7
1.4 Avgrensninger	11
1.4.1 Grensedragningen ved fremføringsretten.....	11
1.4.2 Lenkeproblematikken.....	11
1.4.3 Andre former for tilgjengeliggjøring.....	13
1.4.4 Vilkåret «overføring».....	13
2 Hva anses som «allmennheten»	14
2.1 Innledning.....	14
2.1.1 Metodiske betraktninger.....	14
2.2 Utgangspunktet for vurderingen.....	14
2.2.1 Det tradisjonelle norske og nordiske utgangspunktet om personlige bånd.....	14
2.2.2 EU-domstolens utgangspunkt om «et ubestemt antall personer»	16
2.2.3 Er utgangspunktet om personlige bånd forenlig med EU-domstolens innfallsvinkel?	17
2.3 Skillet mellom lukkede og åpne kretser	18
2.3.1 Personkretsens størrelse og åpenhetsprinsippet	18
2.3.2 Antall totale mottakere eventuelt målt kumulativt.....	22
2.3.3 Avviker EU-retten fra den nordiske på dette punkt?.....	23
2.4 «New Public»	26
2.4.1 EU-domstolens krav om at overføringen må skje til ett nytt publikum.....	26
2.4.2 Kritikken mot «new public».....	31
2.4.3 Hvilken betydning har kriteriet «new public» for nordisk rett?.....	34
2.5 Kommersielt formål	35
2.5.1 Tilgjengeliggjøring av verk med ervervsmessig formål eller som ledd i ervervsvirksomhet	36
2.5.2 Profittformål	36
2.5.3 Brukes det kommersielle elementet likt i EU-retten og i den nordiske retten?	38

2.6	Sosiale hensyn	39
2.6.1	Særlig vektlagt i dansk retspraksis	39
2.6.2	Kan man vektlegge sosiale hensyn etter den EU-rettslige vurderingen?	40
2.7	Ordinær klasseromsundervisning	40
2.7.1	Åvl. § 43 fjerde ledd.....	40
2.7.2	Kan man etter EU-domstolens vurdering slå fast at klasseromsundervisning alltid er å anse som innenfor det private området?.....	41
2.8	Er den konkrete vurderingen endret?	42
	Kilderegister	44

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Masteroppgavens tema er grensen mellom privat sfære og allmennheten etter lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv.¹ § 3, særlig sett i lys av EU-domstolens rettspraksis.

Problemstillingen i oppgaven er hvilken betydning EU-domstolens rettspraksis som omhandler grensen mellom den private sfære og allmennheten og kriteriet «new public» vil få for den tradisjonelle forståelsen som er lagt til grunn i norsk og nordisk rett.

Opphaverens enerett til tilgjengeliggjøring omfatter kun den bruken som er rettet mot «allmennheten» etter åvl. § 3 første ledd bokstav b. Hva som er å anse som allmennheten er prinsipielt et opphavsrettslig spørsmål som avgjøres uavhengig av hvor grensen trekkes på andre rettsområder.

Tradisjonelt i norsk rett har grensen blitt definert ut fra hva som er å anse som innenfor den private sfære, slik at det som faller utenfor har vært antatt å være rettet mot allmennheten. Knophs maksime om at dersom «gjengivelsen av et åndsverk skal ha privat karakter må den skje innenfor den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps-, eller omgangsbånd skaper»² har stått som utgangspunktet for grensedragningen. Uttalelsen fikk Høyesteretts tilslutning i Rt. 1953 s. 633 (*Bedriftsmusikk*) som videre fikk status som varig prejudikat av forarbeidene³ til åndsverkloven av 1961⁴. Historisk sett har kriteriet om personlige bånd stått sentralt. Det er videre utviklet en rekke andre momenter som skal gi veiledning for hva som er å anse som i den private sfæren som blant annet personkretsens størrelse, åpenhetsprinsippet og at man i tvilstilfeller kan vektlegge om tilgjengeliggjøringen har ervervsmessig formål eller er ledd i ervervsvirksomhet og hensikten bak. Videre har man i norsk rett lovfestet at «[f]remføring og overføring i ordinær klasseromsundervisning anses å skje innenfor det private området» i åvl. § 43 fjerde ledd.

¹ Heretter forkortet åvl.

² Knoph (1936) s. 89

³ Innst. O XI (1960-61) s.15

⁴ Lov 12.mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v

Grensedragningen i de andre nordiske landene som Sverige, Danmark og Finland har også tatt utgangspunkt i at den bruken som skjer typisk innenfor kretsen av familie, venner og bekjente er innenfor den private sfæren.⁵ Videre har den generelle vurderingen vært nokså lik. I de nordiske landene har man også prøvd å oppstille antallsangivelser for å skille mellom hva som er offentlig og privat.⁶ Dette var imidlertid gjeldende rett før harmoniseringen av EU/EØS-retten på dette punktet.

EU-domstolen har avsagt en rekke dommer om hva som skal anses som allmennheten. Fra de tidligste avsatte avgjørelsene fra EU-domstolen som omhandlet grensedragningen, ble det klart at de ikke tok utgangspunkt i personlige bånd slik de nordiske landene har gjort, men baserte vurderingen på om det var tale om ubestemt antall mottakere.⁷ Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*) var den første saken der EU-domstolen tolket opphavsrettsdirektivet⁸ art. 3 (1). Saken omhandlet spørsmålet om det at et hotell videresendte kringkastingssendinger til utplasserte radio- og tv-apparater på hotellrommene var å anse som en «communication to the public». Dette svarte EU-domstolen bekreftende på. EU-domstolen la til grunn at allmennheten tilsier et ubestemt antall potensielle mottakere og innebærer et betydelig antall personer.⁹ Det ble også slått fast at man måtte ta i betraktning den kumulative effekten, slik at det ikke bare er relevant hvor mange som har tilgang til samme verk samtidig, men man også må vurdere hvor mange som har tilgang til verket etter hverandre.¹⁰ I saken introduserte også EU-domstolen kriteriet «new public», som har spilt en sentral rolle i den etterfølgende rettspraksisen.

Videre er sak C-135/10 (*SCF*) nødvendig å nevne. Denne saken fra EU-domstolen skiller seg mest fra den tradisjonelle nordiske tilnærmingen til grensedragningen. Saken dreide seg om en tannlege som hadde radio på som bakgrunnsmusikk mens han utførte behandling av pasientene. Spørsmålet i saken var om avspillingen var rettet mot allmennheten og dermed utløste en vederlagsplikt etter uteleiedirektivet 8 (2). I saken ble det slått fast at det foreligger en viss minimumsgrense for hva som er å anse som betydelig antall personer, slik at grupper

⁵ Rosenmeier (2016) s. 442

⁶ Rosenmeier (2016) s. 447

⁷ Sak C-89/04 (*Mediakabel*), avsnitt 30, sak C-192/04 (*Legardère Active Broadcast*), avsnitt 31

⁸ Direktiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet (opphavsrettsdirektivet)

⁹ Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 37

¹⁰ Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 38

som er for små eller ubetydelige utelukkes.¹¹ I dommen ble ikke pasientene ansett å utgjøre en allmennhet og det forelå ikke en krenkelse av bestemmelsen.

Det oppstår et visst spenningsforhold mellom den tradisjonelle norske og nordiske forståelsen av begrepet «allmennheten» og hvor grensen går sammenlignet med EU-retten.¹² På bakgrunn av dette vil det derfor være aktuelt å undersøke om den norske og nordiske tilnærmingen må justeres eller endres for å være i tråd med EU/EØS-retten.¹³ Denne problemstillingen har ikke blitt behandlet av Høyesterett. Det vil dermed være behov for en nærmere redegjørelse av rettstilstanden som vil bli behandlet i oppgavens kapittel 2. Det vil undersøkes om utgangspunktet om personlige bånd er forenlig med EU-domstolens innfallsvinkel i avsnitt 2.2. Spørsmålet om EU-domstolens kumulative moment hvor det stilles krav om at mottakerne må høre på samme verk er i tråd med den tradisjonelle nordiske vurderingen, vil behandles i avsnitt 2.3. I samme avsnitt vil det undersøkes om man etter EU-retten vil kunne anse at mindre steder, som for eksempel restauranter eller frisørsalonger med få gjester/kunder, ikke overfører verk til allmennheten selv om overføringen har et kommersielt formål. Dette vil kunne føre til et resultat som man ikke ville ha kommet frem til etter de tradisjonelle nordiske kriteriene.¹⁴ Det vil også undersøkes om antallsangivelsene er forenelige med EU-retten. Videre er det uklart hvilken innvirkning kriteriet «new public» vil ha på norsk rett. Jeg har valgt å gjennomgå dette i avsnitt 2.4. I avsnitt 2.5 vil det også vurderes om momentet i nordisk rett vedrørende ervervsmessig aktivitet er i tråd med EU-domstolens moment om økonomisk vinning. Spørsmålet om man i dansk rett kan fortsette å vektlegge sosiale formål i vurderingen av om musikkavspillinger i foreninger og ungdomsklubber er rettet mot allmennheten, vil behandles i avsnitt 2.6. Spørsmålet om regelen i åvl. 43 er i tråd med EU-domstolens allmennhetsbegrep, vil bli drøftet i avsnitt 2.7. I avsnitt 2.8. drøftes om selve vurderingen er endret.

1.2 Det rettslige utgangspunktet

¹¹ Sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 86, sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 43 og sak C-162/10 (*Phonographic Performance (Ireland)*), avsnitt 35

¹² Rognstad (2019) s. 233

¹³ Torger Kielland, Tore Lunde og Knut Martin Tande «Immaterialrettens europeisering» i *Rett i vest. Festskrift til 50-årsjubileet for jurist-utdanningen ved Universitetet i Bergen*, Johan Giertsen, Erling Johannes Husabø, Øystein L. Iversen og Berte-Elen Konow, Fagbokforlaget 2019, s. 395-418, på s. 406

¹⁴ Rognstad (2019) s. 236

Det følger av åvl. § 3 første ledd bokstav b at opphavsretten gir enerett til å råde over åndsverket ved å «gjøre verket tilgjengelig for allmennheten».

Hvor grensen mellom den private sfæren og allmennheten går er bestemmende for om tilgjengeliggjøringen av åndsverket er omfattet av eneretten som fremkommer av åvl. § 3. Er tilgjengeliggjøringen å anse som rettet mot «allmennheten» og dermed omfattet av eneretten må man som hovedregel ha samtykke fra opphaver dersom det ikke foreligger annen hjemmel for bruken. Er det derimot tale om tilgjengeliggjøring innenfor den private sfære vil det ikke være en krenkelse av eneretten.

Enerettene som fremkommer av åvl. § 3 herunder tilgjengeliggjøringsretten blir ofte betegnet som økonomiske rettigheter da det å «nekte andres utnyttelse øker potensialet for den økonomiske kompensasjon man kan oppnå ved å bringe verket ut til allmennheten».¹⁵ Et sentralt hensyn bak opphavsretten er at beskyttelsen skal sikre inntektsmulighetene til opphaveren, noe som igjen gir økt insentiv til kulturell produksjon. Dermed vil det å gjøre verk tilgjengelige i den offentlige sfære være en enerett forbeholdt opphaver. Det å gjøre verk tilgjengelige for allmennheten innebærer potensielt store økonomiske verdier som bør tilfalle opphaveren.

Hva som er å anse som tilgjengeliggjøring for allmennheten følger av åvl. § 3 andre ledd. Der fremkommer det at et verk gjøres tilgjengelig når «eksemplar av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten» jf. bokstav a, «eksemplar av verket vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler» jf. bokstav b, «verket fremføres offentlig» jf. bokstav c, og «verket overføres til allmennheten, i tråd eller trådløst, herunder når verket kringkastes eller stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte kan velge tid og sted for tilgang til verket» jf. bokstav d. Underkategoriene omtales som sprednings-, visnings-, fremførings- og overføringsretten.

Overføringsretten i åvl. § 3 andre ledd bokstav d ble innført som en egen form for tilgjengeliggjøring i 2018-loven og var før dette en underkategori av fremføringsretten. Endringen knytter seg til at overføring til allmennheten skal forstås likt med «communication to the public» i opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1). Opphavsrettsdirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv som er inntatt i EØS-avtalen.¹⁶ Overføringskategorien er følgelig

¹⁵ Rognstad (2019) s. 184

¹⁶ EØS-avtalen vedlegg XVII artikkel 9 bokstav e

EU-harmonisert og av forarbeidene fremkommer det at «[b]egrepet vil kunne utvikles bl.a gjennom EU-domstolens tolkning av direktivet».¹⁷ Overføringsretten vil dermed være særlig sentral i oppgaven.

Av opphavsrettsdirektivet art. 3 (1) fremkommer det at «Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them».

Grensedragningen har videre betydning for de nærstående rettighetene som blant annet åvl. § 21. Av bestemmelsen fremkommer det at «[l]ydropptak av utøvende kunstners prestasjoner kan mot vederlag gjøres tilgjengelig for allmennheten ved offentlig fremføring og overføring til allmennheten». Innholdet i vilkårene skal underlegges samme vurdering som åvl. § 3.¹⁸

Imidlertid vil verken ordlyden av «allmennheten» eller «public» gi særlig veiledning når det kommer til hvordan grensen skal trekkes. Ved klarleggingen av hva som skal omfattes av begrepene må man derfor hovedsakelig se hen til rettspraksis. Lovteksten og direktivteksten blir derfor kun et utgangspunkt og en ramme for den videre fremstillingen.

1.3 Fra mål om nordisk rettsenhet til EØS-rettslig harmonisering

Et karakteristisk trekk ved opphavsretten er at den av natur er grenseoverskridende. Åndsverk vil ofte ha et større nedslagsfelt utover det landet hvor verket ble skapt. Det har derfor på opphavsrettens område vært et samarbeid på tvers av landegrenser svært lenge.

I Norden har det vært et tett lovsamarbeid på rettsområdet. Åndsverkloven av 1961 er et produkt av dette samarbeidet og ble til med et mål om nordisk rettsenhet.¹⁹ Det har dermed tidligere vært naturlig å se til de andre nordiske landenes rettspraksis ved tolkningen av den norske regelen. Den nordiske rettspraksisen som omhandler grensedragningen, har vært nokså samstemt, som angitt i punkt 1.1, slik at det vil være naturlig å vurdere disse samlet i oppgaven.

¹⁷ Prop. 104 L (2016-2017) s. 316

¹⁸ Sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 31-34

¹⁹ Rognstad (2019) s. 44

Åndsverkloven av 2018 er derimot ikke et resultat av nordisk samarbeid. Likevel vil målsettingen om nordisk rettsenhet og det tidligere samarbeidet være en bakgrunn og ha betydning for norsk opphavsrett.²⁰

Fokuset har nå forflyttet seg til EØS-rettslig homogenitet²¹, da Norge gjennom EØS-avtalen er forpliktet til å gjennomføre EU-direktivene. I utgangspunktet er Norge kun pliktig til å rette seg etter de avgjørelsene som EU-domstolen har avsagt før inngåelsen av EØS-avtalen jf. EØS-avtalen art. 6. I de avgjørelsene som er avsagt i etterkant skal EFTA-domstolen og ESA ta «tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante avgjørelser» jf. ODA-avtalen art. 3. Imidlertid har Høyesterett ikke vektlagt rettspraksis før og etter EØS-avtalens inngåelse ulikt.²² Etter rettspraksis fra Høyesterett ser det derimot ut som at EU-domstolens avgjørelser «uten videre legges til grunn som autoritative uttrykk for gjeldende EØS-rett».²³ EU-domstolens avgjørelser er dermed en sentral rettskilde ved tolkningen av de norske bestemmelsene som gjennomfører direktivene. Dermed vil EU-domstolens rettspraksis klart være en rettskilde som veier tungt ved tolkningen av overføringsretten i åvl. § 3 andre ledd bokstav d som gjennomfører opphavsrettsdirektivet art. 3 (1). Hvordan grensen trekkes av EU-domstolen vil følgelig ha innvirkning på hvordan den skal trekkes etter norsk rett.

EU har vært svært aktiv på opphavsrettens område gjennom direktiver og domsavgjørelser som kan begrunnes i at det er tale om et svært viktig økonomisk felt. Opphavsrettsdirektivet er det mest sentrale direktivet på opphavsrettens område og oppstod for å skape en generell og fleksibel rettslig ramme for å fremme utviklingen av informasjonssamfunnet i Europa. Det følger av fortalen at et av hovedformålene ved opphavsrettsdirektivet er å sikre et velfungerende indre marked gjennom harmonisering og ensretting av opphavsretten. På den måten kan man sikre lettere flyt av verk og hindre utnyttning av verk på tvers av landegrensene. Ved å harmonisere den rettslige rammen vil det føre til økt rettsikkerhet og et sterkt vern som igjen vil gi incentiver til betydelig investering i kreativitet og nyskapning. Et sterkt vern er videre særlig viktig fra et kulturelt synspunkt. Direktivet skal også sørge for en rimelig balanse mellom rettighetshaver og brukerne.²⁴

²⁰ Rognstad (2019) s. 46

²¹ Rognstad (2019) s. 46

²² Kielland/Lunde/Tande (2019) s. 396

²³ Fredriksen/Mathisen *EØS-rett* (2014) s. 267

²⁴ Opphavsrettsdirektivets fortale punkt 1, 2, 4, 12 og 31

Det fremkommer også en rett til «communication to the public» av utleiedirektivet art. 8 (2), satellitt- og kabeldirektivets²⁵ art. 2 og databasedirektivet²⁶ art. 5 bokstav d.

Retten til «communication to the public» og herunder grensedragningen har gjennomgått en utvikling i EU-domstolens rettspraksis. For oversiktens skyld introduseres de dommene som anses som sentrale for problemstillingen. EU-domstolens grensedragning i de konkrete sakene vil behandles i fremstillingens kapittel 2.

Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*) som ble avsagt i 2006 er som nevnt innledningsvis den første saken som tolket art. 3 (1) og danner grunnlaget for denne utviklingen. Det ble i dommen slått fast at det skal legges til grunn en autonom tolkning av bestemmelsen.²⁷ EU-domstolen konstaterer at det ikke eksisterer ikke noen rettslig definisjon av «communication to the public» i direktivet. Først og fremst må bestemmelsen ikke bare tolkes etter dens ordlyd, men også i den konteksten som den fremkommer i. Retten til «communication to the public» må underlegges en vid fortolkning i tråd med fortalens punkt 23 for å nå det primære formålet med direktivet, nemlig å gi opphaverne et høyt beskyttelsesnivå og sørge for at de får et passende vederlag for bruken.²⁸ Det legges til grunn at retten skal tolkes i samsvar med internasjonal rett så langt det lar seg gjøre, og det var på denne bakgrunn at «new public» ble introdusert.

Den 4. oktober 2011 avsa EU-domstolen de forente sakene C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*) som omhandlet visning av fotballkamper fra Premier League, den engelske toppserien i fotball for menn. Det ble i saken lagt til grunn at restauranter og puber foretok en «communication to the public» da de viste kampene uten autorisasjon fra rettighetshaver.

I 2012, og som nevnt i punkt 1.1, ble sak C-135/10 (*SCF*) avsagt. Det ble lagt til grunn at eneretten etter opphavsrettsdirektivet 3 (1) og vederlagsretten etter utleiedirektivet 8 (2) var såpass forskjellige at «communication to the public» i utleiedirektivet måtte underlegges en

²⁵ Direktiv 93/83/EØF av 27. september om samordning av visse bestemmelser om opphavsrett og nærstående rettigheter som får anvendelse på satellittkringkasting og videresending via kabel [Satellitt- og kabelsendingsdirektivet]

²⁶ Direktiv 96/9/EF av 11. mars 1996 om rettslig vern av databaser [Databasedirektivet]

²⁷ Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 31

²⁸ Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 36

individuell tolkning.²⁹ Det skapte forvirring at «communication to the public» skulle underlegges forskjellige vurderinger etter de ulike direktivene.

Videre i 2012 ble sak C-162/10 (*Phonographic Performance (Ireland)*) avsagt. EU-domstolen slo fast at et hotell utløste vederlagsplikten etter utleiedirektivet art. 8 (2) ved å sette ut radio og tv-apparater gjorde musikk tilgjengelig.

Sak C-351/12 (*OSA*) som ble avsagt i 2014, omhandlet et spahotell i Tsjekkia. Her ble det lagt til grunn at utplasseringen av radio- og tv-apparater med signal på rommene var en krenkelse av art. 3 (1). Denne saken skapte ytterligere forvirring da den slo fast at vurderingen som var lagt til grunn i sak C-135/10 (*SCF*), ikke hadde overføringsverdi til det foreliggende tilfellet da den omhandlet utleiedirektivet art. 8 (2).³⁰

Sak C-177/15 (*Reha Training*) fra 2016 er avsagt i Storkammer og vil dermed tillegges særlig stor vekt. Avgjørelsen har blitt ansett for å oppklare noen av uklarhetene i den tidligere rettspraksisen. Saken omhandlet et rehabiliteringssenter som hadde utplassert TV-apparater i to venterom og et treningslokale. EU-domstolen kom frem til at dette var å anse som «communication to the public» etter opphavsrettsdirektivet art. 3 (1). I dommen ble det avklart at utleiedirektivets art. 8 (2) og opphavsrettsdirektivet art. 3 (1) skal underlegges samme vurdering. Det ble påpekt at det fra EU som lovgiver sin side ikke har blitt gitt uttrykk for «communication to the public» skulle tolkes ulikt i de forskjellige direktivene. Det ble uttalt at de måtte tolkes likt for å unngå motstridende og uforenelige tolkninger.³¹ Når det ikke foreligger noen eksplisitt uttalelse om noe annet, så må det legges til grunn at retten til «communication to the public» må tolkes likt også etter de andre EU-direktivene.³²

En sak fra lagmannsretten fra 2012 illustrerer at EU-retten har fått større betydning når det kommer til vurderingen i norsk rett. LB-2012-206223 gjaldt spørsmålet om det å leie ut biler med integrert radio utløste vederlagsplikten i åndsverklovens av 1961 § 45 b som nå er å finne i åvl. § 21. I relasjon til rettskildesituasjonen bemerket domstolen at «EU-retten veier tungt, ettersom flere direktiver, herunder opphavsrettsdirektivet (dir.2001/29/EF) og utleiedirektivet, er inkorporert i norsk rett som følge av EØS-avtalen». Imidlertid la de også

²⁹ Sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 75-78

³⁰ Sak C-351/12 (*OSA*), avsnitt 35

³¹ Sak C-177/15 (*Reha Training*), avsnitt 31-34

³² Koo (2019) s. 59

til grunn at også nordisk rettspraksis var en relevant kilde grunnet «det tette lovsamarbeidet mellom de nordiske land på opphavsrettens område». Videre i HR-2018-2268-A (*RiksTv*) ble det lagt betydelig vekt på EU-domstolens avgjørelser om tolkningen av opphavsrettsdirektivet art. 3 (1) da Høyesterett tok stilling til om det var tale om en krenkelse av opphavers enerett etter åvl. § 3.

1.4 Avgrensninger

1.4.1 Grensedragningen ved fremføringsretten

Etter åvl. § 3 andre ledd bokstav c må det vurderes når en fremføring er å anse som «offentlig». Alternativet er ikke EU-harmonisert, slik at hvordan EU-domstolen tolker allmennhetskriteriet vil i utgangspunktet ikke påvirke vurderingen. Dermed kan man i prinsippet anvende den tradisjonelle fremgangsmåten for grensedragningen som er utviklet i norsk og nordisk rettspraksis og juridisk teori.

I dommen UfR 2018 s. 2017 H (*FOF-foreninger*) la den danske Høyesteret til grunn at man skulle vurdere grensen etter fremførings- og overføringsretten forskjellig. Domstolen la til grunn at i fremføringstilfellene skulle man holde fast ved den nordiske fremgangsmåten å trekke grensen på.³³

Imidlertid har både Rognstad, Blomqvist og Rosenmeier tatt til orde for at man bør legge til grunn den samme vurderingen som EU-domstolen har oppstilt for overføringsretten.³⁴ Dette begrunnes i at det å ha to separate vurderinger vil komplisere rettstilstanden. Videre vil det i noen tilfeller vil være tale om såpass små forskjeller som er avgjørende for hvilket av de to alternativene handlingen omfattes av, eller at det er tale om en blanding.³⁵ Dette kan for eksempel dreie seg om man har lastet ned sanger på Spotify før man avspiller de offentlig, eller om man streamer sangene på tjenesten fra lister som ikke er lagret på telefonen. Denne problemstillingen vil imidlertid ikke bli behandlet ytterligere enn det som er gjennomgått her i avsnitt 1.4.1.

1.4.2 Lenkeproblematikken

³³ Blomquist/Rosenmeier (2018) s. 205

³⁴ Rognstad (2019) s. 254, Rosenmeier (2016) s. 471 og Blomquist/Rosenmeier (2018) s. 205

³⁵ Blomquist/Rosenmeier (2018) s. 205

Justin Koo analyserer retten til «communication to the public» i to faser, perioden før saken C-466/12 (*Svensson*) og perioden etter.³⁶ Årsaken til at man kan si at det foreligger et skille her er at fasen før avgjørelsen ble fattet så var problemstillingene i dommene som gjaldt «communication to the public» knyttet til tradisjonell transmisjon, videretransmisjon og avspilling av kringkasting på radio- og tv-apparater plassert på offentlige steder. Den andre perioden kan karakteriseres som internettfasen og omhandler hovedsakelig problematikken lenking.³⁷ Spørsmålet om lenker på internett er å anse som tilgjengeliggjøring for allmennheten har vært svært omdiskutert siden internettets begynnelse.³⁸

I lenketilfellene er derimot ikke grensedragningen en sentral del av vurderingen da mottakerne av verk som overføres på internett anses for å være allmennheten. Dermed vil ikke dommene i utgangspunktet ha overføringsverdi.

Under internettfasen undergikk retten til «communication to the public» en rekke endringer. Et spørsmål som oppstår er om det skal legges til grunn ulike vurderinger knyttet til lenketilfellene og de andre tilfellene for overføring. Det som har endret seg i lenketilfellene er at man har innført et kunnskapskriterium hvor det legges vekt på om den som tilgjengeliggjør verket er klar over at bruken er uautorisert. Videre at det kan presumeres at kunnskapskriteriet er oppfylt dersom overføringen er foretatt med vinning for øye.³⁹

Når det kommer til de tradisjonelle tilfellene hvor man utelukker lenkesakene har fremgangsmåten stort sett vært å anse som den samme, selv om det har vært en utvikling. Det er usikkert om hele vurderingen vil endres i etterkant av sakene C-160/16 (*GS Media*), C-527/15 (*Filmspeler*) og C-610/15 (*Ziggo*). Spørsmålet har ikke kommet på spissen i EU-domstolen enda.

Justin Koo anbefaler at man bør underlegge begge den samme vurderingen slik at man foretar samme «test» ved spørsmålet om retten er krenket. Dette begrunner han med at det å ha to forskjellige vurderinger vil skape konflikt og usikkerhet mellom digitale og analoge verk og videre undergrave harmoniseringsprosessen av retten til «communication to the public».⁴⁰

³⁶ Koo (2019) s. 47

³⁷ Koo (2019) s. 47

³⁸ Rognstad (2019) s. 229

³⁹ Koo (2019) s. 57-58

⁴⁰ Koo (2019) s. 57

Imidlertid vil ikke dette spørsmålet være særlig aktuelt for oppgaven da hovedfokuset er hva som er å anse som allmennheten og hvor grensen for å bli omfattet av begrepet går. Dermed vil ikke oppgaven gå nærmere inn på problemstillingen.

1.4.3 Andre former for tilgjengeliggjøring

Oppgaven avgrenses videre mot å behandle sprednings- og visningsretten.

1.4.4 Vilkåret «overføring»

For at det skal være tale om en «communication to the public», må to kriterier være oppfylt. Det må nemlig være en «act of communication» av et beskyttet verk til et «public».⁴¹ Det samme følger av nordisk rett. Imidlertid vil ikke innholdet i «overføring» eller begrepets yttergrenser behandles i oppgaven.

⁴¹ Eksempelvis Sak C-177/15 (*Reha Training*), avsnitt 37

2 Hva anses som «allmennheten»

2.1 Innledning

Verken lovteksten i åvl. § 3 eller opphavsrettsdirektivet art. 3 (1) gir noen anvisning på hvor grensen skal trekkes når det kommer til å fastlegge hva som er omfattet av begrepet «allmennheten». De nærmere retningslinjene for vurderingen følger av rettspraksis. I dette kapitlet vil utgangspunktene etter den norske og nordiske retten klarlegges for å deretter se på hva som fremkommer av EU-retten på samme punkt. De potensielle spenningspunktene vil deretter undersøkes. Spørsmålet blir om utgangspunktene som vi har i norsk og nordisk rett kan opprettholdes eller om EU-domstolens tilnærming må legges til grunn.

2.1.1 Metodiske betraktninger

Først må det understrekes at noe av uklarheten i EU-domstolens rettspraksis knytter seg til plasseringen av momentene som oppstilles som «new public», bevissthetskravet og økonomisk vinning. Denne problematikken oppstår særlig på bakgrunn av at EU-domstolen ikke gir utgreiende forklaringer når det kommer til hvorfor de tar de aktuelle valgene i rettsanvendelsen, noe som kan gjøre det vanskelig å forstå begrunnelsen for hvorfor vurderingen blir som den blir. Hvor de ulike momentene skal plasseres, er ikke nødvendigvis problematisk i realiteten, men mer i et metodisk perspektiv. Fordi det følger av EU-domstolen at det skal foretas en helhetsvurdering av alle momentene, vil det ikke være avgjørende om det tilhører «communication» eller «public» i praksis.⁴² Men for et sammenlignende perspektiv kan dette være utfordrende. I den videre drøftingen vil imidlertid hovedfokuset være på hvilke momenter som EU-domstolen vektlegger i vurderingen og hvordan disse forholder seg til norsk og nordisk rett, men problematikken vil nevnes der det er hensiktsmessig for oppgaven.

2.2 Utgangspunktet for vurderingen

2.2.1 Det tradisjonelle norske og nordiske utgangspunktet om personlige bånd

⁴² Se eksempelvis sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 35 og sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 79

Tradisjonelt har grensedragningen mellom privat sfære og allmennheten blitt trukket med utgangspunkt i personlige bånd. Spørsmålet som oppstår her er om dette utgangspunktet lengre er relevant og om EU-domstolens innfallsvinkel avviker fra norsk og nordisk rett.

Det sentrale prejudikatet for vurderingen av grensedragningen i norsk rett er Rt. 1953 s. 633 (*Bedriftsmusikk*). Saken omhandlet musikk til arbeidet i 5 store industribedrifter hvor det var over 180 ansatte i den minste bedriften. Spørsmålet var om avspillingen var omfattet av opphaverens enerett, noe Høyesterett under dissens (4-1) kom frem til at det var. I dommen blir det lagt til grunn at offentliggjørelse av et åndsverk vil omfatte de tilfellene hvor utnyttelsen ikke kan sies å være til privat bruk. Dette utgangspunktet ble til da man tolket det slik at offentlig måtte være motsetningen til 1930 lovens § 4 som omfattet unntak fra eneretten til «privat bruk».⁴³ Førstvoterende i dommen uttaler på s. 636 at uttrykket «privat bruk» leder «tanken mot en snevert begrenset krets av personer som er knyttet sammen ved familie-, vennskaps- eller omgangsbånd». Dette er en henvisning til Knoph⁴⁴ og har blitt stående som en maksime i norsk opphavsrett.⁴⁵ Knoph begrunner begrensningen i opphavers enerett i hensynet til privatlivets fred, og at den typen bruk ikke vil være til skade for opphaveren da det «mangler det moment av erhvervshensikt og konkurranse som han har rimelig krav på å være beskyttet mot».⁴⁶

Det avgjørende er om det foreligger personlige bånd mellom «avsender» og «mottaker», eventuelt også mottakerne innbyrdes.⁴⁷ Først og fremst kreves det en personlig tilknytning mellom initiativtageren og de som verket tilgjengeliggjøres for. Når det kommer til relasjonen innad i gruppen og mellom mottakerne, er det flere nordiske kilder som understreker at det også her kreves en personlig tilknytning.⁴⁸ I Rt. 1953 s. 633 (*Bedriftsmusikk*) ble det uttalt i sammenheng med momentet om personkretsens størrelse, at dette ville kunne belyse «tilknytningen mellom deltakerne innbyrdes», som videre trekker i retning av at det kreves personlige bånd også mellom mottakerne.⁴⁹ Imidlertid har det blitt tatt til orde for en viss oppmykning på dette punkt.⁵⁰ For eksempel vil en bursdagsfest hvor verten har invitert

⁴³ Rt. 1953 s. 633 (*Bedriftsmusikk*) s. 636

⁴⁴ Knoph (1936) s. 89

⁴⁵ Knoph (1936) s. 89

⁴⁶ Knoph (1936) s. 87

⁴⁷ Rognstad (2019) s. 234

⁴⁸ Rosemeier (2016) s. 442

⁴⁹ Rt. 1953 s. 633 (*Bedriftsmusikk*) s. 637

⁵⁰ Rosenmeier (2016) s. 442

venner, naturlig betegnes som privat selv om noen av gjestene som er til stede ikke har møtt hverandre før.⁵¹

Når det kommer til grensedragningen mellom privat sfære og allmennheten, har også de andre nordiske landene lagt stor vekt på personlige bånd i vurderingen. Et eksempel fra dansk rett er UfR. 2009 s. 1930 hvor det ble lagt til grunn at ettersom det manglet personlig bånd mellom innsatte i et fengsel og personalet, var det tale om å offentliggjøre verk når de videresendte TV-signaler via kabel. Et annet eksempel fra svensk rett er at det ble lagt til grunn at gruppen av pasienter på lukkede avdelinger på sykehus i sin sammensetning måtte anses som «heterogen, växlande och tillfällig samt uten egentlig inbördes samband», og dermed anså retten musikkavspillingen som offentlig i NJA 1998 s. 715 (NIR 1989 s. 225).⁵²

Det klassiske typetilfellet vil være familiearrangementer hvor det er et klart personlig bånd mellom deltakerne. Da kan man strømme en film på Netflix eller høre på musikk på Spotify uten at dette omfattes av eneretten til opphaver, da man er i kjernen av den private sfære.

2.2.2 EU-domstolens utgangspunkt om «et ubestemt antall personer»

EU-domstolen har ikke hatt samme tilnærming ved vurderingen av hvor grensen skal gå. I sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*) slår domstolen fast at vilkåret «public» i denne konteksten knytter seg til «an indeterminate number of potential television viewers». Videre ble en «general approach required» lagt til grunn i vurderingen, som gjør det nødvendig at man ikke bare ser på antall gjester som befinner seg på hotellrommene, men også på de andre oppholdsstedene på hotellet hvor det er satt ut TV-apparater.⁵³

Senere i sak C-135/10 (*SCF*) uttalte EU-domstolen at vilkåret «public» er å anse som «indeterminate number of potential listeners, and, in addition, implies a fairly large number of persons» og henviste til blant annet *Rafael Hoteles*.⁵⁴ Definisjonen ble dermed noe utvidet i saken.⁵⁵ EU-domstolen så videre hen til WIPO-ordlisten hvor det fremkommer at allmennheten vil si «persons in general, that is, not restricted to specific individuals belonging to a private group». De la til at det foreligger en viss minimumsgrense for hva som er å anse

⁵¹ Rogstad (2009) s. 189

⁵² Rosenmeier (2016) s. 443

⁵³ Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 38

⁵⁴ Sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 84

⁵⁵ Koo (2019) s. 50

som betydelig antall personer slik at grupper som er for små eller ubetydelige utelukkes.⁵⁶ Når det kom til pasientgruppen la domstolen til grunn at sammensetningen var stabil og at de på den måten måtte anses som en bestemt gruppe da andre personer ikke har adgang.⁵⁷ Det var derfor ikke tale om «alle» og det var heller ikke tale om betydelig antall personer.⁵⁸ Altså basert på antall pasienter så var det en for liten gruppe til å nå opp til «alle».

Dette utgangspunktet fremkommer også i blant annet sak C-607/11 (*ITV Broadcasting*)⁵⁹, sak C-351/12 (*OSA*)⁶⁰, sak C-162/10 (*Phonographic Performance (Ireland)*)⁶¹ og sak C-138/16 (*AKM*)⁶².

I sak C-177/15 (*Reha Training*) slo EU-domstolen fast at den gjentatte definisjonen skulle legges til grunn. EU-domstolen anså at pasientgruppen som besøkte rehabiliteringssenteret ikke var for liten eller ubetydelig, men ble ansett å være «alle», særlig om man tok i betraktning at pasientene samtidig fikk tilgang til verk på tvers av senteret.

2.2.3 Er utgangspunktet om personlige bånd forenlig med EU-domstolens innfallsvinkel?

EU-domstolens utgangspunkt om at begrepet «allmennheten» innebærer «et ubestemt antall personer» er brukt konsekvent i rettspraksis og er å anse som et klart utgangspunkt for vurderingen.

Dette skiller seg fra utgangspunktet om personlige bånd. Imidlertid vil utgangspunktet som regel føre til samme resultat som EU-retten. Dersom det er tale om en slik type krets, vil det som oftest reflekteres gjennom antallet ved at det er snakk om relativt små grupper. Selv om man kan tenke seg forsamlinger av en viss størrelse som er knyttet sammen av nære bånd, er det som oftest de mindre gruppene som karakteriserer kjerneområdet til Knophs maksime. Dermed vil denne typen grupper i realiteten falle utenfor både der begrunnelsen er basert på personlige bånd eller antall personer. Det legges til grunn at forskjellen her ikke vil ha noen praktisk betydning.

⁵⁶ Sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 85

⁵⁷ Sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 95

⁵⁸ Sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 96

⁵⁹ Sak C-607/11 (*ITV Broadcasting*), avsnitt 32

⁶⁰ Sak C-351/12 (*OSA*), avsnitt 27

⁶¹ Sak C-162/10 (*Phonographic Performance (Ireland)*), avsnitt 33

⁶² Sak C-138/16 (*AKM*), avsnitt 24

Videre har presiseringen om at den ubestemte karakteren knytter seg til å gjøre verk tilgjengelig for «persons in general» som vil tilsi *alle*, og «not restricted to individuals belonging to a private group» parallellt til uttrykksformen «utenfor det private området» som fulgte § 2 tredje ledd i den tidligere åndsverkloven av 1961 frem til lovendringen i 2005.⁶³ At man utelukker særlige private grupper tilsier at på dette punktet er det ikke noen realitetsforskjell mellom de ulike utgangspunktene.

Imidlertid vil man etter EU-domstolen være utenfor det private området dersom det er tale om et lavt antall selv om det ikke foreligger personlige bånd. Et eksempel på dette er C-135/10 (*SCF*). Hvis man vurderer saken etter de tradisjonelle nordiske kriteriene foreligger det først og fremst ikke personlige bånd mellom tannlegen og pasientene. Dette kan underbygges av at sammenslutningen har et kommersielt formål, som kan belyse at det ikke eksisterer noen personlige bånd mellom avsender og mottaker. Det å konstatere at det ikke foreligger personlige bånd kan ikke etter EU-domstolens vurdering være avgjørende for at man er utenfor det private området.

I norsk rett kan det etter nyere høyesterettspraksis legges til grunn at det på dette punktet allerede har skjedd en endring. I HR-2018-2268-A (*RiksTV*) uttaler Høyesterett at begrepet «allmennheten» innebærer at overføringen må være rettet mot et «ubestemt antall potensielle seere» og henviser til sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*).⁶⁴

Personlige bånd kan derimot enda spille en rolle som tolkningsmoment i vurderingen da man kan utelukke grupper som karakteriseres av denne type tilknytning.

2.3 Skillet mellom lukkede og åpne kretser

2.3.1 Personkretsens størrelse og åpenhetsprinsippet

Dersom det er tale om en lukket gruppe har det i norsk og nordisk rettspraksis blitt lagt vekt på antall personer tilgjengeliggjøringen retter seg mot. I Rt. 1953 s. 633 (*Bedriftsmusikk*) uttalte Høyesterett at det i vurderingen skal legges vekt på personkretsens størrelse.

⁶³ Rognstad (2019) s. 233

⁶⁴ HR-2018-2268-A (*RiksTV*), avsnitt 45

Førstvoterende uttaler at «[d]ette ikke av den grunn at antallet av deltagende personer i seg selv er avgjørende, men fordi tilknytningen mellom deltagerne innbyrdes i første rekke vil være avhengig av forsamlingens størrelse. Jo større kretsen er, desto vanskeligere vil det i det enkelte tilfelle være å konstatere at deltagerne er knyttet sammen på en slik måte at forsamlingen kan sies å ha privat karakter».⁶⁵

I de andre nordiske landene var også saker om «musikk til arbeidet» oppe for retten på 1950-tallet. Den danske Høyesterett kom også frem til at fremføring av musikk i en fabrikkhall for arbeiderne var å anse som offentlig i UfR. 1952.269 H. Imidlertid kom den svenske Högsta domstolen frem til motsatt resultat i NJA 1958 s. 80 at det ikke var offentlig fremføring og begrunnet resultatet med at det var tale om en lukket krets.⁶⁶ For å avklare rettstilstanden på dette området oppstilte man i svensk, dansk og finsk rett en lovbestemt presisering av at tilgjengeliggjøring i ervervsvirksomheter alltid er offentlige dersom det skjer for en større sluttet krets. I svensk rett følger det av opphovsrättslagen⁶⁷ § 2 fjerde ledd at med overføring til allmennheten og offentlig fremføring «jämställs överföringar och framföranden som i förvärvsverksamhet anordnas till eller inför en större sluten krets». Fremgår tilgjengeliggjøringen som et ledd i foretakets virksomhet har man i svensk rett med støtte i SOU 1956:25 antatt at en «større sluten krets» vil omfatte 50 personer men ikke under 20.⁶⁸

I dansk rett har man lovfestet i ophavsretsloven⁶⁹ § 2 stk. 4 punkt 2 at som offentlig fremføring anses også «fremførelse i en erhvervsvirksomhed, der finder sted for en større kreds, som ellers måtte anses som ikke-offentlig». Hva som anses som «en større kreds» antas å være fra 40 personer og oppover etter lovforarbeidene til den danske ophavsretsloven fra 1961.⁷⁰ I Ufr 2007 s. 1581 H som omhandlet denne bestemmelsen ble lagt til grunn at et selskap som drev med avfallshåndtering ikke gjorde verk tilgjengelig. Begrunnelsen for resultatet var at vurderingen måtte baseres på hvor mange som hørte på verket samtidig. Selv om det var tale om 951 medarbeidere i bedriften, ble det lagt avgjørende vekt på det ikke var plass til 40 personer på samme sted som hadde tilgang til verk samtidig. Denne avgjørelsen har blitt kritisert av Rosenmeier for at den kan gi uttrykk for at grupper mindre enn 40 personer i ervervsvirksomhet *alltid* er private, da tanken derimot var å fastslå at

⁶⁵ Rt. 1953 s. 633 (*Bedriftsmusikk*) s. 638

⁶⁶ Rosenmeier (2016) s. 445

⁶⁷ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (heretter opphovsrättslagen)

⁶⁸ SOU 1956:25 s. 105

⁶⁹ Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret (heretter ophavsretsloven)

⁷⁰ Rosenmeier (2016) s. 446 der han henviser til FT 1960-61 tillæg A, 2 saml., sp. 33 og tillæg B, 2. saml., sp. 629

tilgjengeliggjøring for større kretser i ervervsvirksomhet per definisjon er offentlige.⁷¹ Videre skiller denne dommen seg fra det tradisjonelle utgangspunktet i nordisk rett om at man vurderer forholdet ut fra hvor mange tilgjengeliggjøringen retter seg mot, ikke hvor mange som faktisk får plass på stedet.⁷² I saken var det 640 medarbeidere som hadde tilgang til lastebilene, ca. 130 treningsrommene og rundt 64 til kontorene og verkstedene men dette ble ikke tatt utgangspunkt i.

I norsk rett har man ikke lovfestet en slik rett, men TONO som forvalter opphavsrettigheter på vegne av rettighetshavere av musikkverk har derimot oppstilt antallsangivelser for musikk på arbeidsplassen. Det følger av TONOs nettsider at dersom det er tale om en arbeidsplass med minst 50 ansatte hvorav 30 har tilgang til musikk så vil man være pliktig til å betale vederlag til TONO.⁷³

I nordisk rett har man også ved kabel- og satellittsendinger prøvd å oppstille en konkret grense for hva som er å anse som utenfor det private området. Det fremkommer av den danske ophavsretsloven § 35 stk. 2 at verk «der indgår i en trådløs radio- eller fjernsynsudsending, som modtages ved hjælp af egen antenne, videreudsendes over kabelanlæg, som ikke omfatter mere end 2 tilslutninger». Det har blitt lagt til grunn at dersom det er tale om flere enn to som mottar en videresending av signalene anses det for å være rettet mot allmennheten og da kreves det samtykke fra rettighetshaver.⁷⁴

I norsk rett har man også prøvd på noe lignende i den (senere opphevede) norske Kabeltvistnemndas avgjørelse gjengitt (delvis) i NIR 1989 s. 369.⁷⁵ I avgjørelsen blir det slått fast at videresending av programmer til beboerne i et borettslag med 35 boliger eller flere er å anse som offentlig mens 15 eller færre boliger ble ansett å være innenfor det private området forutsatt at det ikke forelå spesielle omstendigheter.⁷⁶ Utgangspunktet for fastsettelsen av de tallmessige grensene var personlig bånd og tilknytning beboerne imellom.

Hvis det derimot er tale om tilgjengeliggjøring som skjer på et sted som praktisk talt er åpent for alle vil dette trekke i retning av at bruken er rettet mot allmennheten.⁷⁷ Dette gjelder selv

⁷¹ Rosenmeier (2016) s. 446

⁷² Rosemeier (2016) s. 447

⁷³ <https://www.tono.no/artikkel/arbeidsplass/> (sist besøkt 20.06.2020)

⁷⁴ Rosenmeier (2016) s. 470

⁷⁵ Rognstad (2019) s. 237

⁷⁶ Rosenmeier (2016) s. 447

⁷⁷ Se også NJA 1980 s.123 (*Mornington*) på s. 127 og UfR 2016.2731 Ø

om få personer faktisk er tilstede så lenge tilbudet er overfor alle. Ved målrettet tilgjengeliggjøring til deler av befolkningen som for eksempel pensjonister, kvinner etc. så vil også det samme gjelde.⁷⁸

Av Rt. 1970 s. 1172 (*Roys Place*) kan det utledes et «åpenhetsprinsipp» som går ut på at «det avgjørende må være *hvem* som har potensielt tilgang på lokaler der verk tilgjengeliggjøres, og ikke hvem som rent faktisk befinner seg på stedet».⁷⁹ Tvisten omhandlet lov om avgift på offentlig fremføring av utøvende kunstneres prestasjoner og tolkningen av «offentlig» som etter forarbeidene skulle tillegges samme vurdering som etter åndsverkloven. Saken omhandlet en klubb der alle over 18 år kunne bli medlem dersom man ikke var kjent for å lage bråk. Medlemskontingenten var på 4 kroner per kvartal og det var tale om ca. 400 medlemmer. På hvert møte var det gjennomsnittlig 25–40 medlemmer som befant seg på klubben. Det var flere momenter som trakk i retning av at møtene måtte anses som offentlige, blant annet «den praktisk talt ubegrensede adgang for voksne».

Det samme prinsippet ble lagt til grunn i finske Högsta domstolens dom i NIR 2003 s. 161 (*Taximusikkdommen*). Saken gjaldt avspilling av musikk overfor kunder i taxi som ble ansett som offentlig fremføring. Det som var avgjørende for at tilgjengeliggjøringen ble ansett som en krenkelse var det at allmennheten hadde tilgang.

UfR 1999.2057 V omhandlet en frisørsalong som hadde rundt 4–5 besøkende kunder om dagen. Innehaveren av frisørsalongen spilte musikk under behandlingen av kundene. Det ble lagt til grunn at musikkavspillingen var en krenkelse. Selv om det var få kunder i salongen om gangen, var det avgjørende argumentet at frisørsalongen var åpen for alle.⁸⁰

I den svenske dommen NJA. 1986 s. 702 (*Demonstrasjonsmusikk*) ble det lagt til grunn at det å avspille verk i en radio og TV-forretning for å demonstrere plate- og kassettpillere for kundene var en krenkelse. I avgjørelsen uttales det at i «det aktuelle fallet har delar av verken spelats i en affärslokal som varit tillgänglig för allmänheten». Slik at det også her legges vekt på at selve butikklokalet er fritt tilgjengelig og åpent for alle.

⁷⁸ Rosenmeier (2016) s. 444

⁷⁹ Rogstad (2019) s. 234

⁸⁰ Rogstad (2009) s. 189

Det er på bakgrunn av åpenhetsprinsippet at man ansett tilgjengeliggjøring av musikk i kafeer, butikker, frisørsalonger, venterom på legekantor etc. for å være rettet mot allmennheten.⁸¹

2.3.2 Antall totale mottakere eventuelt målt kumulativt

For at det skal være tale om allmennheten må det etter EU-domstolens rettspraksis først og fremst være tale om et ubestemt antall potensielle mottakere og innebære et betydelig antall personer.⁸² Den ubestemte karakteren knytter seg til å gjøre verket tilgjengelig overfor «persons in general», altså alle som ikke er begrenset til «specific individuals belonging to a private group».⁸³ Det kan imidlertid stilles spørsmål til hvor grensen for hvor mange personer som skal til for at man anser en gruppe som «alle». EU-domstolen har ikke oppstilt noen antallsangivelser, men har uttalt at det eksisterer en minimumsgrense som utelukker grupper som anses for små eller ubetydelige.

Det er vanskelig å fastslå nøyaktig hvor grensen går. EU-domstolens avgjørelser omfatter tilfeller hvor man ganske uproblematisk kan slå fast at det er tale om en ubestemt krets av mottakere, noe som gjør det vanskelig å trekke en nedre grense mot hva som er en bestemt krets. Etter rettspraksis har det blitt lagt til grunn at tilfeller hvor det er tale om overføring av verk på hoteller, spahotell og rehabiliteringssenter er over grensen mens det i tannlegetilfellet i C-135/10 (*SCF*) ble slått fast at «the number of persons is not large, indeed it is insignificant, given that the number of persons present in his practice at the same time is, in general, very limited».⁸⁴

Videre følger det av EU-domstolens rettspraksis at man ikke kun må ta stilling til hvor mange som har tilgang til verket samtidig, men også hvor mange som har tilgang etter hverandre, altså den kumulative effekten.⁸⁵ En overføring av et verk kan dermed være å anse som rettet til allmennheten dersom det er tale om betydelig antall personer, eller dersom det blir spilt flere ganger for mindre grupper slik at det over tid vil være å anse som overføring til allmennheten.⁸⁶

⁸¹ Rognstad (2019) s. 235

⁸² Se eksempelvis Sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 41 sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 84 sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 37-38

⁸³ Sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 42

⁸⁴ Sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 96

⁸⁵ Se eksempelvis sak C-306/05 (*Rafael Hotels*), avsnitt 38-39, sak C-351/12 (*OSA*), avsnitt 28-30, sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 44

⁸⁶ Rosenmeier (2016) s. 461

EU-domstolen uttaler i sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*) at man må ta i betraktning gjestene som befinner seg rundt på hotellet og ikke bare på rommene samt det faktum at hotellgjester utskiftes hyppig. Videre uttaler domstolen at når man tar hensyn til «cumulative effects of making the works available to such potential television viewers, the latter act could become very significant in such a context».⁸⁷

I sak C-135/10 (*SCF*) blir det uttalt at «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». Domstolen legger dermed vekt på at tannlegepasientene ikke hører samme verk når de kommer etter tur.

Dette blir fulgt opp i den etterfølgende rettspraksisen blant annet i sak C-162/10 (*Phonographic Performance (Ireland)*)⁸⁸ og C-607/11 (*ITV Broadcasting*)⁸⁹.

I sak C-351/12 (*OSA*) uttales det at spahotellet var «likely to accommodate, both at the same time and successively, an indeterminate but fairly large number of people who can receive broadcasts in their rooms».⁹⁰ EU-domstolen begrunner derimot ikke hvorfor de slår fast at gjestene ser eller hører samme verk etter hverandre.

Det samme legges til grunn i C-117/15 (*Reha Training*)⁹¹ men nevnes derimot ikke i subsumsjonen, hvor den avgjørende vekten legges på at det er tale om flere pasienter som «may enjoy works broadcast at the same time in several places» på rehabiliteringssenteret.⁹²

2.3.3 Avviker EU-retten fra den nordiske på dette punkt?

I argumentasjonen skiller ikke EU-domstolen mellom åpne og lukkede kretser på samme måte som man gjør i nordisk rett. Etter EU-retten er det ikke avgjørende hvor mange som har tilgang på verket på samme tid, da man ser på den kumulative effekten av å gjøre verket tilgjengelig.

Antallsangivelsene i svensk, finsk og dansk opphavsrett om at ervervsmessige tilgjengeliggjøringer for «større kretser» alltid er å anse som offentlige er problematisk sett

⁸⁷ Sak C-306/05 (*Rafael Hotels*), avsnitt 39

⁸⁸ Sak C-162/10 (*Phonographic Performance (Ireland)*), avsnitt 35

⁸⁹ Sak C-607/11 (*ITV Broadcasting*), avsnitt 33

⁹⁰ Sak C-351/12 (*OSA*), avsnitt 29

⁹¹ Sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 44

⁹² Sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 58

opp mot EU-retten. Dette fordi det ikke kan trekkes en bestemt grense for når antallet er å anse som «allmennheten» da vurderingen beror på flere faktorer og inngår i en helhetsvurdering.⁹³ Det at tilgjengeliggjøringen skjer i ervervsvirksomhet vil også etter EU-retten kunne tillegges vekt, men det kan neppe oppstilles ett absolutt antall kun basert på dette hensynet.⁹⁴ Rosenmeier skriver at det «bedste vil være at opphæve reglerne snarest mulig».⁹⁵ Det samme må gjelde for de oppsatte antallsangivelsene som følger av TONOs nettsider.

Videre kan det nok heller ikke for kabel- og satellittsendinger oppstilles en absolutt grense. Det at man i dansk rett legger til grunn at 2 mottakere er innenfor, vil nok kunne være forenlig med EU-retten da det er tale om et lavt antall. Imidlertid vil nok det å slå fast en motsetningsslutning om at alt over 2 er å anse som offentlige være uforenlig med EU-retten.⁹⁶ Når det gjelder resultatet i den norske avgjørelsen fra Kabelvistnemda, vil det kunne argumenteres for at ikke retter seg mot «allmennheten» da mottakerne ikke vil være å anse som «alle» eller et betydelig antall personer.⁹⁷

I nordisk rett kan heller ikke flere tilgjengeliggjøringer av et verk samlet sett være å anse som offentlige eller rettet mot allmennheten. Man vurderer hver enkelt fremføring eller overføring isolert, slik at det kumulative elementet vil være noe nytt.⁹⁸ Selv om det er tale om en frisørsalong hvor det er plass til få folk, en taxi eller en liten restaurant, vil man i disse tilfellene betrakte situasjonen ut fra synspunktet om at hvem som helst i prinsippet har adgang.

Når det kommer til EU-retten på dette punktet er det er særlig kravet om at mottakerne må høre samme verk som er problematisk. Rosenmeier stiller spørsmål ved det at «skiftende hotelgjæster ser de samme udsendelser i tv, men at skiftende pasienter hos tandlægen ikke hører den samme musik i radioen, er en svær gåde, som kun EU-Domstolen kender løsningen på».⁹⁹ Rognstad skriver på sin side at «[n]økkelen kan ligge i uttrykket «potensielle mottakere» – at det avgjørende er hva mottakerne har mulighet for å se eller høre, ikke hva de rent faktisk ser eller hører».¹⁰⁰ Dette underbygger han med at en av forskjellene i de to ulike

⁹³ Se blant annet C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 35

⁹⁴ Se avsnitt 2.5.2

⁹⁵ Rosenmeier (2016) s. 469

⁹⁶ Rosenmeier (2016) s. 470

⁹⁷ Rognstad (2019) s. 237

⁹⁸ Rosenmeier (2016) s. 448

⁹⁹ Rosenmeier (2016) s. 461

¹⁰⁰ Rognstad (2019) s. 235

scenarioene vil være at hotellgjestene vil ha *mulighet* til å se samme verk samtidig, mens pasienter hos tannlegen er prisgitt de verkene som tannlegen har satt på.

Imidlertid er det vanskelig å forstå hvordan publikum som kommer etter hverandre, vil ha tilgang til samme verk i hotelltilfellet og ikke i tannlegetilfellet. Det at de har mulighet til å se samme verk i hotelltilfellene, vil bety at det er de som oppholder seg på hotellet samtidig som kan se det samme verket, men da det er tale om å bedømme publikummet kumulativt i lys av den hyppige utskiftningen blir dette vanskelig å forstå. Dette innebærer at verkene i kringkastingen sendes repetitivt i ett tilfelle, men ikke det andre. Det at EU-domstolen vurderer publikumet samlet over tid og at det på den måten vil være tale om et svært stort antall tatt i betraktning utskiftninger, er forståelig, men det er kravet om samme verk som er uklart. Dette punktet illustrerer en problematikk som er gjennomgående for EU-domstolens rettspraksis knyttet til utviklingen av retten til «communication to the public», nemlig at de ikke gir utgreiende forklaringer på hvorfor de tar de valgene som de gjør i rettsanvendelsen. Domstolen uttaler seg nokså kortfattet, noe som fører til at det i etterkant kan være vanskelig å klarlegge hva retningslinjene innebærer og i dette tilfellet hva som menes med kravet om samme verk. Som Rognstad skriver er kravet om samme verk «unektelig kompliserende, ikke minst av kontrollhensyn».¹⁰¹

Et spørsmål som oppstår her, er om tannlegetilfellet i sak C-135/10 (*SCF*) må anses som et spesielt tilfelle, eller om dommen gir uttrykk for en mer prinsipiell tilnærming. I utgangspunktet kan det tenkes at avgjørelsen vil få betydning for andre virksomheter som driver i små lokaler hvor det ikke er plass til særlig mange om gangen.¹⁰² Selve saksforholdet var imidlertid nokså egenartet. Det kan videre anføres at ettersom dommen bygger på en feilslutning om at det skulle gjøres en annen vurdering for tilfellene som omfattes av uteleiedirektivet 8 (2), vil den ikke ha særlig stor vekt. Peter Schönning skriver blant annet at sak C-117/15 (*Reha Training*), som kom med en avklaring på dette punkt om at det skal legges til grunn samme vurdering som etter opphavsrettsdirektivet art. 3 (1), «må som præjudikat anses at træde i stedet for tidligere domme om henholdsvis tandlægeklinikker og kurbadeanstalter (SCF, C-135/10, og OSA, C-351/12)».¹⁰³ Dette kan tyde på at saken må anses som et mer spesielt tilfelle.

¹⁰¹ Rognstad (2019) s. 235

¹⁰² Rosenmeier (2016) s. 468

¹⁰³ Schönning (2017) s. 249 i fotnote 4

Spørsmålet er videre hvor store de reelle forskjellene er. At EU-domstolen legger såpass stor vekt på størrelsen på lokalet hvor tilgjengeliggjøringen skjer, tilsier at det faktisk er et avvik som kan føre til forskjellig resultat. Dette fordi man da rent praktisk går bort fra åpenhetsprinsippet ved at man for veldig små lokaler kan komme frem til at det ikke er en krenkelse grunnet lavt antall personer og at det er en stabil mottakergruppe selv om hvem som helst i prinsippet kan ha tilgang. Dette er et resultat som man ikke ville fått etter norsk og nordisk rett.

På den andre siden vil det at man tar i betraktning utskiftningen av publikum vil dette momentet ha likhetstrekk med åpenhetsprinsippet. Dette fordi hyppig utskiftning og stor pågang over tid vil som regel kunne begrunnes i at et sted er åpent for alle.

Videre oppstår spørsmålet om resultatet i den finske Högsta domstolens dom i NIR 2003 s. 161 (*Taximusikkdommen*) er forenlig med EU-domstolen. Selv om det i en taxi ofte kun er tale om én passasjer eller et fåtall av passasjerer, så vil ikke forholdet etter nordisk rett være å anse som i den private sfære. Det avgjørende argumentet i saken baserte seg på åpenhetsprinsippet. Sett i lys av EU-retten da det er tale om svært få kunder om gangen og de er priggitt de verkene som sjåføren spiller, kan det trekke i retning av at bruken faller utenfor begrepet allmennheten. Det er imidlertid ikke tale om en stabil kundegruppe da det er svært tilfeldig hvem som faktisk tar taxi. I løpet av en dag kan også antall passasjerer potensielt være svært høyt, slik at dersom man tar i betraktning den hyppige utskiftningen tilsier det at det er tale om et betydelig antall. Dette trekker i retning av at det også etter EU-domstolens utgangspunkt vil være å anse som rettet mot allmennheten. Ut fra dette kan det tyde på at selv om EU-domstolen på dette punktet avviker fra det nordiske, vil man ikke ha store reelle forskjeller.

Åpenhetsprinsippet kan nok imidlertid ikke spille en rolle i vurderingen da den kumulative effekten av å gjøre verket tilgjengelig må anses å ha overtatt på dette punktet. Det å vurdere tilfellet isolert og basert på hvem tilbudet retter seg mot må man nok fravike og erstatte med utgangspunktet om hvor mange som har tilgang til verket samtidig og etter hverandre.

2.4 «New Public»

2.4.1 EU-domstolens krav om at overføringen må skje til ett nytt publikum

EU-domstolen har oppstilt et krav om at overføringen må være rettet mot et «new public» for at det skal være tale om en krenkelse av retten til «communication to the public». Dette innebærer at verket må gjøres tilgjengelig for «a public which was not taken into account by the authors of the protected works when they granted the original authorisation for the use of their works».¹⁰⁴

Ved gjennomgangen av «new public» vil det tas stilling til om kriteriet er å anse som en del av «communication» eller «public», da dette er avgjørende for hvilken betydning det vil ha for grensedragningen.

I sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*) introduserte EU-domstolen det omtvistede kriteriet «new public». I saken blir det lagt til grunn videresending av signal til de private hotellrommene var en slik type overføring som etter Bernkonvensjonen art. 11*bis* (1)(ii) ville være en «communication made by a broadcasting organisation other than the original one».¹⁰⁵ EU-domstolen slo fast at en slik type overføring er rettet mot et annet publikum enn det opprinnelige publikumet som opphaver hadde tatt i betraktning, og dermed mot et «new public». Domstolen uttaler at hotellet «is the organisation which intervenes, in full knowledge of the consequences of its action, to give access to the protected work to its customers» og at dersom de ikke hadde foretatt denne handlingen hadde ikke gjestene hatt mulighet til å se eller høre verkene selv om de var i området hvor signalene kunne mottas.¹⁰⁶

EU-domstolen legger til grunn at denne tolkningen understøttes av WIPOs guide til Bernkonvensjonen¹⁰⁷ som er et ikke-bindende fortolkningsdokument. Domstolen ser hen til guidens del om hvordan Bernkonvensjonens art. 11*bis*(1)(iii) skal forstås og uttaler at innehaverne av rettighetene til det beskyttede verk «considers only direct users, that is, the owners of reception equipment who, either personally or within their own private or family circles, receive the programme». Videre uttaler domstolen i henhold til guiden at «if reception is for a larger audience, possibly for profit, a new section of the receiving public hears or sees the work and the communication of the programme via a loudspeaker or analogous instrument no longer constitutes simple reception of the programme itself but is an independent act

¹⁰⁴ Sak C-138/16 (*AKM*), avsnitt 25

¹⁰⁵ Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 40

¹⁰⁶ Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 42

¹⁰⁷ Guide to the BERNE CONVENTION for the Protection of Literary Works (Paris Act, 1971)

through which the broadcast work is communicated to a new public».¹⁰⁸ Opphavers enerett vil omfatte den type «public reception» etter WIPO-guiden.

Dersom det skal være en krenkelse av opphaverens eneretter må det ifølge domstolen være tale om overføringer rettet mot et større publikum enn de direkte brukerne som mottar overføringene på sine egne apparater i privat eller familiesammenheng. I dommen ble det slått fast at gjester på hotell vil være et slikt nytt publikum som opphaverne ikke har tatt i betraktning da de tillot den opprinnelige overføringen. Videre ble det lagt vekt på at hotellet er den organisasjonen som med full kjennskap til konsekvensene av dens handlinger gir gjestene tilgang til beskyttede verk, og at dersom hotellet ikke hadde foretatt denne handlingen, hadde gjestene i prinsippet ikke hatt tilgang til verket selv om de befant seg i området hvor det var mulig å motta disse signalene.¹⁰⁹

Det er uklart om EU-domstolen i saken knytter kriteriet «new public» til «public» eller «communication», om det kun er relevant for den type overføringer som i det foreliggende tilfellet og hvilken vekt det skal tillegges. Sett i lys av at domstolen ved utpenslingen av «public»-vilkåret uttaler at det er en helhetsvurdering, kan sammenhengen «new public» trekke i retning av at det er en del av allmennhetsvilkåret. Videre fremkommer det av fortolkningsdokumentet som om de støtter vurderingen av at fokuset ligger på publikummet, noe som også kan tas til inntekt for at «new public»-kriteriet tilhører vilkåret «public». Det fremgår imidlertid ikke eksplisitt av dommen hva som er å anse som en «communication», og det har blitt tatt til orde for at man kan knytte en viss definisjon ut fra «new public»-omtalen hvor det legges til grunn et kunnskapskriterium, dvs. at det slås fast at man med full kunnskap om konsekvensene av handlingen gir publikum tilgang til de beskyttede verk. Det er dermed uklart ut fra dommen om «new public» er den del av «communication» eller «public». Det kan se ut som at «new public»-kriteriet kun knytter seg til overføringstilfeller som det var tale om i saken, altså retransmisjon av kringkastingssignaler og utplassering av utstyr for publikum.

I de forente sakene C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*) legges samme vurdering til grunn.¹¹⁰ EU-domstolen begrunner ikke valget for hvorfor de benytter seg av kriteriet i saken, men henviser til *Rafael Hoteles*-dommen. Når utsendelsen av verket skjer på et sted som er

¹⁰⁸ Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 41

¹⁰⁹ Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 42

¹¹⁰ De forente sakene C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*), avsnitt 197

tilgjengelig for allmennheten «for an additional public which is permitted by the owner of the television set to hear or see the work, an intentional intervention of that kind must be regarded as an act by which the work in question is communicated to a new public». I dette tilfellet var gjestene å anse som «an additional public which was not considered by the authors when they authorised the broadcasting of their works».¹¹¹ Det uttales i saken at «it is also necessary for the work broadcast to be transmitted to a new public» for at det skal kunne konstateres en «communication to the public».¹¹² Det blir dermed klart at kriteriet er et nødvendig vilkår. I dommen uttaler ikke EU-domstolen noe eksplisitt om vilkåret «public», og da de knytter opp kunnskapsmomentet mot «communication»-vilkåret, tyder dette på at kriteriet om et nytt publikum her er å anse som en del av allmennhetsvilkåret.

De forente sakene C-431/09 og C-432 (*Airfield*) fra 2011, omhandlet satellitt- og kabeldirektivets artikkel 2. I saken ble «new public» anvendt analogisk. EU-domstolen ser hen til tidligere rettspraksis og slår fast at samtykke må innhentes av den som foretar tilgjengeliggjøringen for et «new public», som opphaverne ikke hadde tatt i betraktning da de autoriserte den opprinnelige overføringen.¹¹³

I sak C-135/10 (*SCF*) som omhandlet uteleiedirektivet 8 (2) ble ikke kriteriet «new public» anvendt. Hvorfor EU-domstolen ikke benytter kriteriet her er uvisst. En årsak kan være at da de ikke anså vilkåret «public» som oppfylt at det dermed ikke var behov for å vurdere om det var tale om et «new public». En annen mulig teori er at ettersom domstolen la til grunn at det måtte foretas en annerledes vurdering når det kom til tolkningen av utleiedirektivet enn opphavsrettsdirektivet at de ikke så det som et nødvendig kriterium i denne sammenhengen.

I sak C-135/10 (*SCF*) som omhandlet uteleiedirektivet 8 (2), ble ikke kriteriet «new public» anvendt. Det er uvisst hvorfor EU-domstolen ikke benytter kriteriet her. En årsak kan være at siden de ikke anså vilkåret «public» som oppfylt, var det dermed ikke behov for å vurdere om det var tale om et «new public». En annen mulig teori er at ettersom domstolen la til grunn at det måtte foretas en annerledes vurdering når det kom til tolkningen av utleiedirektivet enn av opphavsrettsdirektivet, så de det ikke som et nødvendig kriterium i denne sammenhengen.

Sak C-607/11 (*ITV Broadcasting I*) omhandlet selskapet TVCatchup som tilbød live-strømming av lineær-TV gjennom internett av en annens kringkastingsorganisasjon «free-to-

¹¹¹ Sak C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*), avsnitt 199

¹¹² Sak C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*), avsnitt 197

¹¹³ De forente sakene C-431/09 og C-432 (*Airfield*), avsnitt 83

air» tv-kanaler.¹¹⁴ Det var en forutsetning for tilgang til nettsendingen at brukeren allerede hadde tilgang til den opprinnelige overføringen. Domstolen la til grunn at det var tale om et «public» da publikummet som kunne se sendingene klart oppfylte dette kravet da alle som med bosted i Storbritannia som hadde internett og TV-lisens, ville ha tilgang. Det var ikke tale om et nytt publikum i den foreliggende saken, da det var det samme publikummet som hadde tilgang til TV-kanalene i begge tilfellene. Det var nettopp dette publikummet opphaveren hadde tatt i betraktning ved tillatelsen til den opprinnelige overføringen, nemlig de direkte brukerne som mottok overføringene på sine egne apparater i privat eller familiesammenheng som nå også kunne få tilgang til livesendingen på internett. I utgangspunktet vil dette være kjernen av hvem opphaver hadde tatt i betraktning og helt klart ikke et «new public». EU-domstolen legger imidlertid til grunn i *ITV Broadcasting I* at det ikke trenger å være tale om at overføringen er rettet mot et «new public» da det i den foreliggende saken er benyttet «specific technical conditions» hvor hver overføring krever en individuell tillatelse fra rettighetshaveren. Det blir uttalt at «new public»-kriteriet kun er relevant i situasjoner som i *Rafael Hoteles-*, *Premier League-* og i *Airfield*-saken.¹¹⁵ Kringkasting via satellitt og via bakkenett vil anses som samme teknikk. Det illustrerer også at «new public»-kriteriet ikke er vanntett, og er et av de potensielle problemene ved dets anvendelse. Det alternative kriteriet om «specific technical means» kan anses som et supplement til «new public»-kriteriet der EU-domstolen prøver å begrense omfanget for å sikre opphavers rettigheter.

I sak C-177/15 (*Reha Training*) blir det konstatert at for at en overføring skal være omfattet av begrepet «communication to the public», må den være overført til et «new public». I den konteksten trekker de frem brukerens rolle, herunder kunnskaps- og nødvendighetsmomentet. EU-domstolen legger til grunn at eierne av steder som kafeer, restauranter, hoteller eller spaetablisser er å anse som den type brukere. Derfor er det underforstått at overføringen av verket er målrettet og mottakerne er ikke ved en tilfeldighet «fanget».¹¹⁶ Det ble lagt til grunn at det var tale om et «new public» i dette tilfellet da pasientene ikke ville blitt eksponert for de beskyttede verkene om det ikke hadde vært for den målrettede bruken til eieren. Videre var det tale om et publikum som opphaverne ikke hadde tatt i betraktning da de autoriserte

¹¹⁴ Schönning (2017) s. 252

¹¹⁵ Sak C-607/11 (*ITV Broadcasting I*), avsnitt 39

¹¹⁶ Sak C-177/15 (*Reha Training*), avsnitt 46 og 47

den opprinnelige sendingen.¹¹⁷ I dommen behandles først «public», så uttaler domstolen at «[i]n the second place» må det foreligge et «new public» som kan indikere at det er en del av allmennhetskriteriet. Selv om dommen er avsagt i Storkammer følger det ikke klart av saken hvilket vilkår kriteriet «new public» knytter seg til.

I EU-domstolens sak C-138/16 (*AKM*) slås det først fast at det er tale om «a technical means different from that used for the initial broadcast transmission» noe som skulle tale for at det ikke var nødvendig å vurdere om overføringen var rettet mot et nytt publikum.¹¹⁸ EU-domstolen gjorde imidlertid det, og kom frem til mottakerne ikke utgjorde et «new public». Saken er sterkt kritisert. Det at den er avsagt av kun 3 dommere samt at den ikke er i samsvar med verken tidligere eller etterfølgende rettspraksis tilsier at den ikke kan ha særlig sterk prejudikatsverdi.¹¹⁹

Basert på «new public»-kriteriets innhold samt at det gjennomgående i EU-domstolens rettspraksis knyttes opp mot «public», legges det til grunn at det er å anse som en del av allmennhetskriteriet. Dette legges også til grunn i juridisk teori av Justin Koo.¹²⁰

2.4.2 Kritikken mot «new public»

EU-domstolens kriterium om at overføringen må være rettet mot et «new public» for at det skal være tale om en krenkelse av retten til «communication to the public» er svært omdiskutert. Et spørsmål som oppstår her er om man burde følge EU-domstolens utvikling på dette punkt tatt i betraktning alle innsigelsene i juridisk teori.

Av forarbeidene til åndsverkloven uttales det at det har blitt gjort gjeldende fra rettighetshavers hold at kriteriet «new public» ikke er i samsvar med direktivene og internasjonale avtaler, slik som Bernkonvensjonen og WIPO-traktatene.¹²¹

ALAI¹²² legger til grunn at «new public» er i strid med internasjonale avtaler og EU-direktivene og videre at kriteriet er basert på en misforståelse av den gamle WIPO-guiden fra 1978.¹²³ Det samme slås fast av Justin Koo.¹²⁴

¹¹⁷ Sak C-177/15 (*Reha Training*), avsnitt 60

¹¹⁸ Sak C-138/16 (*AKM*), avsnitt 26

¹¹⁹ Rognstad (2019) s. 242

¹²⁰ Koo (2019) s. 93

¹²¹ Prop. 104 L (2016-2017) s. 31

Det stilles først og fremst spørsmål ved tolkningen av Bernkonvensjonen art. 11*bis*(1)(ii). Bestemmelsen gir opphaverne en eksklusiv enerett til å tillate «any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one». ALAI uttaler at ordlyden er klar og at det etter en naturlig språklig forståelse ikke kan utledes et krav om ett nytt publikum.¹²⁵ Det poengteres at bestemmelsen 11*bis*(1)(ii) ikke nevner noe om hvem som mottar overføringen, men sentrerer seg rundt avsenderen og den som foretar handlingen.¹²⁶ Dermed er den eneste betingelsen at dersom det er tale om en retransmisjon eller videresending av kringkasting (rebroadcasting) må utføres av en annen organisasjon enn den opprinnelige avsenderen.

Definisjonen av «new public» som er lagt til grunn av EU-domstolen, er lignende et forslag som ble fremsatt da Bernkonvensjonen ble revidert i 1948 i Brussel. Forslaget gikk ut på at «any retransmission of a work to a new audience or a fresh circle of listeners should be subject to authorisation of the right holder».¹²⁷ Dette førte imidlertid ikke frem da forslaget ble ansett for å være for uklart og vagt, videre at det ville føre til et vanskelig skille mellom publikummet som var tatt i betraktning og det nye publikummet, samt frykt for at enhver retransmisjon eller sekundær overføring ville være å anse som rettet mot et nytt publikum.¹²⁸ Løsningen ble derfor at «organization other than the original one» ble det avgjørende kriteriet i art. 11*bis*(1)(ii). Justin Koo argumenterer derfor for at i alle tilfeller som gjelder tradisjonell retransmisjon burde dette kriteriet benyttes for å sikre at tolkningen er i samsvar med Bernkonvensjonen.¹²⁹ Slik at i tilfellet som *Rafael Hoteles*-dommen som omhandlet retransmisjon ved kabel, var bruken av «new public» definitivt feil fremgangsmåte når Bernkonvensjonen uttrykkelig tilsier at «organisation other than the original one» er avgjørende.¹³⁰

Videre knytter uttalelsene som domstolen referer til i WIPO-guiden seg til Bernkonvensjonen art. 11*bis*(1)(iii). Uttalelsene kommer i sammenheng med forklaringen på hvorfor det å sette ut høyttalere eller andre analoge apparater med tilgang til kringkastingssendinger i

¹²² Association littéraire et artistique internationale (ALAI)

¹²³ ALAI (2014) s. 2

¹²⁴ Koo (2019) s. 95

¹²⁵ ALAI (2014) s. 13

¹²⁶ ALAI (2014) s. 9

¹²⁷ Koo (2019) s. 93

¹²⁸ Koo (2019) s. 93

¹²⁹ Koo (2019) s. 100

¹³⁰ Koo (2019) s. 95

offentligheten, er å anse som en tilgjengeliggjøringshandling som krever samtykke fra opphaveren. Det er ikke i tilknytning til tråd eller trådløse videresendinger av verk. At uttalelsen knytter seg ulike situasjoner enn det som var tilfellet i *Rafael Hoteles*-dommen tilsier videre at kriteriet ikke kan forankres i tolkningsguiden.

ALAI fastsetter videre at heller ikke noen av de andre relevante internasjonale kildene gir støtte for et slikt krav.¹³¹ Kriteriet «new public» har dermed i realiteten ikke forankring i verken internasjonale rettskilder eller EU-direktivene. Det er dermed skapt og formet av EU-domstolen selv.

For å prøve å begrense omfanget av kriteriet og beskytte opphavers rettigheter ble det i rettspraksis lagt til grunn at dersom det er benyttet «specific technical conditions» så vil man ikke behøve å vurdere om det er rettet mot et «new public».¹³² Dette kriteriet er derimot videre potensielt i strid med Bernkonvensjonen. Dette fordi det ikke har vært intensjonen å regulere at en avsender ikke skal kunne ta i bruk ulike måter å overføre sendinger på, men omfatte de tilfellene hvor overføringen skjer i regi av en tredjepart. På den måten kan dette supplementet og alternativet til «new public» skape ytterligere problemer for overføringsretten. Justin Koo skriver at EU-domstolen også her burde ha anvendt kriteriet «organisation other than the original one» fordi det å videresende kringkasting på nett er en form for «webcasting» som er lignende tradisjonell retransmisjon.¹³³

Det kan videre stilles spørsmål om kriteriet er rustet til å følge den teknologiske utviklingen.¹³⁴ Dette fordi utgangspunktet baserer seg på at mottakerne ikke ville hatt tilgang til verket dersom ikke brukeren ved intervensjon hadde gitt tilgang til verkene. De fleste nå for tiden har smarttelefoner og ved hjelp av disse kan man i prinsippet få tilgang til verk, slik at det kan se ut som at denne begrunnelsen ikke er helt holdbar.

Imidlertid er ikke problemstillingen blitt behandlet i noen av EU-domstolens avgjørelser selv om kriteriet har blitt kritisert over lang tid. Kriteriet er imidlertid brukt konsekvent i sakene som omhandler retten til «communication to the public», bortsett fra sak C-135/10 (*SCF*). Presumpsjonsprinsippet og prinsippet om EU-direktivkonform tolkning tilsier at man følger

¹³¹ ALAI (2014) s. 9

¹³² Sak C-607/11 (*ITV Broadcasting I*), avsnitt 39

¹³³ Koo (2019) s. 96

¹³⁴ Rognstad (2019) s. 239

retningslinjene som EU-domstolen oppstiller også på dette punktet.¹³⁵ Dette fremkommer også av de norske forarbeidene til åvl. § 3 hvor det angis at «[d]epartementet mener imidlertid at slike spørsmål bør vurderes innenfor EU-systemet, og går derfor ikke nærmere inn på disse i denne sammenhengen».¹³⁶ Det vil derfor være opp til EU-domstolen å behandle motstriden.

2.4.3 Hvilken betydning har kriteriet «new public» for nordisk rett?

I norsk og nordisk rett eksisterer det ikke et lignede krav som «new public». Det vil slikt sett være et helt nytt konsept. I norsk og nordisk rett har spørsmålet kun sentrert seg rundt om bruken er rettet mot allmennheten, eller om den er innenfor den private sfære. Man har dermed ikke foretatt et slikt skille mellom allmennheten og hva som anses som en ny allmennhet.

I Rt. 1953 s. 633 (*Bedriftsmusikk*) ble det anført fra ankemotparten, altså bedriftseiersiden, at «det i hvert fall ikke skal bli tale om at bedriftene skal betale noe vederlag for den musikken som overføres fra Norsk Riksringkasting, da Kringkastingen har betalt for all den musikk den sender ut, og at Tono må ansees å ha akseptert at vederlagsspørsmålet dermed er ordnet også i forhold til bedriftene». Dette førte ikke frem og det ble lagt til grunn at i slike tilfeller mister ikke opphaveren retten til offentlig fremføring. Oppfatningen er at kringkasteren i disse tilfellene har betalt opphaverne for den tilgjengeliggjøringen som skjer overfor de konkrete mottakerne, ikke for at mottakerne videre skal gjøre det tilgjengelig for allmennheten. Dette viser imidlertid at man også i norsk rett har lagt noe av samme tankegangen til grunn.

Det at opphaver kun har tatt i betraktning det publikum som mottar sendingene på egne apparater i privat eller familiesammenheng vil videre ha likhetstrekk med det nordiske utgangspunktet om personlige bånd.

Som Rognstad skriver, er formålet bak «new public» «på den ene siden å sikre rettighetshaverne mulighet for kompensasjon basert på hvem som har tilgang på verket, men på den annen side å unngå at det kompenseres for samme utnyttelse to ganger».¹³⁷ Kriteriet «new public» har spilt en avgjørende rolle blant annet i saker angående tilgjengeliggjøring på hotell, spa, rehabiliterende treningssentre, puber og restauranter. EU-domstolens bruk av kriteriet har ført til at utfallet i sakene har blitt det samme som det ville blitt etter norsk og

¹³⁵ Rognstad (2019) s. 239

¹³⁶ Prop. 104 L (2016-2017) s. 31

¹³⁷ Rognstad (2019) s. 239

nordisk rett. Tilgjengeliggjøring av verk ved å plassere radio- og tv-apparater på hotell, restauranter og treningssentre, er også en krenkelse av eneretten etter nordisk rett selv om begrunnelsen avviker fra EU-domstolens. Selv om EU-domstolens vurdering er annerledes på dette punktet vil det ikke foreligge noen realitetsforskjell.

Kriteriet «new public» vil ha en innvirkning på vilkåret om at det må være tale om et «public». Dette fordi selv om det i et tilfelle er tale om allmennheten og oppfyller vilkåret etter EU-domstolens retningslinjer, vil det ikke være en krenkelse dersom det ikke er tale om et nytt publikum. På den måten vil kriteriet kunne innskrenke opphavers enerett. På dette punktet ser man imidlertid at EU-domstolen er svært pragmatisk og tilpasser vurderingen som i sak C-607/11 (*ITV Broadcasting*), hvor de ser bort fra kriteriet for å ikke ende opp med å svekke opphavers interesser.

Videre har EU-domstolens krav om at det må være tale om et nytt publikum blitt anvendt av Høyesterett. I HR-2018-2268-A (*RiksTV*) ble det lagt til grunn at vilkåret om at det måtte være tale om overføringer rettet mot «allmennheten» ikke var tvilsomt og Høyesterett la videre vekt på at dersom man når et «nytt publikum» så måtte man klarere overføringen med rettighetshaverne.¹³⁸ Saken viser at det har skjedd en endring på dette punkt ved at man har lagt til kravet om nytt publikum i vurderingen av åvl. § 3.

I LB-2012-206223 ble det uttalt at «sendingen når et nytt publikum er begrunnelsen for at tilrådighetsstillelsen skal utløse vederlag selv om rettighetshaverne allerede har fått vederlag fra kringkasteren». Her ble det imidlertid påpekt svakheten ved begrunnelsen om at kundene i «mange tilfeller vil ha mulighet til å lytte til de kringkastede verk selv om det ikke er montert radio i bilen, fordi han kan lytte via eget medbrakt utstyr som f.eks. sin smarttelefon». Imidlertid ble det lagt til grunn at utgangspunktet om «nytt publikum» står fast. For det konkrete tilfellet hvor det var tale om utleiebiler, var det imidlertid ikke nødvendig å vurdere om det var tale om et nytt publikum. I sak C-753/18 (*Stim and SAMI*) som omhandlet utleiebiler i Sverige, var det avgjørende at radioen var en integrert del av bilen slik at det ikke var tale om en «act of communication». Derfor gikk ikke EU-domstolen inn på spørsmålet om det var tale om et «public» og videre «new public».

2.5 Kommersielt formål

¹³⁸ HR-2018-2268-A (*RiksTV*), avsnitt 69

2.5.1 Tilgjengeliggjøring av verk med ervervsmessig formål eller som ledd i ervervsvirksomhet

Det fremkommer av Knoph «at det i tvilstilfelle må legges vekt på om sammenslutningen har ervervsmessig formål eller ikke».¹³⁹ I Rt. 1953 s. 633 (*Bedriftsmusikk*) ble det uttalt på side 637 at det kan «komme inn som et moment av indirekte betydning ved denne bedømmelse om fremføringen har ervervsmessig formål eller overhodet kan betraktes som ledd ervervsvirksomhet». Videre uttaler Høyesterett at «[f]orholdene vil i så fall kunne ligge slik an at en nettopp savner de personlige innbyrdes tilknytningsmomenter mellom deltagerne som er nødvendige for at kretsen kan betegnes som privat». Dette fordi at det typisk i slike situasjoner ikke vil foreligge personlige bånd.

Knoph skriver at «fremførelsen skjer i erhvervsøiemed vil alltid ha stor symptomatisk betydning» og at «[f]remførelse av musikk i kaféer, teatre eller stormagasiner for å underholde kundene, er således ubetinget offentlig».¹⁴⁰ Når kommersielle aktører gjør beskyttede verk tilgjengelige overfor sine kunder eller gjester har den alminnelige oppfatningen etter nordisk rett vært at det er å anse som rettet mot allmennheten.

De nordiske landenes bestemmelse om at fremføring og overføring av verk til «større sluttede kretser» skjer som ledd i ervervsmessig virksomhet alltid er å anse som en krenkelse gjenspeiler tankegangen bak dette momentet.

Videre i UfR 2002 s. 649 Ø la den danske landsretten til grunn at musikkavspilling på treningssenter var å anse som offentlig. I vurderingen ble det innledningsvis bemerket at «sagsøgte, der efter det oplyste er blandt de største virksomheder, der driver motionscentre på kommerciel basis her i landet». Det ble lagt vekt på at tilbudet om å bli medlem, i all hovedsak var åpent for alle og det var heller ikke tilstrekkelig tilknytning mellom deltakerne. At dansk rett her kom frem til at det var en krenkelse i motsetning til i UfR 1999.2011 H (*Ungdomsklubb*) og UfR 2004.2134 H (*Gymnastikkforeninger*) tilsier at det kommersielle elementet tillegges vekt.

2.5.2 Profittformål

¹³⁹ Knoph (1936) s. 90

¹⁴⁰ Knoph (1936) s. 89

EU-domstolen vektlegger på sin side om overføringen har skjedd med vinning for øye. I sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*) la EU-domstolen vekt på at det å gi gjestene tilgang til radio og tv «must be considered an additional service performed with the aim of obtaining some benefit», slik at dette tilbudet hadde betydning for hotellets klasse og dermed prisen på hotellrommene. Dette kan tolkes på den måten at økonomisk fortjeneste peker mot en overtredelse av bestemmelsen. Momentet er derimot ikke en nødvendig betingelse for at det skal eksistere en «communication to the public». ¹⁴¹

I de forente sakene C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*) uttales det at «communication» som skjer med vinning for øye ikke er uten relevans i vurderingen.¹⁴² I dette tilfellet var det ikke tvil om at innehaverne av utsalgsstedene viste Premier League for å tiltrekke gjester og dermed for å øke salget, noe som trakk i retning av at det var tale om en krenkelse.¹⁴³

I sak C-135/10 (*SCF*) ble det lagt til grunn at det ikke er irrelevant om en «communication» har økonomisk hensikt, og det ble uttalt at dette momentet ville gjøre seg gjeldende i enda større grad i den foreliggende tvisten hensett uteleiedirektivet art. 8 (2) økonomiske art. Det fremheves i saken at det å foreta en overføring med det formål å øke besøksfrekvensen på stedet som kan ende i økonomiske resultater, kan trekke i retning av overtredelse av bestemmelsen.¹⁴⁴ Videre at underforstått tilsa dette at bruken var målrettet mot allmennheten og dermed at publikum ikke var «fanget» ved en tilfeldighet. I saken hvor tannlegen bare brukte musikken som bakgrunnsmusikk, la domstolen til grunn at man ikke kunne forvente en stigning i verken antall pasienter eller at han kunne heve prisene på dette grunnlaget. Det ble presisert at pasientenes formål med å dra til tannlegen var å motta behandling og at musikken ikke var knyttet til utøvelsen av tannpleien.¹⁴⁵ Det at tannlegen spilte musikk, var følgelig ikke noe som førte til et konkurransefortrinn og flere kunder. Det var bare ved en tilfeldighet og uavhengig av deres ønsker at de fikk tilgang. I saken trakk dette momentet følgelig mot at det var tale om en overføring til allmennheten, da avspillingen ikke skjedde med vinning for øye.

EU-domstolen legger det samme til grunn i sak C-177/15 (*Reha Training*). I saken vektlegges det om tilgjengeliggjøringen medfører at stedet blir mer attraktivt og besøksfrekvensen

¹⁴¹ Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 44

¹⁴² De forente sakene C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*), avsnitt 204

¹⁴³ De forente sakene C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*), avsnitt 205

¹⁴⁴ Sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 90

¹⁴⁵ Sak C-135/10 (*SCF*) avsnitt 96

øker.¹⁴⁶ Det uttales i saken at «the profit-making nature of the broadcast of a protective work does not determine conclusively whether a transmission is to be categorised as a ‘communication to the public’». Domstolen slår videre fast at momentet ikke er irrelevant, og da spesielt for størrelsen på det potensielle vederlaget som må betales dersom det er en krenkelse,¹⁴⁷ slik at det dermed kan skje en «communication to the public» selv om det ikke foreligger noe formål om økonomisk vinning bak. I denne sammenhengen vil også mottakers «receptivity», altså mottakelighet, være relevant. EU-domstolen henviser på dette punktet til sak C-135/10 (*SCF*) der det fremkommer at «the public which is the subject of the communication is both targeted by the user and receptive, in one way or another, to that communication, and not merely ‘caught’ by chance».¹⁴⁸

2.5.3 Brukes det kommersielle elementet likt i EU-retten og i den nordiske retten?

Det kommersielle elementet blir brukt noe forskjellig i nordisk rett og EU-retten. Dette særlig når man i tannlegetilfellet legger vekt på at man ikke går til tannlegen for å høre på musikk, men for å motta behandling. I prinsippet kan dette momentet brukes for venterom hos legen og andre lignende steder hvor bruken ikke vil øke besøksfrekvensen. Etter nordisk rett vektlegger man at bruken i denne typen tilfeller skjer som ledd i en ervervsvirksomhet, noe som trekker i retning av at det er tale om en krenkelse.

Imidlertid vil som oftest bruken av musikk være med vinning for øye og for å øke besøksfrekvensen på stedet hvor tilgjengeliggjøringen finner sted. Musikk i for eksempel restauranter, butikker, kaféer og barer, er for å underholde og gi en bedre opplevelse for de besøkende. Dette vil trekke i retning av krenkelse både etter nordisk rett og EU-rett, slik at dersom man tilgjengeliggjør verk med profittformål, er det klart at det ikke foreligger en realitetsforskjell på dette punkt mellom nordisk rett og EU-retten.

Videre vil det at EU-domstolen legger vekt på at det er en målrettet tilgjengeliggjøring, ha likhetstrekk med momentet om hensikt i norsk og nordisk rett. Dersom det er tilfeldig at publikum får tilgang, vil heller ikke tilgjengeliggjøringen anses å være med vinning for øye. I norsk og nordisk rett er hensikt et moment som kan vektlegges i tvilstilfeller. Et klassisk

¹⁴⁶ Sak C-177/15 (*Reha Training*), avsnitt 51

¹⁴⁷ Sak C-177/15 (*Reha Training*), avsnitt 49

¹⁴⁸ Sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 91

eksempel i norsk opphavsrett når det kommer til vektleggingen av hensikten bak tilgjengeliggjøringen, følger av Knoph der han skriver at det ikke er tale om en krenkelse dersom «en sanger øver sig for åpne vinduer, selv om det danner sig en anselig folkesamling utenfor».¹⁴⁹ Han legger til at hvis hensikten nettopp er det å synge for folket som samler seg utenfor, så står saken annerledes. Poenget er at dersom en butikkansatt har en radio stående på bakrommet som benyttes i lunsjpausene og døren står på gløtt ved en forglemmelse slik at musikken når butikklokalet, så tilsier dette at det ikke er tale om tilgjengeliggjøring for allmennheten. Men hvis hensikten med å ha radioen på bakrommet åpenbart er for å underholde kundene og omgå reglene, vil det motsatte være tilfellet. Det samme må være løsningen etter EU-retten.

2.6 Sosiale hensyn

2.6.1 Særlig vektlagt i dansk rettspraksis

Avgjørelsen i UfR 1999.2011 H (*Ungdomsklubb*) dreide seg om avspilling av musikk i fritids- og ungdomsklubber. Danske Højesteret kom frem til at det ikke var tale om en krenkelse av opphavers enerett. Det ble lagt vekt på «at de overordnede fritidspolitiske og socialpædagogiske formål» skulle søkes oppnådd i slike tilfeller, og at denne typen samvær mellom barn og unge i klubbregi var et alternativ til samvær i deres hjem. Alle barn og unge som oppfylte aldersbetingelsene og som bodde i lokalområdet, kunne bli medlem mot å betale en kontingent. De legger videre vekt på at den enkelte klubb har høyst noen hundre medlemmer, slik at antallet er såpass begrenset og «således at det ikke er større, end at det ovennævnte fællesskab og tillidsforhold etableres». Denne uttalelsen samt at samværet anses som et alternativ til hjemmet, trekker i retning av at de vektlegger den personlige tilknytningen.¹⁵⁰

Videre kan det samme synspunktet ses å ligge til grunn for resultatet i UfR 2004.2134 H (*Gymnastikkforeninger*) som omhandlet musikkavspilling i gymnastikkforeninger. Der vektlegger danske Højesteret at gymnastikkforeningene er ikke-ervervsdrivende foreninger. Videre karakteriseres de av at de typisk har røtter i lokalsamfunnet og virker til å «fremme sociale relationer mellem medlemmerne også ud over, hvad der følger af den fælles

¹⁴⁹ Knoph (1936) s. 89

¹⁵⁰ Rosenmeier (2016) s. 451

gymnastikudøvelse». De som var en del av gymnastikkforeningen måtte også melde seg inn for en sesong og man kunne ikke velge hvilke timer man gikk på, men det var faste treninger. Resultatet ble at det ikke var tale om en krenkelse av opphavers rettigheter.

I Rt. 1970 s. 1172 (*Roys Place*) gir uttrykk for at det ikke kan tillegges betydning at organiseres som en klubb, føres medlemsfortegnelse og oppkreves kontingent når tilknytningen mellom medlemmer og forening var såpass løs. Byretten derimot tok til orde for å vektlegge at hensikten var å skaffe byens ungdommer et sted å være på kvelden. Det ble fremhevet at han handlet ut fra et bestemt sosialt syn, at det ikke var med sikte på en økonomisk fortjeneste og at tilgjengeliggjøringen derfor ikke kunne anses som offentlig. Byrettens dom med hovedforhandling ble derimot opphevet slik at det kan antyde at Høyesterett tok avstand fra å tillegge sosiale formål vekt. Her vil det dermed være en forskjell i de ulike nordiske landene på dette punktet.

2.6.2 Kan man vektlegge sosiale hensyn etter den EU-rettslige vurderingen?

Det fremkommer ingen holdepunkter for at man kan vektlegge sosiale formål i vurderingen etter EU-domstolens rettspraksis. Vurderingen må basere seg på at forsamlingen rent faktisk består av få medlemmer.¹⁵¹ Videre kan det etter EU-domstolens retningslinjer vektlegges at om tilgjengeliggjøringen har skjedd med vinning for øye, vil dette kunne få relevans da overføringens sosiale formål ikke vil være for å få en økonomisk fortjeneste. Likevel er dette ikke et moment som har stått sentralt ved grensedragningen, men kun hatt veiledende betydning.

2.7 Ordinær klasseromsundervisning

2.7.1 Åvl. § 43 fjerde ledd

Av åvl. § 43 fjerde ledd fremkommer det at «[f]remføring og overføring i ordinær klasseromsundervisning anses å skje innenfor det private området». Som det følger av ordlyden er det ikke nødvendig etter norsk rett å vurdere om ordinær klasseromsundervisning er rettet mot allmennheten.

¹⁵¹ Rognstad (2019) s. 236

Det følger av forarbeidene at «ordinær klasseromsundervisning» skal forstås i samsvar med «det som følger av gjeldende rett og tidligere forarbeider».¹⁵² Bestemmelsen bygger på endringene i åndsverkloven av 1961 i 1995 der forarbeidene stadfestet en langvarig oppfatning om at fremføring i ordinær klasseromsundervisning ikke er å anse som offentlig eller rettet mot allmennheten.¹⁵³ Skoleklasser er ansett å være avgrensede kretser på rundt 20–30 elever og «i all hovedsak vil vilkårene om de nære og personlige bånd være oppfylt mesteparten av skoleåret».¹⁵⁴ Selv om elevene og læreren ikke har noen tilknytning til hverandre ved starten, vil de utvikle dette over tid. Bestemmelsen tar dermed utgangspunkt i personlige bånd ved vurderingen av om ordinære klasser er innenfor den private sfære.

Bestemmelsen ble møtt med innsigelser fra en rekke rettighetshaverorganisasjoner, blant annet TONO og Gramo. Det ble blant annet påpekt at klasseromsundervisning skjer i en situasjon hvor læreren er på jobb og elevene i stor grad følger obligatorisk undervisning.¹⁵⁵ Innsigelsene førte imidlertid ikke frem og forslaget ble vedtatt. Det ble derimot rettet en anmodning til regjeringen om å «komme tilbake med forslag om å justere 'klasseromsregelen' i åndsverkloven § 43 dersom det viser seg at bruken etter bestemmelsen utvikler seg slik at den skader rettighetshavernes interesser på en urimelig måte».¹⁵⁶

2.7.2 Kan man etter EU-domstolens vurdering slå fast at klasseromsundervisning alltid er å anse som innenfor det private området?

Når det kom til forholdet til EU-retten uttales det i forarbeidene at «[d]epartementet antar at i dette tilfellet vil de EU-rettslige kriteriene føre til samme resultat som gjeldende rett og forslaget her».¹⁵⁷ Et spørsmål som oppstår her er om bestemmelsen i åvl. § 43 fjerde ledd er forenelig med EU-retten eller om ordinær klasseromsundervisning er å anse som rettet mot allmennheten slik at bestemmelsen må ses på som en begrensning i opphavers enerett.

Ordinære skoleklasser vil isolert sett ikke anses som et ubestemt antall potensielle mottakere og innebære et betydelig antall personer. Slikt sett kan klasseromssituasjonen anses å være begrenset til «specific individuals belonging to a private group» og derfor falle utenfor den ubestemte karakteren som kreves da en ordinær skoleklasse som regel vil bestå av 20–30

¹⁵² Prop. 104 L (2016-2017) s. 163

¹⁵³ Ot.prp. nr. 15 (1994-95) s. 126

¹⁵⁴ Prop. 104 L (2016-2017) s. 163

¹⁵⁵ Prop. 104 L (2016-2017) s. 163

¹⁵⁶ Innst. 258 L (2017-2018) s.5

¹⁵⁷ Prop. 104 L (2016-2017) s. 163

personer. Videre følger det av forarbeidene til endringen i 1995 av åndsverkloven av 1961 at fremføring av filmverk utenfor det private området «typisk ved at det er flere klasser til stede» antas å forekomme sjelden.¹⁵⁸ Dette tyder på at bestemmelsen må tolkes slik at det kun er tilgjengeliggjøring i den enkelte klassen som bestemmelsen anser å falle utenfor opphavers enerett.

Bestemmelsen gir uttrykk for den tradisjonelle nordiske tilnærmingen da man vurderer tilfellet isolert og at for den enkelte klassen vil forholdet som regel være preget av personlige bånd. Imidlertid må man ta i betraktning den kumulative effekten da det fremkommer av EU-domstolens rettspraksis at man ikke kun må ta stilling til hvor mange som har tilgang til verket samtidig men også hvor mange som har tilgang etter hverandre. For eksempel dersom bruken av et verk inngår som en del av samordnet undervisning kan dette føre til at svært mange mottar verket samtidig på tvers av trinn. Imidlertid kan det tenkes en begrensning i retten av å bruke verk som ikke er undervisningsfilm for større grupper, altså spillefilmer og lignende hvor rettighetsforholdene ikke har vært ordnet i forbindelse med distribusjon av filmen. Dette forbeholdet synes å komme til uttrykk i forarbeidene til endringen i 1995.¹⁵⁹

Det kan videre tenkes at et verk blir brukt av en lærer for flere klasser slik at samlet sett vil det være betydelig mange som har tilgang over tid.¹⁶⁰ Bestemmelsen er klar og må dermed som utgangspunkt legges til grunn. Den bør imidlertid tolkes med forbehold for kumulative fremføringer og overføringer slik at resultatet vil være i tråd med EU-retten.¹⁶¹

2.8 Er den konkrete vurderingen endret?

Etter norsk og nordisk rettspraksis må det foretas en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering hvor de ulike momentene kan trekke i den ene eller den andre retningen og det er slikt sett ikke tale om bindende kriterier.

For å kunne vurdere om det har skjedd en «communication to the public, account has to be taken of several complementary criteria, which are not autonomous and are interdependent. Since those criteria may, in different situations, be present to widely varying degrees, they

¹⁵⁸ Ot.prp. nr. 15 (1994-95) s. 126

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 15 (1994-95) s. 126

¹⁶⁰ Rognstad (2019) s. 237

¹⁶¹ Rognstad (2019) s. 238 men også som det følger av Rt. 2000 s. 1811 (*Finanger I*)

must be applied both individually and in their interaction with one another». ¹⁶² Hver sak skal etter dette vurderes opp mot en rekke momenter oppstilt av EU-domstolen som både må vurderes individuelt men også opp mot hverandre. Momentene vil kunne ha ulik stryke basert på de konkrete omstendighetene i hver sak. Det imidlertid litt uklart hva som menes med uttalelsen. Rettspraksis viser at det eneste momentet som er av veiledende karakter er vinningsmomentet. Alle de andre momentene som oppstilles av EU-domstolen kan tolkes slik at må oppfylles og er slikt sett bindende kriterier. ¹⁶³ Dette kan trekke i retning av at det er tale om vilkår og ikke kriterier.

Etter EU-domstolens rettspraksis ser det derimot ut som at det er en rekke momenter som man er pliktig til å vurdere, der momentene på noen punkt avviker fra det norske og nordiske. Selve vurderingen kan derfor anses som mindre skjønnsmessig enn den nordiske. Imidlertid er det ikke noen absolutte krav innenfor hvert kriterium. Det må derfor uansett gjøres en skjønnsmessig vurdering av det konkrete forholdet etter hvert moment. Noe som tilsier at selve vurderingen i realiteten ikke vil innebære store forskjeller fra norsk og nordisk rett.

¹⁶² Se blant annet sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 35 og sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 79

¹⁶³ Rosenmeier (2016) s. 465

Kilderegister

Litteratur

- ALAI (2014) ALAI Opinion on the criterion «New Public», developed nby the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public, 7. september 2014
tilgjengelig på:
<http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf>
- Blomqvist/Rosenmeier (2018) Blomqvist, Jørgen, Morten Rosenmeier: «Hvornår er brug af musik som led i danseundervisning offentlig? Og skal det vurderes efter nordiske eller EU-retlige kriterier? Den danske Højesterets dom af 30.oktober 2017 om fremførelse i FOF-foreninger», NIR 2018 s. 201-215
- Fredriksen/Mathisen (2014) Fredriksen, Halvard Haukeland, Gjermund Mathisen: *EØS-rett*, 2 utgave, Fagbokforlaget 2014
- Kielland/Lunde/Tande (2019) Kielland, Torger, Tore Lunde, Knut Martin Tande «*Immaterialrettens europeisering*», *Rett i vest. Festskrift til 50-årsjubileet for jurist-utdanningen ved Universitetet i Bergen*, Johan Giertsen, Erling Johannes Husabø, Øystein L. Iversen og Berte-Elen Konow (red.), Fagbokforlaget 2019, s. 395-418
- Knoph (1936) Knoph, Ragnar: *Åndsretten*, Oslo, Nationaltrykkeriet 1936
- Koo (2019) Koo, Justin: *The right of Communication to the Public in EU Copyright Law*, 1 utgave, Hart Publishing 2019
- Rognstad (2009) Rognstad, Ole-Andreas: *Opphavsrett*, 1. utg., Universitetsforlaget 2009

Rognstad (2019)	Rognstad, Ole-Andreas: <i>Opphavsrett</i> , 2. utg., Universitetsforlaget 2019
Rosenmeier (2016)	Rosenmeier, Morten: «EU-rettens betydning for den ophavsretslige sonndring mellem offentlig og privat», NIR 2016 s. 479-480
Schønning (2017)	Schønning, Peter «EU-domstolens praksis om begrepet ‘overføring til et nyt publikum’», NIR 2017 s.248-256
TONOs nettsider	https://www.tono.no/artikkel/arbeidsplass/

Norske lover og forarbeider

EØS-loven	Lov 27 november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
Åndsverkloven	Lov 12.mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)
Åndsverkloven	Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)
Prop. 104 L (2016-2017)	Prop. 104 L (2016-2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)
Ot.prp. nr. 15 (1994-95)	Ot.prp. nr. 15 (1994-95) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m
Innst. 258 L (2017-2018)	Innst. 258 L (2017-2018) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)

Nordiske lover og forarbeider

Ophavsretsloven	Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret
Upphovsrättslagen	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

SOU 1956:25

Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk :
lagförslag

Traktater og konvensjoner mm.

Bernkonvensjonen (BK)

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 9. September 1886. Sist revidert i Paris, 24. juli, 1971

WCT

WIPO Copyright Treaty. Vedtatt i Genève 20. og 21. desember 1996

WIPO-guiden

Guide to the BERNE CONVENTION for the Protection of Literary Works (Paris Act, 1971)

EU-direktiv

Databasedirektivet

Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/9/EF av 11. mars 1996 om rettslig vern av databaser [Databasedirektivet]

Opphavsrettsdirektivet

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

Satellitt- og kabeldirektivet

Rådsdirektiv av 27. september 1993 om samordning av visse bestemmelser om opphavsrett og nærstående rettigheter som får anvendelse på satellittkringkasting og videresending via kabel [Satellitt- og kabelsendingsdirektivet]

Utleiedirektivet

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/115/EF av 12. desember 2006 om utleie- og utlånsrett og om visse opphavsrettsbeslektede rettigheter på området immaterialrett [Utleiedirektivet]

Norsk rettspraksis

Rt. 1953 s. 633 (*Bedriftsmusikk*)

Rt. 1970 s. 1172 (*Roys Place*)

HR-2018-2268-A (*RiksTV*)

LB-2012-206223

Kabeltvistnemdas avgjørelse gjengitt (delvis) i NIR 1989 s. 369

Svensk, dansk og finsk rettspraksis

UfR. 1952.269 H

UfR 1999.2011 H (*Ungdomsklubb*)

UfR 2004.2134 H (*Gymnastikkforeninger*)

Ufr 2007.1581 H

UfR. 2009.1930 H

UfR 2018.2017 H (*FOF-foreninger*)

UfR 1999.2057 V

UfR 2016.2731 Ø

NJA 1958 s. 80 H.D

NJA 1980 s.123 H.D (*Mornington*)

NJA. 1986 s. 702 H.D (*Demonstrasjonsmusikk*)

NJA 1998 s. 715 (NIR 1989 s. 225) H.D

NIR 2003 s. 161 H.D (*Taximusikkdommen*)

Rettspraksis fra EU-domstolen

Mediakabel

Sak C-89/04 (*Mediakabel BV v Commissariaat voor de Media*) - ECLI:EU:C:2005:348

Legardère Active Broadcast

Sak C-192/04 (*Lagardère Active Broadcast v Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE)*)

	and Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)), ECLI:EU:C:2005:475
Rafael Hoteles	Sak C-306/05 (Sociedad General de Autores y Editores de España v Rafael Hoteles SA.) – ECLI:EU:C:2006:764
Premier League	De forente saker C-403/08 (Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others) og C-429/08 (Karen Murphy v Media Protection Services Ltd) – ECLI:EU:C:2011/631
Airfield	De forente saker C-431/09 (Airfield NV and Canal Digitaal BV v Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA) og C-432/09 (Airfield NV v Agicoa Belgium BVBA) – ECLI:EU:C:2011:648
SCF	Sak C-135/10 (Sociedad Consortile Fonografici v Marco Del Corso) – ECLI:EU:C:2012:140
Phonographic Performance (Ireland)	Sak C-162/10 (Phonographic Performance Limited v Ireland and Attorney General) – ECLI:EU:C:2012:141.
ITV Broadcasting I	Sak C-607/11 (ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchUp Ltd) – ECLI:EU:C:2013:147
OSA	Sak C-351/12 (OSA v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.) – ECLI:EU:C:2014:110
Reha Training	Sak C-117/15 (Reha Training v GEsellschaft für musikalische Aufführungs – und mechanische Vervielfältigungsreche eV) – ECLI:EU:C:2016:379
GS Media	Sak C-160/15 (GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others) – ECLI:EU:C:2016:644
Filmspeler	Sak C-527/15 (Stichting Brein v Jack Frederik Wullems) – ECLI:EU:C:2017:300
Ziggo	Sak C-610/15 (Stichting Brein v. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV) – ECLI:EU:C:2017:456
AKM	Sak C-138/16 (Staatluch genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM) v Zürs.net Betriebs GmbH) – ECLI:EU:C:2017:218

Stim and SAMI

Sak C-753/18 (Föreningen Svenska Tonsättares
Internationella Musikbyrå u.p.a. (Stim) v Svenska
Artisters och musikers, intresseorganisation ek. för.
(SAMI)) ECLI:EU:C:2020:268