

# PVR-dekodere i opphavsrettslig belysning

Kandidatnummer: 193031

Veileder: Thomas Rieber-Mohn

Antall ord: 14674



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2013

# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse</b> .....	<b>1</b>
<b>1 Innledning</b> .....	<b>2</b>
1.1 Oppgavetema og problemstilling .....	2
1.2 Rettskildebildet og metode.....	3
1.3 Kort om den videre fremstilling .....	5
<b>2 Kort om det rettslige utgangspunkt</b> .....	<b>6</b>
2.1 Opphavsmannens eneretter .....	6
2.2 Låneregelen i åndsverkloven § 12.....	8
2.2.1 Åndsverklovens spesifiserte “låneregler” .....	8
2.2.2 Åndsverkloven § 12 .....	8
2.2.3 Enerettighetene og unntaket for privatkopiering i lys av internasjonal rett.....	11
2.2.4 Hensynene bak privatkopieringsregelen .....	13
<b>3 Opptaksprosessen ved PVR-dekodere og lignende tjenester</b> .....	<b>15</b>
<b>4 Presisering av problemstillingen</b> .....	<b>18</b>
<b>5 Hoveddel</b> .....	<b>19</b>
5.1 Fremstiller tv-distributørene et eksemplar når det gjøres opptak på deres sentraliserte server? .....	19
5.1.1 Belysning gjennom utenlandsk rettspraksis.....	19
5.1.2 Drøftelse basert på norsk rett .....	26
5.1.3 Problemstillingen i lys av opphavsrettslige hensyn .....	29
5.1.4 Oppsummering og konklusjon.....	32
5.2 Foretar tv-distributørene en tilgjengeliggjøring til allmennheten når kunden avspiller sine opptak? .....	34
5.2.1 Belysning av tilgjengeliggjøringsretten gjennom utenlandsk rettspraksis.....	35
5.2.2 Drøftelse basert på norsk rett .....	38
5.2.3 Oppsummering og konklusjon.....	41
<b>6 Oppsummering og tanker rundt en videre teknologisk utvikling</b> .....	<b>43</b>
<b>Kilderegister</b> .....	<b>46</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavetema og problemstilling

Den digitale utviklingen det siste tiåret har vært rivende, og digitale hjelpemidler gjøres stadig mer tilgjengelige for folk flest. Fremveksten av internett er blant annet en faktor som har medført at en stor del av våre dagligdagse prosesser både samfunnsmessig og privat har blitt digitaliserte.<sup>1</sup>

Gjennom digitale hjelpemidler som Personal Video Recorder (heretter PVR), sørger distributører som Get, RiksTv, Canal Digital m.fl for at også tv-tittingen kan tilpasses den travle tv-seerens ønske. Hjelpemidlene sikrer seerne opptak av ønskede tv-program, slik at de kan se programmene når det passer for dem.

Innholdet i programmene som blir kringkastet på TV er, i det alt vesentligste audiovisuelle åndsverk, og derfor beskyttet av åndsverkloven. Åndsverkloven er imidlertid i liten grad tilpasset den hurtige digitale utviklingen, og dette skaper problemer ved tolkningen av lovbestemmelsene og ved vurderingen av hvor langt eneretten til opphavsrettsbeskyttede verk rekker. Utgangspunktet er at åndsverklovens bestemmelser skal være teknologinøytrale.<sup>2</sup> PVR-dekodere har tatt over for de eldre VCR (video cassette recording) -opptakerne, og har i bunn og grunn samme funksjon. PVR-dekoderne er riktignok enklere å betjene og spesielt utformet for opptak av kringkasting, men utover dette tilbyr de tilsynelatende ikke kunden noe annet enn de eldre VCR-opptakerne. Spørsmålet er om det likevel foreligger forskjeller mellom den teknologiske løsningen PVR-dekodere presenterer, og tidligere anvendte opptaksredskaper, som gjør at de opphavsrettslig sett må bedømmes på en annen måte.

Den digitale utviklingen kan medføre at forutsetningene som ligger bak bestemmelsene om enerettighetene og begrensningene i disse blir endret. Nye hensyn vil gjøre seg gjeldende, og utgangspunktet om fullstendig teknologinøytralitet kan føre til at grensene for opphavsmannens eneretter tøyes i større utstrekning enn forutsatt fra lovgivers side og i de internasjonale konvensjoner Norge er bundet av.

---

<sup>1</sup>Thomas Rieber-Mohn, *Digital privatkopiering*, 2010 s. 20.

<sup>2</sup> Uttalt i bl.a NOU 1985:35 s.19 og Rt.2005 s.41 (Napster.no) avsnitt 42.

I avhandlingen vil distribusjonen og utnyttelse av PVR dekodere vurderes i lys av det opphavsrettslige regelverket. Vurderingen vil knytte seg opp mot opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling og til å tilgjengeliggjøre verket for allmennheten i åndsverkloven § 2, og til privatkopieringsregelen som er hjemlet i åndsverklovens § 12. Jeg vil vurdere om distributørene, ved å legge til rette for digitale opptak av kringkastede programmer, krenker rettighetshavers eneretter, eller om distribusjon og bruk av PVR-dekodere fullt ut er lovlig bruk, ettersom opptakene av programmene kun tas til privat bruk og derfor kan hjemles i § 12.

Jeg gir en presisert problemstilling i punkt 4, etter at jeg har gjennomgått det rettslige utgangspunktet for avhandlingen og gitt en kort beskrivelse av teknologien avhandlingen omhandler.

## 1.2 Rettskildebildet og metode

I avhandlingen vil jeg, i tråd med alminnelig juridisk metode, ta utgangspunkt i åndsverkloven 12. mai 1961 (heretter åndsverkloven) med tilhørende forarbeider. Norsk rettsteori er også relevant for drøftelsene. Det er ingen norsk rettspraksis som berører akkurat denne problemstillingen. Norsk rettspraksis vil likevel trekkes inn så langt den er egnet til å kaste lys over de problemstillinger avhandlingen berører.

Det er få rettskilder i norsk rett som direkte berører avhandlingens problemstillinger. Av den grunn er det nødvendig å se hen til utenlandske rettskilder for å belyse de ulike spørsmålene.

Riktignok er opphavsrettslovgivningen nasjonal, i den forstand at de enkelte statene fastsetter innholdet i egne opphavsrettsregler. Likevel er internasjonale rettskilder av betydelig interesse. Dette har sammenheng både med at det som beskyttes av opphavsretten, åndsverkene, utnyttes på tvers av landegrensene<sup>3</sup>, og at nasjonale myndigheter er bundet av felles internasjonale konvensjoner på opphavsrettens område. Bernkonvensjonen ble undertegnet i 1886 og i ettertid har det vært inngått en rekke andre internasjonale konvensjoner.<sup>4</sup> Konvensjonsforpliktelser Norge har påtatt seg oppstiller rammer for hvilke avgrensninger som kan gjøres nasjonalt i opphavsmannens enerett, enten de er på lovfestet eller ulovfestet grunnlag.<sup>5</sup> Norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp, hvilket medfører at

---

<sup>3</sup> Ole Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 2009, s.41.

<sup>4</sup> Op.cit.s.45.

<sup>5</sup> Rognstad s.215.

internasjonale regelverk ikke har direkte virkning nasjonalt. Norsk rett presumeres imidlertid å være i samsvar med de folkerettslige forpliktelsene Norge har påtatt seg (presumsjonsprinsippet). Internasjonale kilder vil på den måten likevel få innvirkning på tolkningen av nasjonal rett, ettersom prinsippet innebærer at den nasjonale regelen skal tolkes i lys av den internasjonale regelen, ved tolkningstilfelle.<sup>6</sup>

Hensynet til europeisk rettsenhet står særlig sterkt etter at Sverige, Danmark og Finland fikk medlemskap i EU og Norge i EØS. På bakgrunn av Norges EØS-rettslige forpliktelser og fordi EU-retten opererer med prinsippet om direktivkonformtolkning, vil EU-direktivene derfor ha særlig stor betydning ved tolkningen av de norske lovtekstene.<sup>7</sup> Ulikheter i de underliggende rettssystemer fordrer imidlertid en viss forsiktighet ved anvendelse av dette tolkningsprinsipp.<sup>8</sup>

Åndsverkloven fra 1961 ble til gjennom et tett nordisk lovsamarbeid, og hensynet til nordisk rettsenhet er også et viktig tolkningsprinsipp på opphavsrettens område. Lovsamarbeidet innebærer at forarbeidene i de øvrige nordiske landene kan være veiledende ved tolking av den norske loven, og det vil videre være relevant å anvende nordisk rettspraksis, da særlig fra de øverste domstolene.<sup>9</sup>

Tysk rett har historisk sett også stått i en særstilling, når det ses ut over Norden, ettersom de nordiske opphavsretslovene ble til under sterk innflytelse av tysk rettstenking. Etter EU-direktivene om opphavsrett ble vedtatt, vil ikke bare EU-domstolens avgjørelser, men også andre medlemslands praksis ha stor interesse. Amerikansk rett, og den rikholdige rettspraksis som kommer derfra, vil man kunne se hen til som inspirasjon, men ikke uten videre som selvstendig argument, ettersom forskjellene i rettssystemet og rettstradisjonen er store.<sup>10</sup>

Etter den tradisjonelle juridiske metode vil det være riktig å begynne i de norske rettskildene. Da det, som nevnt, er lite norsk rettskildemateriale som berører den tematikken avhandlingen tar for seg direkte, vil jeg under de ulike problemstillingene ta utgangspunkt i den internasjonale rettspraksis som foreligger på området, for å illustrere de problemstillingene som skal tas opp. De utenlandske dommene kan også gi veiledning til hvilke

---

<sup>6</sup> Rieber-Mohn s.35.

<sup>7</sup> Op.cit. s.35 og Fredrik Sejersted m.fl, *EØS-rett*, 2011 s.205 flg.

<sup>8</sup> Rognstad. s.44.

<sup>9</sup> Rognstad s. 41-42.

<sup>10</sup> Op.cit. s.44.

tolkningsmomenter som kan være relevante i norsk rett, men da på grunn av momentenes argumentasjonsverdi, ikke fordi de har formell rettskildemessig betydning.

I tillegg er det nødvendig å vie et kapittel av avhandlingen til en gjennomgang av de faktiske forholdene avhandlingen bygger på, som er prosessen rundt og funksjonen til en PVR-dekoder. Dette vil behandles i punkt 3. En slik beskrivelse av tekniske fenomener, utfordrer den alminnelige juridiske metode som denne avhandlingen skal bygge på, men er likevel nødvendig ettersom disse faktiske forutsetningene vil danne bakteppet for drøftelsene i avhandlingens hoveddel. Beskrivelsen vil basere seg på informasjon jeg har mottatt gjennom samtaler med teknisk avdeling hos ulike distributører og annen informasjon funnet på Internett. Teknologien vil beskrives i den utstrekning som er nødvendig for å foreta de rettslige avveininger avhandlingen aktualiserer.

### **1.3 Kort om den videre fremstilling**

Før jeg behandler og drøfter avhandlingens hovedproblemstillinger i punkt 5 vil jeg redegjøre for det rettslige utgangspunktet i punkt 2. Der vil jeg kort behandle de opphavsrettslige eneretter, før jeg dweler litt ved privatkopieringsregelen i § 12. Selv om avhandlingen fokuserer på rekkevidden av enerettsreglene, og vilkårene § 12 oppstiller derfor ikke vil vurderes inngående i avhandlingens hoveddel, er det viktig å ha kjennskap til privatbruksregelens rekkevidde og hensynene som ligger bak regelen.

Hovedproblemstillingen i avhandlingen er jo hvorvidt distribusjon og utnyttelse av PVR er lovlig nettopp fordi opptakene blir tatt til privat bruk. Videre vil jeg i punkt 3 gi en beskrivelse av hvordan en PVR fungerer og er bygget opp. I punkt 4 vil avhandlingens problemstilling presiseres, slik at de ulike aspektene ved denne tydeliggjøres. Selve drøftelsen av hovedproblemstillingene foretas i punkt 5. I det avsluttende kapittelet (i punkt 6) vil jeg foreta en kort oppsummering av problemstillingene drøftet i punkt 5, før jeg knytter noen tanker til opphavsrettslige spørsmål som kan oppstå dersom teknologien rundt PVR utvikler seg videre.

## 2 Kort om det rettslige utgangspunkt

### 2.1 Opphavsmannens eneretter

Åndsverkloven § 2 første ledd gir opphavsmannen, innen lovens angitte grenser, enerett til å råde over verket ved eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring av åndsverket for allmennheten. Eneretten åndsverkloven tildeler rettighetshaverne innebærer at de har en eksklusiv rett til å utnytte åndsverket på de måter § 2 hjemler. Rettighetshavere til tv-programmer har dermed enerett til å foreta eksemplarframstillinger av de gjeldende programmene og enerett til å tilgjengeliggjøre programmene for allmennheten. Det må imidlertid bemerkes at kringkasterne har vern for kringkastingssendinger etter § 45a, og derfor rettigheter til selve fjernsynssignalene, uavhengig av innholdet i programmene.

Eneretten til å fremstille eksemplar av verket har alltid vært en grunnleggende del av opphavsmannens enerett. Også framstilling av et enkelt eller noen få eksemplarer faller inn under retten. Eneretten har en negativ (forbudsretten) og en positiv (egen rådighetsrett) side.<sup>11</sup> I uttalelsen fra den svenske opphavsrettskomiteen fra 1956 defineres eksemplarframstillingsretten ved å påpeke tre sentrale trekk ved eksemplarbegrepet, og dermed også eksemplarframstillingsretten:

«(i) Det er teknologi- og medianøytralt (ii); Det omfatter ikke bare «avtrykk» av verket, men også anordninger som kan benyttes ved ny produksjon[...]; og (iii) Det omfatter foruten rene kopier eller avbildninger, også gjengivelser i annen skikkelse og i annen teknikk enn «originaleksemplaret» (jf. åvl. § 2 første ledd)».<sup>12</sup>

Presiseringen i § 2 andre ledd om at «som framstilling av eksemplar regnes også overføring til innretning som kan gjengi verket» medfører at også elektroniske eksemplarer i en datamaskin osv., inngår i eksemplarbegrepet.<sup>13</sup>

At retten er ment å være teknologinøytral, innebærer at eksemplarframstillingsretten ikke begrenses til de metoder som fantes da loven ble vedtatt, men vil utvikles i tråd med teknologien.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Rognstad s.151.

<sup>12</sup> Op.cit. s.152 med henvisning til SOU 1956:25 s.93-94.

<sup>13</sup> Rognstad s.152-153.

Den andre formen for rådighet man har som opphavsmann, er retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Også denne retten er teknologinøytral.<sup>15</sup> I § 2 tredje ledd gis det eksempler på hva som anses som tilgjengeliggjøring. Verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når «eksemplarer av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten», «eksemplarer av verket vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler», eller «verket fremføres offentlig». I forarbeidene er det imidlertid lagt til grunn at alle handlinger som innebærer tilgjengeliggjøring av verket er omfattet, uavhengig av om handlingen kan anses som spredning av eksemplarer, offentlig fremføring eller offentlig visning av verket.<sup>16</sup> Bestemmelsens tredje ledd er dermed ment som en uttømmende legaldefinisjon av «tilgjengeliggjøring for allmennheten».<sup>17</sup>

Etter § 2 fjerde ledd regnes også «kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket» som offentlig fremføring. Det siste alternativet retter seg mot såkalte on-demand- tjenester. Bestemmelsens fjerde ledd vil ikke få anvendelse for de tjenestene denne avhandlingen tar utgangspunkt i. Grunnen til det er at kunder som benytter seg av PVR-tjenester allerede har tilgang til de kringkastede sendingene de tar opp ved hjelp av PVR. De er nødt til å ta opp programmet når det sendes i den ordinære sendeflaten. Fjerde ledd retter seg på den andre siden mot on-demand-tjenester, som innebærer at kundene får tilgang til eksemplarer av tv-programmene uavhengig av programmenes sendetid og uavhengig av om de abonnerer på kanalene hvor programmet sendes. De er ikke nødt til å ta opp et program som sendes når det sendes, men kan når som helst spille det av fra en meny. Det er det tredje alternativet i § 2 tredje ledd om offentlig fremføring som er relevant for denne avhandlingens problemstilling, ettersom dette omfatter verksformidling ved hjelp av tekniske hjelpemidler.<sup>18</sup>

Den begrensning som ligger i at eneretten bare omfatter tilgjengeliggjøring for «allmennheten», innebærer at det ikke er gitt en enerett til eksempelvis fremføring eller spredning innenfor den private omgangskrets. Allmennheten har altså adgang til en slik utnyttelse innenfor den private sfære. Eksemplarfremstillingsretten er tilsvarende begrenset i § 12, ved at allmennheten etter denne bestemmelsen kan fremstille eksemplarer til privat bruk.

---

<sup>14</sup> NOU 1985:35 s.19.

<sup>15</sup> Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s.19.

<sup>16</sup> Ot.prp.nr.26 (1959-1960) s.16, Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s.19.

<sup>17</sup> Rt.2005 s.41 (Napster.no) avsnitt 42.

<sup>18</sup> Rognstad s.176.



## 2.2 Låneregelen i åndsverkloven § 12

### 2.2.1 Åndsverklovens spesifiserte «låneregler»

Enerettene som oppstilles i åndsverkloven § 2 avgrenses gjennom bestemmelsene i åndsverklovens andre kapittel. Bestemmelsene kalles ofte «låneregler» og tillater andre å utnytte åndsverk underlagt opphavsrettslig vern uten å innhente samtykke fra rettighetshaverne.<sup>19</sup> Lånereglene tilgodeser generelt behovet for friholdelse som oppstår fordi enerettene i utgangspunktet er meget vidt definert.<sup>20</sup> At den norske åndsverkloven bygger på et system med spesifiserte «låneregler», er i samsvar med europeisk rettstradisjon. Dette skiller seg fra blant annet amerikansk rett hvor de spesifikke avgrensingsreglene suppleres med en «fair use-regel». Den amerikanske regelen dekker alle handlinger som anses som rimelig bruk av andres åndsverk, og innholdet av regelen er nærmere fastlagt gjennom omfattende rettspraksis. Fordelen med det europeiske systemet er at rettstilstanden fremstår mer forutsigbar. Ulempen er at slike spesifiserte regler vil være vanskelige å tilpasse endringer av teknologisk art.<sup>21</sup>

Åndsverklovens oppstiller tre hovedgrupper av «låneregler» i kapittel to. Det er de rene «lånereglene» eller fribruksreglene, tvangslisensreglene og avtalelisensreglene. De rene «lånereglene» kjennetegnes ved at de gir rett til bruk uten å innhente samtykke, og uten betaling av vederlag.<sup>22</sup> Åndsverkloven § 12 er et eksempel på en ren låneregel.

### 2.2.2 Åndsverkloven § 12

Eneretten opphavsmannen har til eksemplarfremstilling av sitt åndsverk er avgrenset mot eksemplarfremstilling til «privat bruk». Forutsetningen er at det «ikke skjer i ervervsøyemed», og at det dreier seg om «enkelte eksemplarer av et offentliggjort verk» jf. § 12 første ledd første punktum. Begrepet «fremstille eksemplarer» tolkes på samme måte i § 12 som i § 2, slik at adgangen ikke bare omfatter fremstilling av fysiske kopier, men også fremstilling av elektroniske eksemplarer.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Begrepet «låneregler» er imidlertid ikke helt presist, og det er stadig vanligere å karakterisere reglene i kap.2 som avgrensninger av opphavsmannens enerett.

<sup>20</sup> Per Jonas Nordell, *Rätten til det visuella*, 1997 s.205.

<sup>21</sup> Rognstad s.214.

<sup>22</sup> Op.cit. s.216.

<sup>23</sup> Op.cit. s.231.

Spørsmålet om hva som er fremstilling til «privat bruk» etter § 12 løses etter samme kriterier som i sontringen mellom privat og offentlig tilgjengeliggjøring etter § 2. Sontringen viser hvor grensen for hva som anses å berøre enerettene trekkes, og er derfor relevant for drøftelsen i punkt 5. Uttrykket «privat bruk» er ikke begrenset til «personlig bruk». Forarbeidene uttaler at eksemplarframstilling ikke bare er begrenset til fremstilling av eksemplarer til bruk for familien eller omgangskretsen. «Det legges til grunn at bruk også innenfor andre lukkede private kretser er å anse som privat bruk når det er personlige tilknytningspunkter mellom deltakerne, f.eks. at de hører til samme omgangskrets».<sup>24</sup>

I Pornovideo-dommen, Rt.1991 s.1296, utdyper domstolen vurderingen. Saken omhandlet en mann som hadde distribuert forskjellige egenkopierte filmer på sin arbeidsplass. Høyesterett uttalte at «[e]n kopiering til bruk for arbeidskolleger må kunne skje med hjemmel i [§ 12] dersom disse også er personlige venner, og kanskje også i noe større utstrekning». Retten kom til at det ikke var noen «særlig kontakt mellom domfelte og vedkommende arbeidskolleger utover den som fant sted på arbeidsplassen», og konkluderte derfor med «det ikke var noen kontakt som kan sammenlignes med et vennsforhold». Videofilmene ble derfor ikke ansett som fremstilt til privat bruk.<sup>25</sup>

Etter § 12 første ledd første punktum skal ikke den private eksemplarframstillingen skje i «erhvervsøyemed». Dette vilkåret er en viktig rettesnor for vurderingen av avhandlingens hovedproblemstillinger. Dersom man legger til grunn at distributørene foretar opptakene av programmene for kunden, vil ikke det være til «privat bruk» for distributøren, men som del av en kommersiell virksomhet, som ikke omfattes av § 12. I tillegg oppstiller § 12 første ledd andre punktum en ytterligere begrensning ved at eksemplarene som fremstilles ikke kan utnyttes ved «annet øyemed» enn privat bruk. Begrensningen innebærer at en kopi tatt til privat bruk ikke senere kan utnyttes kommersielt eller utenfor det private området.<sup>26</sup>

Bestemmelsen begrenser dernest privateksemplarframstillingsadgangen til «enkelte eksemplarer». Det ligger derfor en begrensning med hensyn til antall eksemplarer som kan fremstilles. I forarbeidene uttales det at «hvor stor del av et verk og antall eksemplarer som kan fremstilles, vil bero på omstendighetene i det konkrete tilfellet - bl.a. hva slags verk det er tale om, verkets omfang, hvor stor del av verket som gjengis på eksemplaret, arten av det

---

<sup>24</sup> Ot.prp.nr.15 (1994-1995) s.38.

<sup>25</sup> Dommen s.1299.

<sup>26</sup> Anders Mediaas Wagle og Magnus Ødegaard jr., *Opphavsrett i en digital verden*, 1997 s. 293.

eksemplar som kan fremstilles og om eksemplaret gjengir verket i samme form som gjengivelsen det fremstilles fra, og hva slags bruk det tas sikte på».<sup>27</sup> Dette vilkåret synes, ved første øyekast, å være problematisk når det gjelder bruk av PVR-dekodere til privat kopiering av tv-programmer. PVR-dekodere gjør det mulig for abonnenten å ta opptak av et ubegrenset *antall* programmer. Lovtekstens ordlyd begrenser imidlertid primært hvor mange kopier som kan tas av *hvert enkelt verk*, eller hvor stor del av verket det kan tas kopi av.<sup>28</sup> Når kunden kun kan ta ett opptak av hvert program, er det mye som taler for at vilkåret om «enkelte eksemplar» ikke kommer på spissen ved bruken av PVR-opptakere. Avhandlingen avgrenses, i det videre, mot en nærmere behandling av dette vilkåret.

Videre angir § 12 første ledd tredje punktum at opphavsmennene skal gis en «rimelig kompensasjon gjennom årlige bevilgninger over statsbudsjettet». Ordningen ble vedtatt på bakgrunn av Infosoc-direktivet<sup>29</sup> art.5 (2) (b) som oppstiller krav om at rettighetshaverne gis en rimelig kompensasjon for eventuelle private fremstillinger som er tillatt etter nasjonal rett. Ordningen skiller seg fra en tvangslisens ved at det er staten som betaler vederlaget.

Bestemmelsens tredje ledd begrenser privatkopieringsadgangen i første ledd ytterligere ved at bestemmelsen «ikke gir rett til å la fremstillingen utføre ved fremmed hjelp» når det er tale om «musikkverk», «filmverk», «skulptur, billedvev og gjenstander av kunsthåndverk og kunstindustri» eller «kunstnerisk gjengivelse av kunstverk». Regelen i § 12 understreker altså at det er adgang til å foreta privat eksemplarfremstilling av filmverk, som tv-programmer, men ikke ved bruk av «fremmed hjelp».

I forarbeidene er «fremmed hjelp» definert som at «den som lar eksemplaret fremstille får hjelp til selve eksemplarfremstillingen av noen som befinner seg utenfor vedkommendes familie- eller vennekrets[...] Som fremmed hjelp anses det både når den som yter hjelpen selv foretar selve eksemplarfremstillingen og når han bare stiller kopieringsutstyr[...] til rådighet for den som skal la kopiene fremstille.»<sup>30</sup>

Begrunnelsen for at man etter § 12 tredje ledd ikke kan la fremstillingen av filmverk utføres ved bruk av «fremmed hjelp» er at «slike verk er særlig sårbare for kopiering idet det kan fremstilles kopier like gode som originalen og som er konkurransedyktige i forhold til

---

<sup>27</sup> Ot.prp.nr.15 (1994-1995) s.38.

<sup>28</sup> Rieber-Mohn skriver om vilkåret i lys av den digitale utviklingen på s.110-112.

<sup>29</sup> Direktiv 2001/29/EF.

<sup>30</sup> Ot.prp.nr.15 (1994-1995) s.110.

eksemplar i den regulære omsetning».<sup>31</sup> Bestemmelsen er særlig gitt med målsetning om å unngå profesjonell virksomhet som tilbyr å kopiere vernede verk til privat bruk på bestilling.<sup>32</sup> De faktiske forhold som ligger som bakgrunn for denne avhandlingen, innbyr i noen grad til en drøftelse av om forbudet mot fremmed hjelp er aktuelt når kundene benytter PVR-dekodere fra distributører til å foreta sine private opptak. På bakgrunn av avhandlingens rammer, må jeg imidlertid avgrense mot denne problemstillingen, idet jeg har valgt å bruke plassen på de enda mer grunnleggende spørsmålene om verksutnyttelse ved bruk av PVR i det hele tatt omfattes av eneretten jf. nedenfor i punkt 4. Jeg vil likevel knytte noen korte kommentarer til problemstillingen i oppsummeringen i punkt 5.1.4.

### **2.2.3 Enerettighetene og unntaket for privatkopiering i lys av internasjonal rett**

EU pålegger medlemsstatene å sikre rettighetshavers eksklusive eneretter i artiklene 2, 3 og 4 i Infosoc-direktivet. I artikkel 2 reguleres reproduksjonsretten, i artikkel 3 retten til å kommunisere og tilgjengeliggjøre verket for allmennheten og i artikkel 4 distribusjonsretten. Direktivet er av den grunn relevant for det «faktum» avhandlingen bygger på.

Begrensningene i enerettene fremgår av artikkel 5, som i 5 (1), (2) og (3) oppstiller en liste over hvilke «unntak og avgrensninger» («exceptions and limitations») av eneretten til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring til allmennheten statene kan innføre. Listen er uttømmende jf. direktivets fortale punkt 32. Adgangen til å foreta eksemplarfremstillinger til privat bruk er regulert i art. 5(2) b). Av denne bestemmelsen fremgår at “[m]ember states may provide for exceptions or limitations to the reproduction right provided for in Article 2 in the following cases:[...] (b) in respect of reproductions on any medium made by a natural person for private use and for ends that are neither directly nor indirectly commercial, on condition that the rightholders receive fair compensation which takes account of the application or non-application of technological measures referred to in Article 6 to the work or subject-matter concerned”. Bestemmelsen har, etter å ha blitt implementert i norsk rett i 2005, ført til flere innstramminger i den norske privatbruksregelen.

---

<sup>31</sup> Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 40.

<sup>32</sup> NOU 1983:35 s.37.

I tillegg til de spesifikke reglene i opphavsrettsdirektivet er også den såkalte «tretrinns testen», i EU-sammenheng, helt sentral.<sup>33</sup> Det historiske utgangspunktet for testen finnes i Bernkonvensjonen art.9 (2), som oppstiller avgrensninger av rettighetshavers eksemplarframstillingsrett.<sup>34</sup> Tilsvarende regler finnes nå i en rekke andre internasjonale og nasjonale regelverk, og prinsippet er utvidet til å gjelde også tilgjengeliggjøringsretten «Tretrinns testen» er en internasjonalt anerkjent ramme for den nasjonale handlefrihet til å oppstille unntak fra den opphavsrettslige eneretten.<sup>35</sup> Nasjonale unntaksregler må oppfylle tre kumulative vilkår for å stå seg overfor tretrinns testen. De må (i) være avgrenset til visse særlige tilfeller («certain special cases»), (ii) ikke skade den normale verksutnyttelsen («not conflict with a normal exploitation of the work») og (iii) ikke urimelig tilsidesette rettighetshaverens legitime interesser («not unreasonable prejudice the legitimate interests of the author»)<sup>36</sup>.

Selv om ikke regelen er inkorporert som en materiell regel i de norske lover, mener Rieber-Mohn at prinsippet også kan ha betydning som tolkningsmoment ved fastleggingen av innholdet i norske avgrensingsregler.<sup>37</sup>

Tretrinns testen skal balansere de motstridende hensyn EU anså som de viktigste da eksemplarframstillingsretten ble konvensjonsfestet. Det er særlig to hovedhensyn som gjør seg gjeldende. For det første må ikke testen åpne for så vidtrekkende avgrensninger at det vil underminere eksemplarframstillingsretten. For det andre må formelen ta hensyn til de unntak og avgrensninger som allerede finnes på nasjonalt nivå i unionsstatene.<sup>38</sup>

Tretrinns testen er kodifisert i art. 5 (5) i Infosec-direktivet.<sup>39</sup> Bestemmelsen skal anvendes i tillegg til de konkrete unntak som er angitt i art.5 (1) – (4), og vil presentere en ytterligere innsnevring av nasjonal handlefrihet.<sup>40</sup>

EFs handelsdirektiv<sup>41</sup> oppstiller ansvarsfrihetsregler, slik at tjenesteyter ikke holdes strafferettslig eller erstatningsrettslig ansvarlig, selv om det foreligger brudd på

---

<sup>33</sup> Rieber-Mohn s. 81.

<sup>34</sup> Den opprinnelige Bernkonvensjonen ble undertegnet i Bern den 9.september 1886. Endret sist ved Pariskonferansen i 1971.

<sup>35</sup> Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s.30.

<sup>36</sup> Rieber-Mohn s.81.

<sup>37</sup> Op.cit. s.86.

<sup>38</sup> Op.cit. s.88.

<sup>39</sup> Rieber-Mohn s.81-82.

<sup>40</sup> Op.cit. s.104 og Ricketson,Ginsburg, s.781.

opphavsrettene eller medvirkning til dette. Direktivet er implementert i e-handelsloven<sup>42</sup> §§ 16 – 18. E-handelsloven §§ 17 – 18 gjelder ansvarsfrihet for ulovlig innhold og informasjon som blir lagret hos tjenesteyter av informasjonssamfunnstjenester. Ettersom det forutsettes at det ikke er ulovlig innhold i de opptak som gjøres ved bruk av PVR, vil ikke de nevnte reglene være relevante for denne avhandlingen. Heller ikke ansvarsfrihetsreglene om overførings og tilgangstjenester i § 16 vil gjelde. PVR-funksjonen tilbyr ikke overføring eller tilgangstjenester, men varige opptak av TV-programmer og bestemmelsen vil følgelig ikke få anvendelse på vårt tilfelle. I tillegg fremgår det av § 16 første ledd bokstav a) at § 16 kun gjelder dersom «[o]verføringen ikke starter hos tjenesteyter», hvilket en overføring via PVR-funksjonen vil gjøre jf. punkt 3 nedenfor.

## 2.2.4 Hensynene bak privatkopieringsregelen

Opphavsretten bygger på at rettighetshaver skal ha enerett til sitt verk og herunder et vern mot at verkene utnyttes av andre. Det er imidlertid oppstilt en rekke begrensninger i enerettighetene for veie opp for de samfunnshensyn som taler for at eneretten ikke skal være for vidtrekkende. Privatkopieringsregelen bygger på åndsverklovens grunnleggende prinsipp om at handlinger som skjer innenfor privatsfæren, skal være fri for opphavsrettslig regulering.<sup>43</sup> Eneretten for opphavsmannen har gjennom historien vært myntet på opphavsmannens enerett til å utnytte verket gjennom å offentliggjøre det.<sup>44</sup> Låneregelen i § 12 skal sikre behovet allmennheten har til å ta kopier til egen bruk.

Teknologiutviklingen har imidlertid ført til at privatbrukskopieringen står i et helt annet konkurranseforhold med opphavsmennene i dag enn da loven ble vedtatt. Utviklingen av den digitale teknologien har medført at muligheten for å lage «perfekte kopier» er langt større og kan påvirke vurderingen av når eksemplarfremstilling til privat bruk tilsidesetter opphavsmannens legitime interesser jf. tretrinnssteden.<sup>45</sup> Det må foretas en avveining mellom hensynet til individenes rett til å fremstille eksemplar i privat sammenheng og hensynet til at privatbrukskopieringen ikke skal stå i økonomisk konkurranseforhold til opphavsmannen.

---

<sup>41</sup> Direktiv 2003/31/EF, artikkel 14 – 16.

<sup>42</sup> Lov 23.mai.2003 nr.35.

<sup>43</sup> Rognstad s.229.

<sup>44</sup> Rieber-Mohn s.47-48.

<sup>45</sup> Rognstad s.230.

Som tidligere nevnt er enerettsregelen i § 2 og privatkopieringsregelen i § 12 begge teknologinøytrale. Den legislative begrunnelsen for privatkopieringsregelens utforming, å avgrense eksemplarframstillingsretten mot private handlinger, gjør seg fortsatt gjeldende, men begrunnelsen er ikke nødvendigvis den samme i digital som i analog sammenheng. Endrede faktiske rammebetingelser i den digitale kontekst kan tilsi at begrunnelsen må endres eller nyanseres.<sup>46</sup>

Det er likevel viktige grunner til at allmennheten skal kunne anvende og fremstille åndsverk til privat bruk. Allmennheten bør sikres størst mulig adgang til informasjon og kulturelle impulser for å sikre intellektuell og kulturell utvikling samt den offentlige debatt- og ytringsfriheten.<sup>47</sup> I tillegg kan tilgangen til og muligheten for å fremstille eksemplarer privat iverksette kreative prosesser hos brukeren, og på denne måten sørge for en økt spredning og produksjon av åndsverk.<sup>48</sup>

Hensynet til privatlivet, at rettighetshaver ikke skal kunne føre kontroll med allmennhetens private bruk av verket, har helt fra den private framstillingsretten ble regulert, vært et viktig hensyn bak den private bruksadgangen. Det samme gjelder hensynet til at det vil være vanskelig og dyrt å håndheve begrensninger innenfor den private sfære.<sup>49</sup>

Hensynene som taler for en vid adgang til å lage fremstillinger til privat bruk, må likevel vektas mot rettighetshavers interesser i utnyttelse av verket. Åndsverkloven bygger på rettferdighets- og rimelighetshensyn. Den private bruken må ikke foretas i så stor utstrekning at den kommer i regulær konkurranse med rettighetshavers utnyttelse og dermed overstige det som anses rimelig overfor rettighetshaver.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Rieber-Mohn, s.45 – 46.

<sup>47</sup> Op.cit. s.65.

<sup>48</sup> Op.cit. s.73.

<sup>49</sup> NOU 1983:35 s.36 flg.

<sup>50</sup> Innst.O.XI (1960-1961) s.18.

### 3 Opptaksprosessen ved PVR-dekodere og lignende tjenester

I redegjørelsen for de tekniske aspekter ved PVR-dekodere, tar jeg forbehold om at ulike tv-distributører kan anvende ulike systemer i sin distribusjon av opptaksfunksjoner, og at forutsetningene, drøftelsene og konklusjonene i denne avhandlingen ikke nødvendigvis gjelder for alle de ulike systemene. Faktum presenteres på bakgrunn av opplysninger jeg har mottatt gjennom samtaler med ulike distributører og på Internett. De rettslige vurderingene som følger nedenfor er basert på dette faktumet.

En tradisjonell PVR(Personal Video Recorder)-dekker fungerer slik at en tv-distributør (RiksTV, Canal Digital, Get osv.) tar i mot tv kanaler fra kringkastere (NRK, TVNorge, TV 2 osv.) og formidler dem over et nettverk ut til kundene (gjennom f.eks. bakkenettet, kabel-TV eller satellitt). Denne direktesendingen av kringkastingsprogrammene kalles lineær sending. Kunden har en PVR dekker med innebygget harddisk. Kunden tar inn kanalen med en antenne eller gjennom en kabel og ved opptak blir signal-strømmen, i alle fall ved den opprinnelige PVR-løsningen, lagret direkte på harddisken (med full kryptering) og dekryptert når kunden spiller av opptaket.<sup>51</sup>

Brukeren kan sette denne mottageren til å ta opp spesifikke programmer på ulike kanaler til spesifikke tidspunkt. Opptaket er tilgjengelig for kunden når han selv måtte ønske å se det.<sup>52</sup> Vedkommende har kun mulighet til å ta opp de programmene han har tilgang til gjennom sitt TV-abonnement. Til forskjell fra en dvd-opptaker, kan man ikke kopiere det man har tatt opp på harddisken. Det kan kun vises ved avspilling direkte fra den konkrete PVR. PVRen kan heller ikke brukes som opptaker eller lagringsmedium for bilder fra andre kilder enn det som kommer fra signalleverandøren.<sup>53</sup>

En PVR er alltid i opptak, enten du velger å bruke den eller ikke. Kunden må likevel sørge for å iverksette opptaksfunksjonen før programmet starter, for å få laget opptaket til senere avspilling. Når kunden har trykket på opptak, lagrer PVRen også det som vises en viss tid i forkant slik at kunden, etter å ha trykket opptak, kan spole bakover og se fra en tid tilbake,

---

<sup>51</sup> Informasjon fra teknisk avdeling hos tv-distributører

<sup>52</sup> Informasjon fra teknisk avdeling hos tv-distributører.

<sup>53</sup> [http://www.nrk.no/livsstil/digitalopptaker-til-tv\\_n-din-1.4876513](http://www.nrk.no/livsstil/digitalopptaker-til-tv_n-din-1.4876513) av Petter Puchmann, sist sett 15.11.2013.



mens resten av programmet tas opp. Man kan stoppe programmet ved å trykke pause og løse ut fra pause når man ønsker å se resten.<sup>54</sup>

Slik distribusjon av PVR-dekodere fungerer i Norge i dag, lagres kundens opptak på en harddisk i boksen hjemme hos kunden. Teknologien ser imidlertid ut til å utvikle seg slik at «kundens harddisk» i fremtiden ligger hos distributøren, i en sentralisert servertjeneste, der opptakene gjøres i «nettskyen». Med «nettsky» menes data-prosessering på mange, kryssende servere som er tilgjengelig over nettverk hvor det tilbys bruk av programvare og maskinvare.<sup>55</sup> Den utenlandske rettspraksisen som behandles i avhandlingens punkt 5, vurderer PVR-dekodere med slike sentraliserte harddisker, noe som gjenspeiler at teknologien allerede er tatt i bruk. Rent opphavsrettslig er det mer interessant å drøfte et slikt system enn det systemet den tradisjonelle PVR-dekoderen bygger på i dag, idet de opphavsrettslige enerettene da kommer enda mer på spissen. Ut i fra informasjon fra de norske distributørene, ønsker de å benytte et sentralisert system i fremtiden. Problemstillingene som behandles i avhandlingen vil av den grunn knytte seg til PVR-dekodere hvor opptakene blir tatt for kundene på «individualiserte harddisker», som er sentraliserte hos distributørens servertjeneste i skyen. Heretter betegnes slike PVR som «sky-PVR».

Tv-distributørene ønsker videre å utvide den tradisjonelle PVR-funksjonen til en såkalt «CatchUp- løsning». Dette vil foregå på samme måte som ved den tradisjonelle PVR-dekoderen, bortsett fra at mottageren har mange tunere og en enorm skybasert harddisk, som tar opp alle eller flere av kanalene konstant. Brukeren trenger derfor ikke planlegge opptak i forkant, men kan bla seg tilbake i opptaksregisteret og spille av et hvilket som helst tidligere sendt program, på det tidspunkt han selv måtte ønske. Denne løsningen er ofte begrenset til at innholdet kun er tilgjengelig i en uke etter opptak. Løsningen vil også være teknisk begrenset ettersom det kreves enorm lagringsplass for å lagre mange kanaler konstant.<sup>56</sup>

Om hver eneste abonnent skulle utstyres med en mottaker som tok opp og lagret flere titalls kanaler, ville det vært ineffektivt ( i bruk av harddisk og tunerkapasitet) og svært kostbart. Det vil være veldig dyrt for distributørene å ha hundretusener av mottagere ute i markedet som tar opp og lagrer flere titalls kanaler for alle de ulike kundene. Av den grunn er det ønskelig å bruke en alternativ løsning, der det tas ett opptak som lagres sentralt på distributørens

---

<sup>54</sup> [http://www.nrk.no/livsstil/digitalopptaker-til-tv\\_n-din-1.4876513](http://www.nrk.no/livsstil/digitalopptaker-til-tv_n-din-1.4876513) av Petter Puchmann, sist sett 15.11.2013.

<sup>55</sup> Tysk rapport laget av Anna Gietke, *ALAI Congress 2012*, Kyoto Questionnaire s.1.

<sup>56</sup> Informasjon fra teknisk avdeling hos tv-distributører.

servertjeneste. Samtlige kunder kan så få tilgang til avspilling av samme opptak når de ønsker det.

Det er også aktuelt og interessant å drøfte avhandlingens problemstilling opp mot CatchUp løsningen. En slik løsning kan stille seg annerledes i lys av åndsverkloven enn en sentralisert servertjeneste med individuelle harddisker, ettersom alle kundene vil få tilgang til *samme* opptak. CatchUp løsningen behandles derfor i det avsluttende kapittel, punkt 6.

## 4 Presisering av problemstillingen

Det må presiseres at avhandlingen skrives under den forutsetning at de opptaksfunksjonene som vurderes ikke er omfattet av de avtalene om tv-sending rettigheter som foreligger mellom rettighetshaverne og kringkasterne og/ eller distributørene. Spørsmålet er nettopp om opptaksfunksjonen anses opphavsrettslig relevant, slik at de må avklares hos rettighetshaverne før de kan tilbys kundene.

Avhandlingens vurderinger vil i stor grad knytte seg til avveiningen mellom rettighetshavers og allmennhetens interesser. Problemstillingene vil knytte seg til omfanget av rettighetshavers eneretter og grensen mot utfoldelsen i den private sfære. Fokuset vil ligge på hvorvidt distributørene krenker eksemplarframstillingsretten når det tas opptak ved bruk av «sky-PVR», om distribusjon av «sky-PVR»-baserte systemer krenker eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten, eller om handlingene faller utenfor eneretten til rettighetshaver ettersom opptakene tas til privat bruk.

Helt konkret er problemstillingene i avhandlingen om det er *tv-distributørene* som, ved å tilby opptaksmulighet gjennom «sky-PVR», foretar eksemplarframstillingene eller om det er *kunden* som fremstiller eksemplaret, og hvorvidt avspillingen av opptakene for kunden er en offentlig fremføring.

Det forutsettes i avhandlingen at opptakene er tenkt til privat bruk når kunden benytter seg av opptaksfunksjonen tv-distributørene tilbyr.

## 5 Hoveddel

### 5.1 Fremstiller tv-distributørene et eksemplar når det gjøres opptak på deres sentraliserte server?

For at abonnenten skal ha mulighet til å se et valgt program etter at det har blitt sendt, må det fremstilles et opptak eller et eksemplar av programmet. Kunden henter frem eksemplaret fra harddisken «sin» som ligger sentralisert hos distributøren når han ønsker å spille av opptaket. Spørsmålet er hvordan denne eksemplarfremstillingen skal bedømmes opphavsrettslig sett. Et viktig spørsmål vil, i lys av det faktum avhandlingen bygger på, være hvem som foretar eksemplarfremstillingen. Dette er sentralt fordi dersom det er distributøren som tar opptaket, vil det lages uten at distributøren vil bruke det til noe annet enn som ledd i en kommersiell virksomhet. Opptaket er dermed ikke laget til privat bruk jf. § 12. Det kan derimot falle inn under privatkopieringsregelen hvis det er kunden som har fremstilt eksemplaret.

Problemstillingen er ikke belyst i norsk lovverk eller forarbeider og heller ikke i EU-direktivene. Spørsmålet er ikke behandlet verken i norsk rettspraksis eller nordisk rettspraksis for øvrig. Problemstillingen er imidlertid drøftet i en rekke utenlandske saker, hvor spørsmålet nettopp har vært om tv-distributører, ved å tilby slike opptaksfunksjoner, krenker eneretten til eksemplarfremstilling. I punkt 5.1.2 vil disse utenlandske dommene gjennomgås og vurderes for å belyse problemstillingen. Slik rettspraksis har, som nevnt,<sup>57</sup> ingen direkte rettskildeværdi i norsk rett, men har klar verdi som illustrasjon av problemstillingen, som også oppstår i norsk rett. Når problemstillingen deretter skal drøftes med utgangspunkt i norsk rett, kan det også være formålstjenlig å se til de ulike dommenes begrunnelse, og se om denne materielt sett vil ha overføringsverdi til norsk rett, slik det norske rettskildebildet er.

#### 5.1.1 Belysning gjennom utenlandsk rettspraksis

I både Tyskland, Frankrike, USA og Japan bygget retten på de respektive lands regler som sikrer rettighetshaver enerett til reproduksjon av verk. Til tross for at det er anvendt andre begreper enn i den norske loven, vil imidlertid lovreglene være myntet på lignende handling. I

---

<sup>57</sup> Punkt 1.2.

Australia og Tyskland anvendte de også egne regler om reproduksjonsrett for kringkastere, men også der er vurderingen sammenlignbar.

I Tyskland, Frankrike, Japan og Australia er det også vedtatt unntak fra eneretten i form av eksemplarframstilling til privat bruk. I USA er det ikke oppstilt spesifikke unntak for privat bruk, men et generelt unntak om «fair use». Siden spørsmålet er hvorvidt det er distributøren eller kunden som foretar eksemplarframstillingene, vil imidlertid fokus ligge på tolkningen av enerettene.

Ettersom reguleringene av enerettene i alle de landene hvis rettspraksis behandles, er så like de norske enerettsreglene, har argumentasjonen større overføringsverdi.

I «ProSiebenSat1»-dommen fra Tyskland, behandlet den tyske høyesterett, Bundesgerichtshof (heretter BGH), konflikten mellom ProSiebenSat1 med flere og Shift TV og Save TV.<sup>58</sup> Domstolen vurderte blant annet hvorvidt de aktuelle nettbaserte PVR-tjenestene, som innebar at kundenes opptak av tv-programmene ble lagret på en individuell harddisk på distributørens sentraliserte server, var i strid med kringkasternes rettigheter etter den tyske opphavsrettsloven.

BGH kom til at det ikke var i strid med kringkasternes eksklusive eksemplarframstillings-, eller reproduksjonsrettigheter å gjøre opptak av programmene på brukerens online-arkiv. Domstolen la prinsipielt til grunn at det å ta opp programmer på brukerens online-videoopptaker i utgangspunktet falt inn under saksøkernes eksemplarframstillingsrett, ettersom PVR måtte anses som en «bilde og lydbærer» etter den tyske opphavsrettsloven artikkel 16 (2) om reproduksjon. Domstolen la imidlertid til grunn at det avgjørende for handlingens rettmessighet var om det var distributøren eller kunden som var «produsenten»<sup>59</sup> av kopien. Dersom det var kunden, ville kopieringen være berettiget i kraft av den tyske privatkopieringsbestemmelsen.

BGH mente at spørsmålet om hvem som hadde laget kopien måtte vurderes etter rent tekniske og mekaniske kriterier, og derfor ville den som fysisk laget kopien gjennom tekniske midler, være produsenten. Videre la domstolen til grunn at dersom produsenten av kopien handlet under instruksjoner fra en tredjeperson som fikk kopien laget til eget bruk, er det den som har bedt om kopien som er ansvarlig for handlingen. Retten mente kjerneproblemstillingen var

---

<sup>58</sup> ProSiebenSat1 v. Shift.TV, RTL v. Save.TV og RTL v.Shift TV ( -alle fra 22.april 2009).

<sup>59</sup> «Hersteller» som anvendt uttrykk i dommen.

hvorvidt produsenten i handlingen kun hadde funksjon som et nødvendig kopieringsredskap, eller hvorvidt tjenestene medførte en bruk som var opphavsrettslig relevant, slik at den ikke lenger kunne forenes med privatbruksunntaket. BGH uttalte at kopieringen av programmene valgt av kunden ble gjort «fully automatically without any (human) outside influence» og var derfor produsert av kunden.<sup>60</sup> Distributørens rolle ble dermed ansett å være begrenset til et opptaksutstyr. Domstolen var enig i saksøkers påstand om at opptakene ble laget av kunden til kundens private bruk, og kom til samme resultat både i saken som omhandlet Save TV og Shift TV. BGH mente imidlertid at «Save TV»-saken ikke var tilstrekkelig opplyst og den ble sendt tilbake til OLG Dresden Urteil.<sup>61</sup> Den regionale domstolen i Dresden la til grunn samme resultat som BGH og uttalte at det er kunden som fysisk foretar opptakene.

Den tyske domstolen la altså avgjørende vekt på at kunden var den som beordret eksemplarframstillingen og som hadde intensjon om bruk. Distributørens tjeneste ble kun ansett å være et nødvendig redskap i prosessen. Domstolen bedømte tjenesten Shift.TV og Save.TV distribuerte på lik linje med en VCR, og konkluderte med at distributørene ikke foretok eksemplarframstillinger. Eksemplarframstillingen ble derfor ansett som lovlig privatkopiering.<sup>62</sup>

Også i den amerikanske «Cablevision»-dommen kom domstolen til at det var kunden og ikke distributøren som fremstilte opptaket som ble lagret på kundens del av den skybaserte harddisken som lå sentralt hos distributør.<sup>63</sup> Cablevision markedsførte et system som ble kalt RS-DVR, et system veldig likt en «sky-PVR». Seeren sender signalene fra fjernkontrollen, gjennom kabelen, til serveren på Cablevisions sentrale fasilitet hvor opptakene blir lagret.

Domstolen vurderte hvorvidt Cablevision hadde krenket rettighetshavernes enerett til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring av verket. Saksøkeren mente at Cablevision krenket eneretten til eksemplarframstilling ved å kopiere programmet på den skybaserte serveren. I tillegg mente de at Cablevision krenket eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten ved å sende data fra harddisken til abonnentene, når kunden ønsket å avspille opptakene.

---

<sup>60</sup> Anne Yliniva-Hoffmann, Peter Matzneller, «The Legal Protection of Broadcasters», *Iris Plus 2010-5*, s.15.

<sup>61</sup> RTL v. Save TV, OLG Dresden Urteil, 12.6.2011.

<sup>62</sup> Yliniva-Hoffman s.15

<sup>63</sup> Cartoon Network LP v. CSC Holdings Inc., 4.august 2008, United States Court of Appeal, 2<sup>nd</sup> circuit.

For kopieringen som endte på Cablevisions harddisk, mente domstolen at det var kunden som foretok kopieringshandlingen. Dette begrunnet de med at det var kunden som valgte programmet og iverksatte opptaket, mens Cablevisions bidrag kun var en fullt ut automatisert tjeneste, hvor distributøren ikke utviste noen vilje bak de opptakene som ble tatt. Retten mente at det måtte mer til enn eierskap til maskinen som lager kopiene for å bli holdt ansvarlig for eksemplarframstillingen etter amerikansk rett. Det må foreligge en krenkende adferd og element av vilje eller årsaksforhold.

Domstolen sammenlignet Cablevisions virksomhet med en kopibutikk, der kundene selv lager fotokopier på butikkens lokaler. I motsetning til der butikken stiller med bistand fra ansatte, er det ikke i slike tilfeller noen form for menneskelig bidrag bak kopieringen, og av den grunn foreligger det ingen krenkelse. Retten sammenlignet deretter RS-DVR systemet med VCR-spillere. Ettersom brukeren ikke begår en krenkelse ved å bruke VCR-spillere, fordi dette anses som «fair use», kunne heller ikke det å medvirke til en slik kopiering være en krenkelse.

Retten konkluderte med at Cablevisions tjenester ikke krenket eneretten til reproduksjon (eksemplarframstillingsretten). Standpunktet ble senere ble lagt til grunn i den amerikanske dommen «Aereo»-dommen.<sup>64</sup>

«Cablevision»-dommen har imidlertid mottatt kritikk fra flere hold, og professor Jane Ginsburg fra Columbia University har skrevet en artikkel hvor hun setter spørsmålstegn ved mange av domstolens vurderinger og konklusjoner. Ginsburg mener man skal legge hovedvekt på om den aktiviteten opptaksfunksjonen muliggjør, er opphavsrettslig krenkende. Hun mener at retten la for stor vekt på viljen bak kopieringen. Selv om det er kunden som ønsker og ber om kopien, er det Cablevisions handlinger som muliggjør opptak, fordi det er Cablevisions sendinger som brukes.<sup>65</sup>

Det kan argumenteres for at det er svakheter i argumentasjonen i «Cablevision»- og «ProSiebenSat»-dommene. Selv om det er kunden som trykker på opptaksknappen og bestemmer og iverksetter lagringen av en kopi på «deres» del av harddisken hos distributøren, kan det hevdes at distributørens system legger til rette for og muliggjør opptakene. Det kan derfor sies at distributøren i hvert fall tar del i kopieringshandlingen.

---

<sup>64</sup> WNET, Thirteen v. Aereo, Inc, 1. April 2013.

<sup>65</sup> Jane C. Ginsburg, «Recent Developments in US Copyright Law – Part II, Caselaw: Exclusive Rights on the EBB?», *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, oktober 2008 s.13.

I den franske «Wizzgo»-dommen<sup>66</sup>, hvor det også var tale om distribusjon av en opptaksfunksjon lignende «sky-PVR», kom den regionale domstolen i Paris til at det var Wizzgo, distributøren, som lagde kopiene. I tillegg la de til grunn, uten begrunnelse, at privatkopieringsregelen ikke kom til anvendelse fordi programmene som ble tatt opp ikke kunne beskrives som private kopier for kunden. I vurderingen la de vekt på at selv om opptakene ikke hadde en selvstendig økonomisk verdi, utgjorde de en del av en kommersiell virksomhet. Opptakene var dermed ikke laget til privat bruk. Den franske dommen er et eksempel på at en domstol har kommet til motsatt resultat, og resonnert annerledes enn dommerne i de ovennevnte avgjørelser i Tyskland og USA.

Det samme gjelder i «Optus»-dommen fra Australia. Der kom den føderale domstolen til at Optus, tilbyder av en «sky-PVR»-tjeneste, krenket rettighetshavernes eksemplarframstillingsrettigheter ved å lansere et system hvor kundene gratis kunne ta opp «free-to-air»-programmer på Optus servere og spille dem senere på ulike elektroniske utstyr. Den australske domstolen vurderte reproduksjonsspørsmålet etter artikkel 86 a) og 87 a) i den australske åndsverkloven, som spesifikt hjemler kringkasternes eksklusive rett til å «make a copy» av de kringkastede sendingene. Til tross for at denne rettighetsbestemmelsen er utformet noe annerledes og myntet kun på kringkasternes rettigheter, vil begrepet «make a copy» neppe skille seg stort fra «fremstille[...] eksemplar» i åvl.§ 2 og domstolens begrunnelse vil dermed her være relevant for avhandlingens problemstillinger.

Første instans kom til at det var kundene som tok opp programmene til privat bruk, slik at det ikke forelå noen krenkelse. Andre instans kom derimot til at det var Optus, eller Optus og kunden sammen, som sto for opptakene, og mente at fremstillingene av den grunn ikke var omfattet av privatkopieringsregelen. Retten begrunnet dette med at handlingen «making» er et fundamentalt konsept etter opphavsrettsloven og at begrepet må bli forstått i sammenheng med den ordinære betydningen av å lage noe. Selv om det var kundene som initierte den automatiserte prosessen, var det Optus som utførte reproduksjonen. Domstolen uttalte at det ikke kan oppstilles som vilkår at opptaket lages på bakgrunn av distributørens vilje.

Domstolen mente det heller ville være feil dersom en person som designer og opererer et fullstendig automatisert system, ikke kan anses som den som har laget den aktuelle kopien, når systemets funksjon er lagt opp slik at det automatisk responderer til en tredjepart som ønsker en kopi laget.

---

<sup>66</sup> Wizzgo v. M6, W9, TF1 og NT1, 25 november 2008, TGI de Paris (3<sup>e</sup> ch. 1<sup>e</sup> sect.).



Retten la videre vekt på at kopiene lå under Optus' kontroll og at rollen til Optus under kopieringen var så gjennomtrengende at man, selv om systemet opererer fullstendig automatisk, ikke kunne se bort i fra deres deltakelse, da kunden er fullstendig avhengig av at systemet fungerer for å ta opptak. Domstolen mente at Optus' rolle derfor ikke var begrenset til å gjøre systemet tilgjengelig for kunden, ettersom de fanget, kopierte, lagret og gjorde tilgjengelig programmene mot betaling.

Videre uttalte retten at Optus' sin distribusjon av opptaksfunksjon ikke kunne falle inn under privatkopieringsregelen, ettersom denne regelen ikke kunne anses å dekke kopiering med et kommersielt formål. Optus skulle ikke selv ta i bruk kopiene, de var kun lagret for kundene, og formålet med opptaksfunksjonen var for dem fullt ut kommersielt. Domstolen trakk inn prinsippet om teknologisk nøytralitet, at rettigheter og unntak ikke skal begrenses til teknologi som var kjent på det tidspunkt da rettighetene og begrensningene ble vedtatt. De mente imidlertid at prinsippet om teknologisk nøytralitet ikke kunne overstyre det klare og begrensede formålet bak privatkopieringsregelen.

Det kan nok stilles spørsmål ved hvorvidt privatkopieringsregelen *egentlig* kan anses avgrenset mot opptaksfunksjoner som tilbys i forbindelse med en kommersiell virksomhet. Også opptaksverktøy som VCR-spillere ble solgt som del av en kommersiell virksomhet. Det samme gjelder for den tjenesten kopibutikker tilbyr. På den annen side er den opptaksfunksjonen PVR-distributørene tilbyr tilknyttet de opphavsrettslige verk som blir kringkastet gjennom deres distribusjonstjeneste, og PVR-distributørene vil dermed ha en større tilknytning til verkene, enn kopibutikker og distributører av VCR-spillere.

Også i Japan ble et standpunkt lignende den australske domstolens lagt til grunn i «Rokuraku II»- dommen.<sup>67</sup> Rokuraku er et utstyr som kunden kjøper eller leier og som digitaliserer og tar opptak av kringkastede tv-programmer i området hvor Rokuraku-utstyret er plassert. Deretter sendes de kopierte tv-programmene over Internett til abonnentene. Den japanske høyesterett fant at det var foretaket som forsynte kunden med utstyret som ble brukt til opptak som var den som lagde opptaket. Konklusjonen ble begrunnet i prosessen bak opptakssystemet. Selv

---

<sup>67</sup> NHK et al. v. Nihon Digital Kaden Co. Ltd., 20. januar 2011, Supreme Court Japan

om det var brukeren som opererte opptakeren, var det distributøren som førte de kringkastede programmene inn i reproduksjonssystemet.<sup>68</sup>

Domstolen mente man måtte vektlegge objektet og metoden for reproduksjonen og detaljene og omfanget av engasjementet i kopiene som ble tatt. Retten uttalte at distributøren ikke bare sto for omstendighetene som forenklet kopieringen, men også mottok og sendte kringkastede tv-program, hvilket var avgjørende for at det kunne tas opptak. Videre vektla den at systemet var under distributørens forvaltning og kontroll, og at det var umulig for kunden å ta opptak med mindre distributøren utførte disse øvrige handlinger. Retten kom av den grunn til at det var distributøren som lagde opptakene, som dermed ikke kunne hjemles i privatkopieringsunntaket.<sup>69</sup>

Det kan på denne bakgrunn slås fast at det internasjonale rettskildebildet spriker. I USA og i Tyskland er det lagt til grunn at tv-distributører ikke fremstiller eksemplarer ved å forsyne kundene med «sky-PVR»-funksjonen. Domstolen har i disse sakene lagt til grunn at det er kunden som gjør opptakene og at PVR-opptak som gjøres i nettskyen dermed kan anses som lovlig privatkopiering. I Frankrike, Australia og Japan fant domstolene derimot at det er yteren av «sky-PVR»-funksjonen som produserer opptakene, ettersom det automatiserte systemet opptaksfunksjonen bygger på muliggjør opptakene for kunden. Her kunne man ikke anvende privatkopieringsregelen.

Det er gode argumenter for begge konklusjoner. På den ene siden vil ikke kunden ha mulighet til å ta opptak, hvis ikke de får tilgang til de kringkastede kanalene og hvis ikke det automatiserte systemet hos distributøren legger til rette for at disse signalene ender opp på den sentraliserte harddisken. På den annen side, er det fortsatt kunden som må iverksette opptaket, og det vil ikke tas opptak hvis ikke kunden ønsker det og selv tar initiativ til det. Det er videre kunden som skal bruke opptaket.

Avslutningsvis nevnes en sak fra EU-domstolen som, selv om den omhandler en annen opphavsrettslig problemstilling, muligens kan gi noe veiledning. Saken stod mellom DR og TV2 Danmark mot NCB, Nordisk Copyright Bureau,<sup>70</sup> og spørsmålet var om unntaket for efemære eller flyktige opptak tatt ved kringkasting (i norsk rett hjemlet i åvl.§ 31) også

---

<sup>68</sup> Ueno, Tatsuhiro, "The making available in the "cloud" environment-Toward the harmonization of the substantive scope of the right", 2012 s. 13-15.

<sup>69</sup> Op.cit.s.13-15

<sup>70</sup> Case C-510/10, Judgement of the Court (Third Chamber) 26.april 2012.

omfattet opptak laget av lovlig uavhengige, eksterne tv-produksjonsselskaper i tilfeller hvor kringkastingsselskapene bestilte opptakene av dem for begynnende kringkasting. Unntaket gir kringkaster rett til å ta opp verk på sine innretninger ved bruk av egne hjelpemidler og til bruk ved egne sendinger. Domstolen la til grunn at unntaket for efemære opptak kom til anvendelse dersom tredjeparten, her de eksterne tv-produksjonsselskapene, handlet spesifikt på vegne av kringkastingsorganisasjonen, eller i hvert fall under organisasjonens ansvar. Problemstillingen og faktum er et annet enn det som er gjeldende i denne avhandlingen, og uttalelsene vil derfor ikke ha direkte overføringsverdi. Det er imidlertid også i dommen tale om et unntak fra eneretten til eksemplarfremstilling, og det er snakk om opptak av tv-programmer. Domstolen la til grunn at dersom produksjonsselskapene handlet fullstendig på vegne av kringkasterne, ville dette tillates, selv om opptakene da ble utført av en tredjepart. Ved bruk av «sky-PVR»-dekodere er det jo ikke slik at distributøren egenhendig tar kopiene, så de faktiske forutsetningene er annerledes. Man kan likevel trekke den parallell at også ved bruk av «sky-PVR»-dekodere anvender kunden opptaksfunksjonen som distributøren tilbyr for å ta opptak til seg selv, hvilket kan brukes som argument i retning av at det rettslig sett må være kunden som tar opptaket. På den annen side ligger det også en forskjell i at «sky-PVR»-tilbyderen som nevnt også formidler det opphavsrettsbeskyttede innholdet.

I punkt 5.1.2 skal jeg drøfte hvordan den beskrevne problemstillingen må løses etter norsk rett. Jeg vil undersøke hvilket av resultatene fra den utenlandske rettspraksis som samsvarer best med de norske opphavsrettslige regler og prinsipper.

### **5.1.2 Drøftelse basert på norsk rett**

Etter åndsverkloven § 2 første ledd omfatter rettighetshaverens enerett retten til å fremstille «eksemplar». Av § 2 andre ledd fremgår at fremstilling av eksemplar også er «overføring til innretning som kan gjengi verket». Det er derfor uproblematisk å konstatere at opptakene som ved bruk av «sky-PVR» er eksemplarfremstillinger. Ordlyden i § 2 gir imidlertid ikke veiledning om hvordan man skal vurdere hva som kreves for at man skal anses å ha foretatt en eksemplarfremstilling, eller hvordan man skal vurdere hvem som har fremstilt eksemplaret i en situasjon som vår. Privatkopieringsregelen i § 12 bruker også begrepet «fremstilling av eksemplar», men gir heller ikke ytterligere veiledning til hvordan man skal vurdere hvem som har fremstilt eksemplaret.

Også i forarbeider og teori er fokus lagt på hva som anses å være et «eksemplar». Det er uttalt i forarbeidene at eneretten gjelder uavhengig av hvordan eksemplarframstillingen skjer. Den omfatter derfor også bruk av verk ved hjelp av digital teknologi, som digital kopiering på nett.<sup>71</sup> Dette gir imidlertid ikke veiledning i spørsmålet om hvem som er eksemplarframstilleren når en person tar i bruk et digitalisert opptaksverktøy. Som nevnt er dette spørsmålet sentralt nettopp fordi eksemplarframstillingsadgangen i § 12 avgrenser mot eksemplarframstillinger foretatt i «ervervsøyemed», hvilket opptak vil være dersom det er distributøren som har laget dem.

Det kan derfor være relevant å se på hvilke eksempler som er brukt på å forklare hva som anses som privatkopiering og hva som vil falle inn under enerettsreglene i forarbeidene og teori.

I Stortingskomiteens innstilling fra 1961 ble det uttalt at forutsetningen for at kopieringen utført av andre faller innenfor regelen om privatkopiering, er at den som skal bruke eksemplaret har foretatt en reell bestilling. Som eksempel brukes at et avskrivningsbyrå ikke kan stensilere opplag av et forelesningsreferat og holde det på lager, slik at studentene kan bestille det. Selv om bestillingene vil komme etter hvert, faller det utenfor den private eksemplarframstillingsregelen og er dermed ulovlig.<sup>72</sup> Dersom kopieringen blir foretatt på initiativ fra den som foretar eksemplarframstillingen, og ikke fra den som skal anvende eksemplaret til privat bruk, kan det ikke anses som foretatt til privat bruk.<sup>73</sup> For avhandlingens vedkommende er det kunden som tar initiativ til at opptakene blir gjort og anmodningene om opptak er reelle. Uttalelsen gir uttrykk for at dersom kunden foretar en reell bestilling av for eksempel et forelesningsreferat, faller det inn under privatkopieringsregelen og er ikke en krenkelse av rettighetshavers eneretter, og dette taler i retning av at det samme må gjelde når kunden bruker «sky-PVR»en.

Det uttales imidlertid i forarbeidene at kringkastere ikke har adgang til å utlevere opptak av filmverk eller musikkverk som er kringkastet i programmene på bestilling fra private personer, uten at de får samtykke fra opphavsmennene.<sup>74</sup> Bakgrunnen for dette er at det vil stride mot forbudet mot fremmed hjelp i § 12 tredje ledd, som denne avhandlingen avgrenser mot. Eksempelet vil likevel være illustrerende for når enerettene anses krenket.

---

<sup>71</sup> Ot.prp.nr.65 (2012-2013) s.7.

<sup>72</sup> Innst.O.XI (1960-1961) s.18.

<sup>73</sup> Rognstad s.235.

<sup>74</sup> NOU 1983:35 s. 41, også lagt til grunn i svensk rettspraksis NJA 1984 s.304.

Til forskjell fra begge eksemplene er det i avhandlingens tilfelle kunden som iverksetter opptakene, og opptakene ville ikke fysisk kunne blitt laget uten kundens bidrag. Dette kan tale for at det ved bruk av «sky-PVR» er kunden som fremstiller eksemplarene.

Det er i teorien også antatt at man kan ta i bruk «eksterne lagringstjenester», hvor firma stiller serverkapasitet til disposisjon for privat kopiering og at dette omfattes av § 12. Forutsetningen er at ingen personer utenfor den private krets har tilgang til filene. Det hevdes dermed at det i seg selv ikke har noen avgjørende betydning hvilket eller hvem sitt medium man benytter for å lagre datafiler, enten det er CDer, egen harddisk, egen server eller andres server.<sup>75</sup> Det nevnte eksempelet har en viss likhet med distribusjon av «sky-PVR». Distributøren stiller med lagringsplass for opptak av tv-programmer, ved at kunden disponerer en egen del av harddisken sentralisert hos distributøren. Forskjellen er imidlertid at firmaer som kun stiller med lagringskapasitet, ikke vil ha noen tilknytning til verkene som blir lagret på serverne deres. «Sky-PVR»-distributørens tjeneste vil som nevnt ikke bare gi lagringskapasitet til opptakene, men også tilrettelegge for at opptakene blir tatt og dessuten selv distribuere innholdet av det som det blir tatt opptak av. Dette er et moment som skiller vårt typetilfelle fra eksemplene i de norske rettskildene.

Videre er det, som nevnt, lagt til grunn i norsk rett at bruk av VCR-spillere til opptak av tv-program og filmer sendt på tv, er lovlig etter § 12.<sup>76</sup> Dette ble også lagt til grunn i en sak fra USA, Betamax, hvor spørsmålet var hvorvidt rekkevidden av rettighetshaverens eksklusive eksemplarframstillingsrett omfattet opptak av tv-programmer med VCR, hvor kopiene ble laget av en individuell bruker for privat bruk, slik at opptakene kunne ses senere på et mer gunstig tidspunkt. Retten mente at slike kopier utgjorde «fair use» og følgelig ikke var innenfor rettighetshaverens kontroll.<sup>77</sup> I enkelte av dommene som har blitt behandlet i punkt 5.1.1 har domstolen trukket analogier mellom bruk av VCR og en «sky-PVR»-dekoder.

En «sky-PVR»-dekoder vil i stor utstrekning være en svært teknologisk utviklet VCR-spiller. Den er i større grad automatisert og enklere å bruke, men funksjonen vil i stor grad være den samme. For kundene vil en «sky-PVR» gi dem en tjeneste de har hatt tilgang til siden opptaksmaskiner ble salgsvare. Samtidig er distributørens rolle i opptaksprosessen noe mer involvert enn rollen til en selger av opptaksutstyr. Distributøren må sørge for at

---

<sup>75</sup> Rognstad s.236 med henvisning til Kultur-og kirke departementets svar på spørsmål fra Forbrukerrådet i forbindelse med Forbrukerrapporten 2006.

<sup>76</sup> Blant annet i NOU 1983:35 s.38.

<sup>77</sup> Rognstad s.409 med henvisning til Sony Corp. Of America v. Universal Studios Inc., 464 US 417 (19849).

kringkastingssignalene ender på kundens del av den sentraliserte harddisken. Dette vil imidlertid ikke utgjøre noen større fysisk innsats fra distributørens side enn å sende signalene som gir kunden lineær sending av kringkastingsprogrammene. Tjenesten er fullstendig automatisert, uten noen form for menneskelig innflytelse, slik BGH uttalte i Save TV og Shift TV-sakene. Derfor kan det være unaturlig å legge til grunn at det er distributøren som tar opptakene.

De skrevne rettskildene gir etter dette ikke et entydig svar på vår problemstilling. Det kan derfor være hensiktsmessig å se til reelle hensyn og hensyn bak åndsverklovens regler om privatkopiering og rettighetshavernes eneretter.

### **5.1.3 Problemstillingen i lys av opphavsrettslige hensyn**

Åndsverklovens regler er vedtatt på bakgrunn av interesseavveiningen mellom rettighetshavers interesse i å utnytte eget verk og allmennhetens interesse i å benytte seg av verket.

Det er gode grunner til at verk i digital form, deriblant kringkastede TV-programmer, skal ha et særlig vern ved reproduksjon. Ikke bare vil kopiene ofte bli like gode som originalene, men verkene vil også være like enkle å bruke. Det er ingen reduksjon i praktisk nytte og det vil sjeldent være mulig å skille kopien fra originalen.<sup>78</sup> Dette gjelder klart nok også for reproduksjon av tv-programmer, ettersom den eneste forskjellen mellom opptaket og originalen er at opptaket ikke vil bli sett «live».

I tillegg vil det, i likhet med kopiering av andre digitale verk, være svært enkelt og ta kort tid å ta opptak av tv-programmer ved bruk av «sky-PVR». Det er derfor veldig fristende for allmennheten å benytte seg av reproduksjonsmuligheten en «sky-PVR» gir, hvilket kan medføre en utbredt bruk. Ettersom det i utgangspunktet er så enkelt å lage «perfekte» kopier av TV-program, kan det derfor spørres om det overfor rettighetshaver vil være urimelig å distribuere hjelpemidler som gjør det enda enklere å kopiere programmene. Et annet argument for særlig vern av digitale verk er at de er enkle å manipulere, og spredningsmulighetene er større.<sup>79</sup> Dette argumentet vil imidlertid ikke gjøre seg like gjeldende for opptak tatt på «sky-PVR» ettersom opptakene kun kan sees på TV-en som er tilkoblet harddisken hvor opptakene

---

<sup>78</sup> Wagle s.63 flg.

<sup>79</sup> Op.cit. s.64-65.

ligger. Derfor kan ikke kunden gi opptakene han har tatt videre og han har heller ikke mulighet til å manipulere innholdet av programmene det tas opptak av.

Det er også sterke hensyn som taler mot et særlig vern av digitaliserte verk. For det første er det ønskelig å utnytte de nye teknologiske muligheter som utvikles. «Sky-PVR»-funksjonen gir kundene en enklere måte å ta opptak på, og det vil være synd om slike forenklete løsninger i for stor grad skal begrenses av de bakenforliggende rettighetene til verkene som digitaliseres. Dette gjelder for allmennheten, som ikke vil kunne ta glede av den teknologiske utviklingen, men det vil også være hemmende og demotiverende for de som står bak de teknologiske nyvinningene. Som det flere ganger er presisert i denne avhandlingen, er teknologinøytralitet et hvilende prinsipp bak åndsverkloven. Det er derfor ikke ønskelig å foreta en særbehandling av digitaliserte verk kontra de tradisjonelle åndsverk. Dette er et argument for at man heller må tilpasse vernet etter de tradisjonelle retningslinjer.<sup>80</sup>

Til dette må det påpekes at det er vanskelig å håndheve forbud eller begrensninger for eksemplarframstilling av digitaliserte verk. Særlig innenfor den private sfære vil håndhevelse være krevende og økonomisk ugunstig. Det vil være nærmest umulig å kontrollere om og på hvilken måte allmennheten tar opptak av kringkastingsprogrammene som går på TV. I tillegg er det ikke nødvendigvis ønskelig å gjennomføre en slik håndheving ettersom allmennhetens private bruk av åndsverk skal ligge utenfor rettighetshavers kontroll også av hensyn til menneskets privatliv.<sup>81</sup>

I tillegg kan det være uheldig å strekke forbud og kontroll lenger enn den allmenne rettsfølelse tilsier. Dersom lovgiver oppstiller strenge regler som er i strid med en normal og allment akseptert utnyttelse av verket, vil ikke loven respekteres.<sup>82</sup> Ettersom det i lenger tid har vært ansett som akseptert at tv-seere har lov til å ta private opptak av kringkastede programmer, vil det føles urettferdig dersom distributørene nektes å tilby opptaksmuligheter som PVR. Konsekvensen kan bli at kundene må vende tilbake til manuelt og mer tungvint opptaksutstyr, eller at nye aktører velger ikke å respektere forbudet og oppretter nye portaler for opptaksfunksjoner.

En PVR gir kundene større tilgjengelighet til tv-programmene som kringkastes på tv. At allmennheten har god tilgjengelighet til åndsverk sikrer offentlig debatt, ytringsfrihet og fri

---

<sup>80</sup> Wagle s.67

<sup>81</sup> Rieber-Mohn s.59-61

<sup>82</sup> Op.cit.s.67

flyt av informasjon og kulturelle impulser. Det er derfor ønskelig å fremme størst mulig spredning av åndsverk i samfunnet, så lenge det ikke går utover rettighetshavers normale verksutnyttelse.<sup>83</sup>

Det ligger imidlertid også viktige hensyn bak reguleringen av enerettighetene. For kunstnere og andre opphavsmenn er det viktig å kunne leve av sine verk. Det er rimelig at den som skaper et verk i stor grad får kontrollere og får de økonomiske fordelene av bruken.<sup>84</sup> Også for samfunnet er dette også viktig, for å sikre en fortsatt kulturell produksjon.<sup>85</sup> Det er derfor viktig at allmennhetens utnyttelse av verket ikke går utover rettighetshavers normale utnyttelse av verket.

Det er en slik vurdering den internasjonale tretrinns testen legger opp til. Etter tretrinns testen vil den normale utnyttelsen omfatte både utnyttelsesformen og den bruken utnyttelsen gjelder. En utnyttelsesmåte kan falle utenfor denne rammen ved enten å være uvanlig eller fordi det gjelder en type bruk som det ikke vil være normalt å lisensiere, eksempelvis private fremføringer. Bruken må altså ligge innenfor områdene som det med utgangspunkt i eneretten og tilgjengelig teknologi fremstår nærliggende for rettighetshaveren å utnytte.<sup>86</sup>

Enerettene i § 2 er altså utgangspunktet for vurderingen av hva som vil ligge innenfor rettighetshavers normale utnyttelse av verket, og den normale utnyttelsen avgrenses derfor mot den private sfære. Overført til vårt tilfelle vil rettighetshavernes normale utnyttelsesrett omfatte alle offentlige fremførelser av tv-programmene de har skapt og alle opptak som blir tatt av programmene og som ikke blir gjort privat. Opptak av tv-program til privat bruk er etter § 12 ikke enerettsbelagt, og omfattes følgelig ikke av rettighetshaverens normale utnyttelse.

Kundene har tilgang til de kringkastede programmene når de sendes lineært gjennom distributør, ettersom de har abonnert på TV-sendingstjenesten. Opptakene som kundene tar er dermed av programmer de har betalt for å se. Distributørene har på sin side rett til å sende programmene for kundene som abonnerer på tjenesten, gjennom avtaler de har med kringkasterne og rettighetshaverne. Videre har kundene lov til å ta opptak av de programmene de abonnerer på til senere, privat bruk. En slik utnyttelse av verket vil altså ikke komme i

---

<sup>83</sup> Rieber-Mohn s.65 flg.

<sup>84</sup> Bing, *Menneskers verk- om åndsverk, opphavsrett og kopiering*, 1993, s.2.

<sup>85</sup> Rognstad s.31-32.

<sup>86</sup> Rieber-Mohn s.98-99.



konkurransen med rettighetshavers utnyttelse av verket. Ut fra dette kan det argumenteres for at selv om en «sky-PVR» er en opptaksfunksjon som er tilbudt sammen med en TV-sendingstjeneste, er ikke distribusjon eller utnyttelse av en slik funksjon i konflikt med rettighetshavers normale utnyttelse. At et opptak tatt på «sky-PVR» i mindre utstrekning enn opptak tatt på CD-er eller videokassetter kan spres videre, trekker også i retning av at rettighetshavers normale utnyttelsesrett ikke vil krenkes.

#### **5.1.4 Oppsummering og konklusjon**

I utenlandsk rettspraksis er det argumentert godt for at distributøren må anses som eksemplarframstiller, eller i alle fall å være delaktig i eksemplarframstillingen. Distributøren designer og opererer kopieringssystemet, mottar og sender de kringkastede sendingene og sørger for at signalene lagres på reproduksjonsutstyret. Det kan derfor hevdes at distributørens har en så delaktig rolle i opptaksprosessen at man ikke kan se bort i fra den når man vurderer hvem som har foretatt eksemplarframstillingene. Distributørens rolle strekker seg videre enn kun å selge kunden et opptaksutstyr. På den annen side er det gode argumenter også i de utenlandske dommene som taler for motsatt resultat. Det er kunden som velger hvilke programmer som skal tas opp og det er kunden som iverksetter opptakene. Det er ingen form for menneskelig innflytelse i forbindelse med kopieringen fra distributørens side. Det kan derfor spørres om det egentlig er noen vesentlig forskjell mellom å gi tilgang til et frittstående opptaksredskap som brukeren opererer hjemme og å gi tilgang til et fjerntliggende digitalt redskap som brukeren også opererer hjemmefra.

Teknologisk nøytralitet trekker i retning av at en PVR bør vurderes likt med andre opptaksredskaper. En PVR opererer fullstendig digitalt og automatisert, men funksjonen er den samme som hos eldre varianter. At harddisken ligger sentralt hos distributør, bør heller ikke ha avgjørende betydning. Det er, som nevnt, ikke til hinder for at privatkopieringsregelen kommer til anvendelse at opptakene blir lagret ved hjelp av eksterne lagringstjenester, så lenge kopiene blir brukt privat.<sup>87</sup> Digitale verk er i utgangspunktet mer sårbare for spredning og manipulasjon, men ved bruk av PVR tas det kun ett opptak sentralt, som bare kunden har tilgang til og kan bruke. Muligheten for spredning er dermed mindre enn ved bruk av VCR, med mindre man bruker annet opptaksutstyr i tillegg.

---

<sup>87</sup> Rognstad s.236.

Videre synes ikke bruk og distribusjon av PVR å gå utover rettighetshavers utnyttelsesrett i større grad enn annet opptaksutstyr brukt til private opptak vil gjøre. Kunden har i lang tid hatt mulighet til å ta opptak til eget bruk, og det kan stride imot den allmenne rettsfølelsen dersom denne adgangen skulle forsvinne, fordi de tradisjonelle opptaksredskapene har blitt erstattet med en opptaksfunksjon som er integrert i tv-distribusjonspakken.

Den utenlandske praksis viser at det er gode argumenter både for at det er distributøren og at det er kunden som utfører eksemplarframstillingen, og det er mulig å komme frem til begge konklusjoner. Den norske domstolen har ennå ikke tatt stilling til spørsmålet, og frem til det blir gjort, må konklusjonen i denne avhandlingen baseres på den løsningen jeg synes er riktigst på bakgrunn av rettskildebildet og de ulike bakenforliggende hensyn. På bakgrunn av de nevnte momenter konkluderes det med at det er kunden som tar opptakene ved bruk av PVR og at distribusjon av en slik opptaksfunksjon av den grunn ikke strider mot rettighetshavers enerett til eksemplarframstilling, ettersom den kan hjemles i åndsverkloven § 12.

I oppgavens innledning<sup>88</sup> skrev jeg at avhandlingen avgrenset mot forbudet mot bruk av fremmed hjelp ved privat eksemplarframstilling av eksempelvis filmverk jf. § 12 tredje ledd. For helhetens skyld vil jeg likevel kort bemerke at dersom kundene ved å bruke PVR for å fremstille opptak av tv-programmene tar i bruk fremmed hjelp, vil ikke bruk av PVR kunne hjemles i privatkopieringsregelen i § 12 tredje ledd. Spørsmålet vil derfor være hvorvidt kunden tar i bruk fremmed hjelp ved opptak av TV-programmer, når de anvender «sky-PVR».

Begrepet «fremmed hjelp» omfatter, som nevnt<sup>89</sup>, situasjonen når den som fremstiller et eksemplar får hjelp av noen som befinner seg utenfor vedkommendes familie- eller vennekrets, og det anses både som fremmed hjelp når den som yter hjelpen selv foretar eksemplarframstillingen og når han bare stiller kopieringsutstyr til rådighet. Det er, som nevnt<sup>90</sup>, lagt til grunn i forarbeidene at det vil stride i mot forbruket mot fremmed hjelp dersom en kringkaster utleverer opptak av filmverk som er kringkastet i programmene på bestilling fra private personer. Bruk av eget eller leid opptaksutstyr vil imidlertid ikke anses å være bruk av fremmed hjelp. Det samme gjelder bruk av eksterne lagringstjenester. Norske rettskilder gir ikke et klart svar på hvorvidt bruk av PVR vil anses å være bruk av fremmed

---

<sup>88</sup> Punkt 2.2.2

<sup>89</sup> Punkt 2.2.2

<sup>90</sup> Punkt 5.1.2

hjelp, og svaret vil i prinsippet kunne variere alt etter hvilken teknisk modell som benyttes. For eksempel vil man antakelig være nærmere bruk av fremmed hjelp i lovens forstand når opptaket gjøres på en sentralisert server (i «skyen»), enn når det gjøres på brukerens egen «boks» i egen stue.

Plassmessige hensyn har som nevnt fremtvunget en avgrensning mot spørsmålet om fremmed hjelp, og det vil derfor ikke drøftes videre her. Det bemerkes likevel at problemstillingen kan reises i forlengelsen av de spørsmål som denne avhandlingen drøfter.

## **5.2 Foretar tv-distributørene en tilgjengeliggjøring til allmennheten når kunden avspiller sine opptak?**

Jeg har hittil sett på spørsmålet om eneretten til eksemplarframstilling krenkes ved bruk og distribusjon av «sky-PVR». Jeg vil nå gå over til å vurdere hvorvidt den andre eneretten som reguleres i § 2 vil krenkes. Etter åndsverklovens § 2 innebærer opphavsretten også en enerett til tilgjengeliggjøring av verket for allmennheten.

Under drøftelsen av spørsmålet om tilgjengeliggjøring for allmennheten er det viktig å skille mellom selve lineærutsendelsen av kringkastingsprogrammene og den senere avspillingen av opptakene som kundene har tatt, som lagres sentralt hos distributøren. Når programmene sendes lineært, sendes de til alle abonnentene samtidig, og denne handlingen vil derfor opplagt være en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Når seerne skal se opptakene, foretas derimot avspillingen fra de individuelle opptakene og sendes kun til den abonnent som har tatt opptaket.

Problemstillingen i denne delen av avhandlingen knytter seg derfor til hvorvidt avspillingen av opptakene kunden har tatt på den sentraliserte harddisken hos distributøren vil være en offentlig fremføring etter åvl. § 2 tredje ledd.

Også dette spørsmålet er behandlet i utenlandsk rettspraksis, i noen av de overfor nevnte utenlandske dommene. Dommene brukes derfor som en inngangsport til drøftelsen også her.

## 5.2.1 Belysning av tilgjengeliggjøringsretten gjennom utenlandsk rettspraksis

Først må det knyttes noen kommentarer til de rettsregler domstolene har basert sine drøftelser på. Den tyske domstolen bygger sin drøftelse på eneretten til å gjøre verk tilgjengelig for allmennheten i artikkel 19a i den tyske opphavsrettsloven. Hva som regnes som «allmennheten» i tysk opphavsrett defineres i den samme loven art.15. Etter denne vil et verk tilgjengeliggjøres for allmennheten hvis tilgjengeliggjøringen er ment for et flertall av allmennheten. I norsk rett regnes en tilgjengeliggjøring som offentlig dersom verket fremføres utenfor den private krets, og offentlighetsbegrepet favner altså bredere enn i tysk rett. Den sentrale problemstillingen her er hvorvidt distributørens tilgjengeliggjøring gjøres overfor den enkelte abonnent som har tilgang til de individuelle opptakene eller overfor *alle som abonnerer* på «sky-PVR»-opptaksfunksjonen. Dersom opptaket kun tilgjengeliggjøres overfor den enkelte abonnent, forutsettes det at tilgjengeliggjøringen vil skje innenfor den private krets. Dersom man legger til grunn at tilgjengeliggjøringen skjer overfor alle som abonnerer på «sky-PVR»-funksjonen, vil tilgjengeliggjøringen skje overfor en så stor menneskegruppe at det må sies å være en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Rekkevidden av begrepet «allmennheten» vil derfor ikke være så viktig for vår vurdering. I den amerikanske dommen var drøftelsen basert på bestemmelsen om offentlig fremføring i artikkel 106(4) i den amerikanske opphavsrettsloven. Bestemmelsen ligner derfor åvl. § 2 tredje ledd om at verket «fremføres offentlig». Likhetene i regelverket vil også under denne problemstillingen gi argumentene større overføringsverdi.

I «Cablevision»-dommen vurderte domstolen hvorvidt Cablevision krenket retten til tilgjengeliggjøring for allmennheten gjennom å distribuere avspillinger av RS-DVR kopier.

Etter den amerikanske lovteksten foreligger det en tilgjengeliggjøring av verket til offentligheten, når medlemmer av allmennheten har mulighet til å motta utførelsen av verket, uavhengig av om de mottar det på et annet sted, eller til en annen tid. Det avgjørende er hvem som har muligheten til å motta sendingen. Første instans mente at man skulle basere vurderingen på hvem som var det *potensielle publikumet* til *innholdet* i programmene, og ikke hvem som ville motta de spesifikke opptak som blir tatt for de enkelte kundene. Første instans la derfor til grunn at alle som abonnerer på Cablevisions TV-distribusjonstjeneste, har mulighet til å ta opptak av de aktuelle programmene og programmene ville av den grunn tilgjengeliggjøres for samtlige abonnenter.

Andre instans var uenig i dette, og mente at det avgjørende måtte være hvem som har mulighet til å se avspillingen av det *spesifikke opptaket* som var tatt, og ikke alle som har mulighet til å motta *ett eksemplar* av det *aktuelle programmet*. Dersom man skulle vurdert det potensielle publikumet til enhver sending av det underliggende originale verket, ville det gjøre en i utgangspunktet privat sending offentlig på grunn av handlinger foretatt av en tredjepart. Retten konkluderte med at ettersom RS-DVR-systemet lager spesifikke opptak til hver bruker, er gruppen av mennesker som har mulighet til å motta en senere utsendelse av *dette* opptaket begrenset til den abonnenten som «eier» det aktuelle opptaket. Andre brukere vil derimot avspille «sine» individuelle opptak. Retten mente derfor at dette ikke kunne anses som en «offentlig» fremføring.

I «Aereo»-dommen kom domstolen i USA til samme standpunkt på bakgrunn av «Cablevision»-dommen. Retten uttalte at det ikke hadde noen betydning om en bruker ser programmet gjennom Aereos tjenester mens det blir kringkastet eller etter den opprinnelige kringkastingen er avsluttet. Det endrer ikke det faktum at den etterfølgende sendingen utgår fra en unik kopi, som tidligere er laget av den individuelle brukeren, og som kun er sendt til og tilgjengelig for ham. I følge domstolen skal man legge vekt på hvem det potensielle publikumet til den unike sendingen er, det er irrelevant hvem som har tilgang til den originale fremførelsen. Domstolen la videre til grunn at det er en offentlig fremføring dersom private sendinger blir sendt til ulike kunder med grunnlag i den samme kopien av verket. Videre mente de at enhver faktor som begrenser det potensielle publikumet, er interessant i vurderingen.

I Tyskland kom BGH til samme konklusjon i «ProSiebenSat1»-dommen. Domstolen uttalte at å tilgjengeliggjøre de oppbevarte programmene for senere avspilling ikke utgjør en krenkelse av den eksklusive retten til å fremføre verket til allmennheten. Dersom lagringen av programmene på «sky-PVR» var utført av distributør ville distributøren i utgangspunktet ha kommunisert programmene til allmennheten ved at kunden kunne hente opptakene når som helst og på ethvert sted. Retten kom imidlertid til at «public communication» elementet, som krever at kringkastingen blir gjort tilgjengelig til en majoritet av allmennheten manglet. I den aktuelle saken, var de individuelle opptakene kun gjort tilgjengelig for den individuelle

kunde. Det hadde ikke betydning at kundene som mottok tv-programmene samlet sett utgjorde «offentligheten».<sup>91</sup>

I sakene hvor spørsmålet har vært oppe til drøfting, fremstår det som det gjeldende synspunkt er at distribusjon av PVR-dekodere ikke er en tilgjengeliggjøring til offentligheten, fordi avspillingen av programmene gjøres fra kundenes individualiserte opptak, som kun kunden har tilgang til.

Ginsburg er skeptisk til domstolens tolkning i Cablevision-dommen av tilgjengeliggjøringsretten i den amerikanske opphavsrettsloven. Hun mener at «offentligheten» i tilfellet tv-sendinger vil være det tiltenkte publikumet og i kabeltilfellet, abonnentene. Hun mener derfor at en sending fortsatt vil være til offentligheten, selv om det enkelte opptak som utsendes er individualisert, og at man ikke slutter å være medlem av offentligheten kun fordi man har muligheten til å få tilgang til fremføringen en av gangen. Hun mener videre at det ikke burde ha betydning hvorvidt «fremføringen» av verket stammer fra en enkeltkildedekopi som gjentatte ganger blir sendt til individuelle medlemmer av allmennheten eller fra et flertall av kopier som hver og en korresponderer med et spesifikt sted eller en spesifikk tid. Hun viser til at dersom fremføringen ikke anses som rettet mot «allmennheten» fordi sendingen er individualisert, vil avgjørelsens begrunnelse gjelde også tradisjonell on-demand streaming virksomhet. Kundens senere private visning, tar ikke fra den opprinnelige kommunikasjonen karakteren av offentlig fremføring.<sup>92</sup> Ginsburg skriver imidlertid at det avgjørende er hvem som lager kopiene. Hvis det er brukerne, så begår ikke tv-distributøren brudd på «public performance act», fordi det ikke er noe brudd på denne retten fra brukerens side.<sup>93</sup> Etter min mening vil tilgjengeliggjøringsspørsmålet være aktuelt uavhengig av om det konkluderes med at det er kunden eller distributøren som lager opptakene. Opptakene vil uansett tilgjengeliggjøres gjennom distributøren, ved at opptakene blir avspilt fra de sentraliserte harddiskene.

Etter å nå ha gjennomgått utenlandsk rettspraksis som behandler problemstillingen, vil det i det følgende ses hen til de norske rettskildene for veiledning.

---

<sup>91</sup> Yliniva-Hoffmann s.16.

<sup>92</sup> Ginsburg s.26-27.

<sup>93</sup> Ginsburg s.30.

## 5.2.2 Drøftelse basert på norsk rett

Åndsverklovens § 2 første ledd gir rettighetshaver enerett til å gjøre verket «tilgjengelig for allmennheten», herunder at «verket fremføres offentlig» etter §2 tredje ledd.

Den felles nordiske oppfatningen er at alle handlinger som gjør allmennheten kjent med verket kan karakteriseres som tilgjengeliggjøring av verket for allmennheten og vil være omfattet av eneretten, uansett hvilken måte dette skjer på.<sup>94</sup> Det er videre uttrykket «gjøre verket tilgjengelig for allmennheten» som setter rammene for tolkningen av § 2, og ikke den språklige forståelsen av uttrykkene spredning, visning og fremføring.<sup>95</sup>

I Piratkortdommen, Rt.1995 s.35, var spørsmålet om en mann som solgte piratkort til dekodere som gjorde det mulig å få «gratis» tilgang til betal-TV-kanaler hadde begått brudd på åndsverkloven. Domstolen uttalte at selv om domfelte hadde gitt kundene mulighet til å få tilgang til TV-kanalene ved å selge dem smartkortene, ville det være anstrengt å si «at han ved salget- som for øvrig i tid ligger forut for sendingene- selv har fremført dem».<sup>96</sup> Det kan derfor synes som om domstolen legger til grunn at det må være en viss nærhet og umiddelbarhet mellom den aktuelle handling og allmennhetens tilgang til verket.<sup>97</sup> På den ene siden kan det sies at distributørene kun gir kunden tilgang til opptakene, og altså ikke fremfører dem selv. Når opptakene likevel ligger på harddisk sentralisert hos distributøren og opptakene er lagrede signaler som distributørens automatiserte system krypterer slik at programmene kan avspilles, er det vanskelig å si at distributørene ikke fremfører programmene når kunden spiller dem av. Det kan derfor konkluderes med at distributørene foretar en «tilgjengeliggjøring» eller en «fremføring».

Som nevnt omfatter eneretten kun tilgjengeliggjøring for «allmennheten» og avgrenser mot det private området. Spørsmålet er dermed hva som ligger i at verket tilgjengeliggjøres for «allmennheten» eller fremføres «offentlig».

For å forklare hva som ligger i begrepene «allmennheten» og «offentlig» vil det være hensiktsmessig å se til Knophs maksime hvor det er uttalt at dersom bruken skal ha en privat

---

<sup>94</sup> Astrid Lund, «Begrepet «offentlig fremførelse» i nordisk opphavsrett i lys av den internasjonale og europeiske utvikling i de siste år», *NIR 4/2001* s.606.

<sup>95</sup> Rognstad s.156.

<sup>96</sup> Dommen s.37.

<sup>97</sup>Rognstad s.181 med henvisning til Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s.23 og Rt.2005 s.41 (Napster.no)

karakter, må den skje innenfor «den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskap, eller omgangsbånd skaper».<sup>98</sup>

I lys av det faktum avhandlingen bygger på er spørsmålet hvorvidt man i vurderingen av hvem som har tilgang til opptakene, skal regne med alle abonnentene som har tilgang til opptak av programmene, eller kun abonnenten som har tilgang til det individuelle spesifikke opptaket.

I forarbeidene er det uttalt at en forevisning eller forestilling kan betegnes som «offentlig» dersom hvem som helst har adgang til å overvære den mot eller uten betaling.<sup>99</sup> Hvem som helst kan abonnere på distribusjonstjenestene, slik at alle har mulighet til å få opptak av programmene. Det er imidlertid kun den enkelte abonnent og den familiære krets som har tilgang til det spesifikke opptaket laget for han.

Også for tilgjengeliggjøringsspørsmålet, vil det være gunstig å se hen til eksempler på hva som regnes som offentlig fremføring etter norsk rett.

I Bedriftsmusikkdommen, Rt.1953 s.633, kom domstolen til at avspilling av musikk på en arbeidsplass er en offentlig fremføring. Domstolen mente at når musikken ble fremført for arbeidere og funksjonærer i fem store bedrifter, hadde ikke arbeidsplassen den private eller personlige karakter som er forutsetningen for fri benyttelse av et musikkverk i privat krets.<sup>100</sup>

Begrunnelsen for dette er at når forretninger, restauranter og lignende lar kundene ta del i kringkastingssendingene, er det en ny fremføring som finner sted. Når også en slik fremføring er vederlagspliktig, kan det virke som at opphavsmannen får betaling for samme ytelse to ganger. Resonnementet bak en slik ordning er at den fremføringen som skjer ved mottakerapparater på offentlige steder, når et nytt publikum som ellers ikke ville ha sett på TV eller hørt på radio på det aktuelle tidspunktet.<sup>101</sup>

Spørsmålet om utplassering av radio og TV-apparater er en offentlig fremføring av programmene som kringkastes har blitt drøftet i svensk og finsk rettspraksis, samt i EU-

---

<sup>98</sup> Rognstad s.188 med henvisning til Knoph 1936 s.89.

<sup>99</sup> Ot.prp.nr.26 (1959-1960) s.16 med henvisning til Rt.1929 s.337.

<sup>100</sup> Dommen s.638.

<sup>101</sup> Rognstad s.179.



domstolen.<sup>102</sup> Som nevnt er både nordisk praksis og EU-domstolens praksis relevant ved tolkningen av den norske åndsverkloven, ettersom hensynet til nordisk og europeisk rettsenhet står sterkt<sup>103</sup>. Særlig i *Rafaeles*-saken bruker EU-domstolen i sin begrunnelse momenter som kan gi veiledning til avhandlingens problemstilling.

Både i den svenske og finske domstolen og i EU-domstolen ble det konkludert med at å utplassere radio- og TV-apparater på hotellrom måtte anses som offentlig fremføring.

I «*Rafaeles*»-dommen<sup>104</sup> uttalte retten at i tilfellet utplassering av tv-apparater på hotellrom, vil det i tillegg til de gjestene som ser på TV på rommene, også medregnes andre gjester som befinner seg på andre områder i hotellet der TV-apparater er tilgjengelige. Ettersom hotellgjestene dessuten stadig byttes ut, vil det normalt være tale om et betydelig antall personer, som samlet anses som en allmennhet.<sup>105</sup> Rettspraksis gir derfor uttrykk for at selv om det kun er et fåtalls personer som vil se de enkelte sendinger gjennom hotell-TV-ene om gangen, må man se på hvor mange som samlet sett har tilgang til TV-sendingene. Domstolen mente at det heller ikke var av betydning at hotellrommet er et privat område; spørsmålet var hvem som har tilgang til sendingene.<sup>106</sup>

Domstolen uttalte videre at når rettighetshaverne gir tillatelse til kringkasting av verkene sine, legger de til grunn at det kun er abonnentene, altså eierne av mottakerutstyret alene eller med den nære private krets, som mottar programmet. Hotellklientellet vil dermed utgjøre et nytt publikum. Dersom hotellet ikke hadde gitt klientellet tilgang til tv-signalene, ville de ikke hatt mulighet til å se de kringkastede verkene.<sup>107</sup>

Her kan det trekkes en parallell til PVR. I og med at abonnentene ikke så det kringkastede programmet da det ble sendt, vil opptakene på sett og vis vises for et «nytt publikum» når de spilles av. På den annen side vil opptakene kun spilles av for et publikum som fra før av hadde tilgang til programmene da de ble sendt lineært. Sånn sett vil ikke programmene bli sett av et «nytt publikum».

---

<sup>102</sup> NJA 1980 s.123, NIR 2002 s.428 og C-306/05 (*Rafaeles Hoteles*), 7.desember 2006, Judgment of the Court (Third Chamber).

<sup>103</sup> Punkt 1.2

<sup>104</sup> C-306/05 (*Rafaeles, Hoteles*), 7.desember 2006, Judgment of the Court (Third Chamber).

<sup>105</sup> Dommens premiss 38-39

<sup>106</sup> Dommens premiss 48-54

<sup>107</sup> Dommens premiss 40

Som tidligere nevnt, fremgår det av § 2 fjerde ledd at «på forespørsels-tjenester» regnes som offentlig fremføring. Ginsburg mener at det samme må gjelde for bruk av PVR. Hun mener det ikke skal ha noen betydning at sendingene er individualiserte, men at det avgjørende er hvem som *kan* få tilgang på opptak av programmet.<sup>108</sup> Forskjellen mellom på «forespørsels-tjenester» og «sky-PVR» er imidlertid at ved på «forespørsels-tjenester» vil alle som ønsker det få tilgang til de samme eksemplarene av programmene eller filmene. Ved «sky-PVR» er det kun den enkelte kunde som har tilgang til det spesifikke programmet som kunden selv har gjort opptak av.

Man slutter ikke å være et medlem av allmennheten kun fordi mottakelsen er individualisert. Dersom alle som ønsker det kan få tilgang til fremførelsen av verket, vil det utgjøre en offentlig fremførelse uavhengig av om folk ser programmet på ulik tid og ulikt sted. Som nevnt innledningsvis er den lineære sendingen av kringkastingsprogrammene en tilgjengeliggjøring for allmennheten, men dette vil ikke smitte over på bedømmelsen av avspillingen av opptaket. Hvis det er gjort et opptak for hver kunde, vil opptaket faktisk bare gå ut til «eieren» av dette opptaket. Den opphavsrettslige bedømmelsen beror som sagt derfor på om man skal se på hvert opptak individuelt eller på PVR-tilbyderens opptakstjeneste samlet. Dersom man i vurderingen av hvorvidt det forelå en offentlig fremførelse eller ikke, skulle ta utgangspunkt i det underliggende verket, og dermed bedømme opptakstjenesten samlet, ville avspilling av opptak av verk alltid være en tilgjengeliggjøring for allmennheten, uavhengig av om opptakene ble gjort individuelt, ettersom det er det samme verket som går igjen i alle opptakene. Dette ville etter min oppfatning medføre en unaturlig vid tolkning av begrepet «offentlig fremføring».

### 5.2.3 Oppsummering og konklusjon

Det er klart at alle som ønsker det har mulighet til å abonnere på distribusjonstjenesten, og herunder ha mulighet til å ta opptak av de distribuerte programmene og avspille disse senere. PVR-tilbyderens tilbud retter seg derfor utvilsomt mot allmennheten. På den annen side vil det lagres et opptak for hver enkelt kunde. Denne kunden abonnerer på tv-distribusjon og er derfor en del av det publikumet rettighetshaver har samtykket til at tv-programmene skal fremføres for gjennom distributørens tilgjengeliggjøring. Når kunden senere avspiller opptaket fra den sentraliserte harddisken til distributøren, vil programmene derfor ikke

---

<sup>108</sup> Ginsburg s.26-27.

avspilles for et «nytt publikum». Ettersom det er tatt separate opptak av programmene, og kundene kun har tilgang til sine spesifikke opptak, skjer tilgjengeliggjøringen av det enkelte opptak kun overfor den enkelte kunde. Av den grunn er det kunstig å si at avspillingen er en ny tilgjengeliggjøring for «allmennheten» fra distributørens side, ettersom denne vil skje innenfor det private området. Kundenes avspilling av opptakene som ligger sentralt hos distributøren er derfor etter min oppfatning ikke en tilgjengeliggjøring for allmennheten.

## 6 Oppsummering og tanker rundt en videre teknologisk utvikling

Løsningene på begge problemstillingene knyttet til enerettighetene i § 2 er diskutabile, og det er mulig å argumentere godt for begge konklusjoner. På bakgrunn av argumentasjonen som de utenlandske domstolene bygger på, det lille bidraget norske rettskilder gir og de gjeldende opphavsrettslige hensyn er det i denne avhandlingen konkludert med at det er *kunden* som tar opptakene som blir lagret på distributørens sentraliserte harddisk og at den senere avspillingen av disse opptakene *ikke* er en ny tilgjengeliggjøring for allmennheten. Konklusjonen er derfor etter min mening at PVR-tjenesten ikke være i strid med rettighetshavers eneretter etter åvl. § 2 og at opptak av TV-program ved bruk av PVR derfor kan hjemles i åvl. § 12.

Spørsmålet er om samme standpunkt er holdbart dersom PVR-funksjonen utvikles videre. «CatchUp»-systemet ble presentert i avhandlingens punkt 3. I det følgende vil jeg knytte noen tanker til problemstillinger som kan oppstå ved innføringen av et slikt system.

«CatchUp»-systemet vil, som tidligere skrevet<sup>109</sup>, gi kundene tilgang til opptak på alle programmer fra alle kanaler som de abonnerer på. Kundene vil kunne bla seg tilbake til tidligere sendte programmer, uten å iverksette opptak av hvert enkelt program på forkant. Tv-distributørene ønsker videre å ta *et samlet* opptak som *alle* kundene skal ha tilgang til, i stedet for å ta individuelle opptak til alle kundene. Fremgangsmåten og prosessen blir dermed noe annerledes enn den som brukes ved både de tradisjonelle PVR-dekoderne og «sky-PVR»-dekoderne.

Spørsmålet er imidlertid om forskjellene i den tekniske prosessen egentlig *bør* ha noen betydning opphavsrettslig.

Eksemplarfremstillingsspørsmålet problematiseres ytterligere gjennom «Catch Up»-funksjonen. Ved «CatchUp» vil opptakene lages uten at kunden trenger å iverksette opptaksfunksjonen. Det argumenteres for at distributøren her fremstiller opptakene egenhendig. Når distributøren tar opptak uten at kunden på forkant iverksetter kopieringen, kan situasjonen sammenlignes med eksempelet om avskrivningsbyrået som stensilerer opplag før de har fått inn bestillinger som ble nevnt under punkt 5.1.2. Etter forarbeidene måtte det

---

<sup>109</sup> Punkt 3

foreligge en reell bestilling på de aktuelle eksemplarene for at kopieringen kunne falle inn under privatkopieringsregelen. Ved bruk av «CatchUp»-systemet vil opptakene tas før kunden har anmodet om det. På den annen side ville ikke distributøren laget eksemplarframstillinger av tv-programmene dersom kundene ikke hadde abonnert på tv-distribusjonsavtalen som inkluderer opptaksfunksjon. Dersom distributørene ikke hadde hatt noen kunder, ville det heller ikke blitt laget noen opptak. På bakgrunn av denne tankegangen kan man si at kunden, ved å abonnere på tv-distribusjonstjenester med opptaksfunksjon, iverksetter opptaksprosessen. Det er imidlertid mulig det vil være å trekke ordlyden for langt, dersom man innfortolker at kunden, ved å bestille en slik distribusjonstjeneste, fremstiller eksemplarer etter åvl. § 2.

Tilgjengeliggjøringsspørsmålet problematiseres også ved at distributørene ønsker å gi kundene tilgang til avspilling av samme fysiske opptak av programmene. På samme måte som for on-demand-tv vil dermed det samme eksemplaret av programmet avspilles av alle abonnentene. Opptakene vil være tilgjengelige for samtlige som abonnerer på sending fra de gjeldende kanalene, og det er mulig at alle kundene samlet må anses å være «allmennheten». Det vil da være mer tvilsomt å legge til grunn at avspillingen av opptakene gjøres innenfor den private krets. I «Aereo»-dommen uttalte domstolen at distributørene i Cablevision og Aereo bevisst har valgt å distribuere unike opptak til hver av kundene, nettopp for å unngå å krenke eneretten til offentlig fremførelse. Videre uttalte domstolen at dersom Cablevision og Aereo hadde valgt å gi kundene tilgang til delte kopier lagret sentralt, som helt klart ville være mer effektivt, ville dette mest sannsynlig utgjøre et brudd på tilgjengeliggjøringsretten. Også i den tyske domstolen ble det vektlagt at det er laget et individuelt opptak for den enkelte kunden, i stedet for et sentralt opptak hos distributøren, hvilket tyder på at denne forskjellen har en rettslig betydning.

I de utenlandske dommene behandlet i denne avhandlingen, retter domsavsigelsene seg mot «sky-PVR» og lignende tjenester. Det er dermed usikkert hvorvidt domstolene i de sakene som konkluderte med at PVR-dekodere måtte anses lovlige etter åndsverkloven, ville kommet til samme resultat for «CatchUp»-funksjonen. Ettersom domstolen både i Tyskland og i USA la stor vekt på at opptakene ble tatt som følge av kundenes handling og at det ble tatt et opptak for den enkelte kunde, kan det tyde på at resultatet ville blitt et annet.

I en ny dansk høring om endring av den danske loven om opphavsrett fra 11.oktober 2013, er det fremlagt et forslag om at bruk av «video-on-demand» og «CatchUp» av utsendte TV-

programmer skal kunne klareres under en generell avtalelisensbestemmelse, for å forenkle klareringsprosessen. Høringen viser at det i Danmark ønskes å legge til rette for at «CatchUp»- funksjonen kan klareres gjennom en generell avtalelisens, hvilket også kan tyde på at slike tjenester krever klarering av rettighetshaver etter dansk rett.

Slik enerettighetsreglene og den private eksemplarframstillingretten er tolket i Norge og internasjonalt på dette tidspunkt, er det mulig at distribusjon av CatchUp tjenester kan møte problemer. Effektivitetshensyn, forbrukerhensyn og miljøhensyn taler for at distributørene bør kunne slippe å ta separate kopier til alle abonnentene og heller gi tilgang til alle opptakene sentralt. Prinsippet om teknologisk nøytralitet vil også være et tungt argument i retning en slik løsning. Det er likevel mulig at ved distribusjon av «CatchUp», vil teknologien ha utviklet seg så langt at slike handlinger ikke lenger kan omfattes av lovens rammer.

# Kilderegister

## Norsk lov

Åndsverkloven	Lov 12.mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk (åndsverkloven)
Ehandelsloven	Lov 23. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)

## Direktiv fra EU og andre konvensjoner

Bern-konvensjonen	Bern-konvensjonen av 9.september 1886, sist revidert ved Pariskonferansen i 1971
Ehandel-direktivet	Direktiv 2003/31/EF av 8. juni 2000 om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked («Direktivet om elektronisk handel»)
Infosoc-direktivet	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF fra 22.mai 2001 (Infosoc-direktivet, opphavsrettsdirektivet)
WIPO	WIPO Copyright Treaty (WCT) Genève fra 20 – 21 desember 1996

## Forarbeider og andre publikasjoner fra det offentlige:

Ot.prp. nr. 26 (1959 – 1960)	Om lov om opphavsrett til åndsverk
Ot.prp. nr. 15 (1994 – 1995)	Om lov om endringer i åndsverkloven m.m
Ot.prp. nr. 46 (2004 – 2005)	Om lov om endringer i åndsverkloven m.m

Prop.nr.65 L (2012 – 2013)	Endringer i åndsverkloven (tiltak mot krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett)
NOU 1983:35	Endringer i åndsverkloven m.v
Innst.O.XI (1960 – 1961)	Lov om opphavsrett til åndsverk

### **Norsk rettspraksis**

Rt. 2005 s. 41	Napster.no
Rt. 1995 s. 35	Piratkort-dommen
Rt. 1991 s. 1296	Pornovideo-dommen
Rt. 1953 s. 633	Bedriftsmusikkdommen

### **Utenlandsk praksis**

<i>Aero</i>	WNET, Thirteen v. Aereo Inc, 1. april 2013, 2 <sup>nd</sup> Circuit United States Court of Appeal, USA
<i>Cabelvision</i>	Cartoon Network LP v. CSC Holdings Inc. (Cablevision), 4. august 2008, 2nd Circuit United States Court of Appeals, USA
<i>Optus</i>	National Rugby League Pty Limited v. Singtel Optus Pty Ltd, 27. April 2012, Federal Court of Australia, Australia
<i>ProSiebenSat1</i>	ProSiebenSat1 v.Shift.TV, RTL v.Save tv og RTL v.Shift TV, Bundesgerichtshof (alle fra 22. april 2009) , Tyskland
<i>Rokuraku II</i>	NHK et al. v. Nihon Digital Kaden Co. Ltd., IIC 2012,236, Case nr.788 2009, 20. januar 2011, Supreme Court, Japan
<i>Save TV</i>	RTL v. Save TV, 12. juni 2011, OLG Dresden Urteil, Tyskland



*Wizzgo* Wizzgo v. M6, W9, TF1 og NT1, 25. november 2008, TGI de Paris (3<sup>e</sup> ch. 1<sup>e</sup> sect.), Frankrike

### **Dommer fra EU**

*Rafaeles Hoteles* C-306/05 7. desember 2006, Judgment of the Court (Third Chamber)

*DR og TV2 Danmark v. NCB* Case C-510/10 26. april 2012, Judgment of the Court (Third Chamber)

### **Litteratur**

Bing Bing, Jon, *Menneskers verk- om åndsverk, opphavsrett og kopiering*, (Oslo, 1993)

Ficsor Ficsor, Mihály J., «The WIPO «Internet Treaties» and Copyright in the «Cloud»», *Copyright and Related Rights in the “Cloud” Enviroment, ALAI 2012 Congress Kyoto*, 16-18 oktober (Kyoto, 2012)

Gietke Gietke, Anna, « Kyoto Questionnaire», ALAI Congress, (Kyoto, 2012)

Ginsburg Ginsburg, Jane C., «Recent Developments in US Copyright Law, Part II, Caselaw: Exclusive Rights on the Ebb?» (Columbia University School of Law, 2008)

Lund Lund, Astrid, «Begrepet «offentlig fremførelse» i nordisk opphavsrett i lys av den internasjonale og europeiske utvikling i de siste år», *NIR* 4/2001

Nordell Nordell, Per Jonas, *Rätten til det visuella* (Stockholm, 1997)

Olsson Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen - En kommentar*, (Stockholm, 1996)

- Rieber-Mohn Rieber-Mohn, Thomas, *Digital Privatkopiering- åndsverkloven § 12 i møte med tekniske beskyttelsessystemer og rettslige omgåelsesforbud*, (Oslo, 2010)
- Ricketson, Ginsburg Ricketson, S.Sam; Ginsburg, Jane C., *International copyright and neighbouring rights: the Bern Convention and beyond*, (Oxford, 2006)
- Rognstad Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett*, (Oslo, 2009)
- Sejersted Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-Rett*, 3.utgave, (Oslo, 2011)
- Ueno Ueno, Tatsuhiro, «The making available in the «cloud» environment – Toward the harmonization of the substantive scope of the right» (Rikkyo University, 2012)
- Wagle Wagle, Anders Mediaas, Magnus Ødegaard jr., *Opphavsrett i en digital verden*, (Oslo, 1997)
- Yliniva-Hoffman Yliniva-Hoffmann, Anne, Matzneller Peter, «The Legal Protection of Broadcasters», *New Services and Protection of Broadcast in Copyright Law, IRIS plus 2010-5*

**Informasjon fra Internett:**

[http://www.nrk.no/livsstil/digitalopptaker-til-tv\\_n-din-1.4876513](http://www.nrk.no/livsstil/digitalopptaker-til-tv_n-din-1.4876513) av Petter Puchmann, sist sett 15.11.2013.

**Annet:**

Samtale med den tekniske avdeling hos tv-distribusjonsselskaper