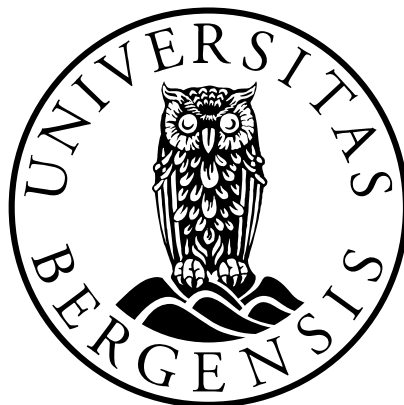


Konsumpsjon av opphavsmannens spredningsrett ved digitale overføringer

*En analyse av konsumpsjonsreglene i EUs
opphavsrettsdirektiver og deres betydning for
tolkningen av åndsverkloven § 19*

Kandidatnummer: 144

Antall ord: 14566



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.13.2015

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	4
1.1 Tematikk.....	4
1.2 Terminologi og avgrensninger.....	5
1.3 Avhandlingens struktur.....	5
2 Rettslige utgangspunkter	7
2.1 Opphavsrettslig konsumpsjon.....	7
2.1.1 Opphavsretten og dens begrunnelse	7
2.1.2 Kort om spredningsretten, konsumpsjonregelen og dens begrunnelse	7
2.2 «Problemet» med digital konsumpsjon	8
2.2.1 Kontraktsrettslig kategorisering av digitale overføringer	8
2.2.2 Opphavsrettslig kategorisering av digitale overføringer	10
2.3 Rettskildebildet.....	12
2.3.1 EU-/EØS-retten	12
2.3.2 WIPO-traktatene.....	13
2.3.3 Opphavsrettsdirektivene.....	14
2.3.4 Sak C-128/11 Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp.	14
3 Spredningsretten.....	16
3.1 Innledning.....	16
3.1.1 Oversikt over EU-rettens rettighetsstruktur	16
3.1.2 Retten til eksemplarfremstilling	17
3.1.3 Retten til overføring til allmennheten	18
3.2 Direktivreguleringen av spredningsretten	19
3.2.1 Innledning.....	19
3.2.2 Edb-direktivene	19
3.2.3 Utleie- og utlånsdirektivene	20
3.2.4 Databasedirektivet	21
3.2.5 Opphavsrettsdirektivet	22
3.3 EU-domstolens eiendommelige spredningsrett	23
3.4 Oppsummering	24
4 Konsumpsjon av spredningsretten	26

4.1	Innledning.....	26
4.2	EU-rettens domstolsutviklede konsumpsjonsprinsipp.....	26
4.2.1	Innledning.....	26
4.2.2	Konsumpsjonsprinsippets innhold – opphavsrettens «særlige gjenstand»	27
4.2.3	Konsumpsjonsprinsippets anvendelsesområde	28
4.2.4	Oppsummering	30
4.3	Sekundærrettens konsumpsjonsregel.....	30
4.3.1	Innledning.....	30
4.3.2	Edb-direktivet.....	31
4.3.3	Utleie- og utlånsdirektivet.....	33
4.3.4	Databasedirektivet.....	33
4.3.5	Opphavsrettsdirektivet	34
4.3.6	Oppsummering av direktivenes regulering av konsumpsjonsregelen.....	39
4.4	EU-domstolens anvendelse av sekundærrettens konsumpsjonsregel.....	40
4.4.1	Forholdet mellom det traktatbestemte og det direktivfestede konsumpsjonsprinsipp.....	40
4.4.2	Sak C-427/93 Bristol-Myers Squibb v Paranova A/S.....	41
4.4.3	Konsumpsjonsprinsippet i Usedsoft-dommen	42
4.4.4	Oppsummering	43
4.5	Konklusjoner og betraktninger rundt EU-rettslig konsumpsjon.....	44
4.5.1	Konklusjoner	44
4.5.2	Avsluttende betraktninger	45
4.5.3	Veien videre for digital konsumpsjon	47
5	Betydningen av EU-rettens konsumpsjonsregler for tolkningen av åndsverkloven § 19	49
5.1	Innledning.....	49
5.2	EU-/EØS-rettens plass i norske domstoler	49
5.3	Åndsverklovens spredningsrett og dens konsumpsjon.....	51
5.3.1	Spredningsretten.....	51
5.3.2	Konsumpsjonsregelen	52
	Litteraturliste og kildehenvisninger	54
	Litteratur.....	54
	Traktater	55
	EU-direktiver.....	56

For- og etterarbeider til EU-direktiver	56
Norsk lovgivning.....	57
Norske lovforarbeider	57
Rettspraksis	57

1 Innledning

1.1 Tematikk

Internettets utbredelse har i over tre tiår revolusjonert flyten av informasjon mellom mennesker og på tvers av landegrenser. Sentralt i denne rekke har vært muligheten digitale formater har gitt til å fikse kulturelle uttrykk, og dermed løsribe disse fra tidligere materielle begrensninger. De opphavsrettslige utfordringene knyttet til en digitalisering av åndsverk er etterhvert velkjente: Når et åndsverk først finnes i digital form er kostnadene med å fremstille identiske kopier minimale, muligheten til å dele nærmest ubegrenset og rettighetshavers kontroll over slik eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring er ofte ikke-eksisterende.

Muligheten til å fremstille og tilgjengeliggjøre digitale åndsverk har utløst en stadig pågående diskusjon om hvordan distribusjon av slike skal kategoriseres i opphavsrettens system, og i hvilken utstrekning opphavsmannen skal kontrollere denne distribusjonen.¹ Sentralt er spørsmålet om digitale overføringer egner seg til å være regulert under den veletablerte *spredningsretten*, som tradisjonelt kun har regulert salg, utlån og utleie av fysiske verkseksemplarer, og i hvor stor grad den såkalte *konsumpsjonsregelen* kan brukes til å begrense opphavsmannens kontroll over digital spredning av hans verk.

EU-domstolen har kun ved én anledning anvendt konsumpsjonsregelen på digitale overføringer, men ikke uten å reise flere spørsmål enn den besvarte,² noe som har resultert i at problemstillingen for alle praktiske formål foreløpig må anses å være uavklart i både norsk rett og i EU-retten. Spørsmålet har foreløpig ikke kommet opp for norske domstoler, men dette imidlertid kan fort bli tilfelle ettersom åndsverklovens regulering tilsynelatende er i strid med EU-domstolens nyere tolkning av opphavsrettsdirektivene.³

Denne avhandlingen tar for seg spørsmålet om konsumpsjonsreglene i EUs opphavsrettsdirektiver kommer til anvendelse på digitale overføringer av åndsverk. Selv om avhandling først og fremst forsøker å kartlegge gjeldende rett i EU-retten, vil det

¹ Opdahl, 2015 og Gillen, 2015 m.fl.

² Rognstad, 2014, s. 2

³ Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven, heretter åvl.) § 19

avslutningsvis bli knyttet enkelte kommentarer til EU-rettens konsumpsjonsreglers betydning for tolkningen av den norske konsumpsjonsregelen i åndsverklovens § 19.

1.2 Terminologi og avgrensninger

Spørsmålet om konsumpsjonsregelen kommer til anvendelse på digitale overføringer, omtales ofte for spørsmålet om *digital konsumpsjon*.⁴ Med begrepet *digitale overføringer* vises det til overføringer av digitale datafiler som inneholder åndsverk.

Slike datafiler vil i det følgende bli omtalt som *digitale verkseksemplarer*, som for eksempel kan være dataprogrammer, e-bøker, musikk- og filmfiler o.l. Slike har sine motsetninger i *fysiske* verkseksemplarer, eksempelvis trykte bøker, lp-er og bildetrykk. Selv om digitale overføringer like gjerne kan skje mellom direktekoblede PC-er eller fra en lagringsenhet til en harddisk, vil den følgende behandlingen i all hovedsak omtale digitale overføringer fra eller via internett.

Videre omtales det i denne avhandlingen kun digitale overføringer *til allmennheten*, ettersom de aktuelle opphavsrettslige bestemmelsene inneholder denne avgrensningen.⁵ I forenklete trekk innebærer avgrensningen at avhandlingen i all hovedsak gjelder digitale overføringer som er gjort mellom personer som ikke har en nær personlig tilknytning.⁶ En nærmere behandling av vilkåret faller utenfor denne avhandlingens rammer.

En ytterligere avgrensning ligger i at avhandlingen kun drøfter digitale overføringer som er gjort med rettighetshavers *samtykke*, ettersom dette er en klar forutsetning for at konsumpsjon kan være aktuelt.⁷

1.3 Avhandlingens struktur

I punkt 2 gis det først en kort oversikt over sentrale juridiske og praktiske forhold som legger grunnlaget for den videre drøftelsen av konsumpsjonsreglene. Deretter presenteres spredningsretten slik den er regulert i EU-retten og forstått av EU-domstolen under punkt 3,

⁴ På europeiske sammenheng brukes ofte betegnelsene «digital exhaustion» og «e-exhaustion» som en metafor for at den aktuelle rettighet er uttømt. I amerikansk rett omtales lignende regelsett som «the first sale doctrine»

⁵ I åndsverkloven § 2: «til allmennheten», se punkt 3.1.3 og i opphavsrettsdirektivene «to the public», se også punkt 3.2

⁶ Vilkåret er nærmere behandlet av Rognstad, 1999, s. 62) og Stamatoudi & Torremans, 2014, s. 426

⁷ Rognstad, 1999, s. 273 flg.

med hovedvekt på i hvilken utstrekning spredningsretten kan anvendes på digitale verkseksemplarer. Dette drøftes særskilt fordi digital konsumpsjon for alle praktiske formål forutsetter at spredningsretten regulerer digitale overføringer, noe som forklares nærmere under punkt 2.2.2.

Under punkt 4 behandles EU-rettens konsumpsjonsprinsipp og –regler. Førstnevnte er utviklet av EU-domstolens tolkning av EU-traktatens regler om den frie varebevegelse, og har dannet grunnlaget for de ulike konsumpsjonsreglene i EUs opphavsrettsdirektiver. Deretter behandles forholdet mellom de to og betydningen dette har for spørsmålet om digital konsumpsjon etter EUs opphavsrettsdirektiver.

Avslutningsvis, under punkt 4, behandles den norske konsumpsjonsregel, med tillegg av enkelte betraktninger om hvordan denne påvirkes av rettstilstanden i EU-retten.

2 Rettslige utgangspunkter

2.1 Opphavsrettslig konsumpsjon

2.1.1 Opphavsretten og dens begrunnelse

Enhver som skaper et åndsverk, har opphavsrett til dette verket. Den som skaper verket omtales som opphavsmannen, mens senere erververe av dennes økonomiske råderetter omtales som rettighetshaver.⁸ Ettersom konsumpsjonsspørsmålet er av betydning for enhver som innehar de økonomiske råderettene av et verk, uavhengig om disse er skapt eller ervervet, brukes begrepet rettighetshaver i det følgende.

Opphavsretten inneholder reglene om beskyttelse og anvendelse av litterære og kunstneriske verk. En viktig kjensgjerning i opphavsretten er at dens rettsobjekt, *åndsverket*, ikke er en fysisk størrelse eller gjenstand. Det er selve verket, og ikke eksemplarene av dette, opphavsrettighetene er knyttet til. Den som eier et eksemplar av åndsverket, et *verkseksemplar*, kan derfor som utgangspunkt gjøre hva han ønsker med dette, foruten hvor opphavsmannens råderetter setter begrensninger.

Én av opphavsrettens begrunnelser er det såkalte belønningssynspunkt, forklart som at opphavsretten skal gi opphavsmannen beskyttelse som muliggjør økonomisk kompensasjon for skapelsen av åndsverk.⁹ For å muliggjøre slik kompensasjon, tilkjennes rettighetshaver enkelte eksklusive råderetter, ofte omtalt som opphavsrettens økonomiske enerettigheter.¹⁰ Som det vil bli redegjort for under punkt 4.2.2, er belønningssynspunktet fremtredende i konsumpsjonsregelens begrunnelse i EU-retten og direkte avgjørende for dets omfang.

2.1.2 Kort om spredningsretten, konsumpsjonregelen og dens begrunnelse

En av de ovenfor nevnte råderettene er rettighetshavers enerett til spredning av verkseksemplarer til allmennheten som innebærer retten til å spre eksemplarer av sine

⁸ Wagle & Ødegaard jr., 1997, s. 33

⁹ Rognstad, Opphavsrett, 2009, s. 31

¹⁰ Rognstad, Opphavsrett, 2009, s. 36

åndsverk ved å fremby disse for salg, utleie eller utlån.¹¹ Denne retten er imidlertid begrenset av dens tilhørende konsumpsjonsregel.

Selve konsumpsjonsbegrepet er metaforisk, og betegner resultatet av at en immateriell rettighet konsumeres, eller spises opp, under visse vilkår. Resultatet er at den konsumerte rett ikke kan stå i veien for andre rettsposisjoner.¹² Innenfor opphavsretten innebærer konsumpsjonsregelen blant annet at rettighetshaver ikke kan gjøre sin spredningsrett gjeldende som grunnlag for å hindre videre spredning av et verkseksemplar etter at dette er lovlig plassert på markedet for første gang. Eksempelvis kan altså forfatteren ikke hindre videresalg av bøker som er solgt med hans samtykke.

På et overordnet plan er konsumpsjonsregelen ofte angitt å være begrunnet i et ønske om å begrense rettighetshavers spredningsrett. Spørsmålet om hvorfor denne skal begrenses, er imidlertid noe mer flerfoldig. I EU-retten utviklet konsumpsjonsreglene sitt utspring i reglene om fri bevegelse av varer og tjenester,¹³ mens den norske konsumpsjonsregelen har vært begrunnet i en rekke forskjellige hensyn og interesser, herunder eksemplarererververens eiendomsrett på den ene side og bredere samfunnsinteresser på den annen.¹⁴

2.2 «Problemet» med digital konsumpsjon

2.2.1 Kontraktsrettslig kategorisering av digitale overføringer

Den rådende oppfatning i både norsk rett og EU-retten har lenge vært at det går et klart skille mellom den rettslige behandlingen av dataprogrammet, som et åndsverk, og dets materielle bærer (DVD-plate, USB-pinne osv), dersom programmet ble levert i et slikt format.¹⁵

Kontraktsrettslig ble slike situasjoner behandlet som et kjøp, hvor kjøperen ervervet eiendomsrett i den materielle bæreren, og kun fikk enkelte spesifikke bruksrettigheter til selve dataprogrammet, eksempelvis retten til å fremstille et nytt eksemplar av programmet på egen

¹¹ Rognstad, 1999, s. 19

¹² *ibid.* 113

¹³ *ibid.* s. 361

¹⁴ *ibid.* s. 178 flg.

¹⁵ Gillen, 2014, ss. 6-10, Torvund, 2004, s. "Nedlastingstjenester" og Krüger, 1999, s. 6

PC.¹⁶ Denne behandlingen var naturlig ut fra den klare forskjellen på å overdra verkseksemplarer og det å overdra opphavsrettigheter i verket.¹⁷

For dataprogrammer som derimot ikke ble levert på en materiell bærer, men via nedlastning til kundens datamaskin, har det derfor vært vanlig at kontraktsforholdet ikke ble regnet som et salg hvor eiendomsretten til programmet ble overdratt, men som en ren lisensieringsavtale mellom rettighetshaver og dens kunde, hvor avtalen kun ga kunden en rett til å laste ned og bruke programmet, samt eventuelle andre avtalte beføyelser.¹⁸ Ettersom det ikke ble overdratt noen eiendomsrett til dataprogrammet, var kundens rådighet over dette begrenset til det som fulgte av den aktuelle avtalen.

Ettersom nedlastning av et åndsverk derfor aldri ville innebære et salg eller en annen form for overdragelse av eiendomsrett, ville konsumpsjonsregelen heller aldri komme til anvendelse.¹⁹ Dersom dataprogrammet derimot var levert på en materiell bærer, ville spredningsretten kun være konsumert for den aktuelle bæreren, slik at kjøperen stod fritt til å selge denne videre.²⁰

Basert på fortalen til opphavsrettsdirektivet, samt en rekke uttalelser i forarbeidene til dette, fremstår det som at EU-kommisjonen har forespeilet at digitale overføringer av åndsverk skal behandles som beskrevet over.²¹ Det kom derfor som en overraskelse for mange at EU-domstolen i *Usedsoft-dommen* tilsynelatende fravek en klar lovgivervilje ved å anvende edb-direktivets konsumpsjonsregel i en sak om nedlastet programvare.²²

I dommen fastslo nemlig EU-domstolen at begrepet «sale» i EU-retten, etter en «commonly accepted definition», inkluderer enhver «agreement by which a person, in return for payment, transfers to another person his rights of ownership in an item of tangible or intangible

¹⁶ Dette henger sammen med at den normale, forutsatte bruk av verkseksemplarer tradisjonelt ikke har vært underlagt opphavsretten, se Rognstad, 1999, s. 248

¹⁷ Overdragelse av opphavsrettslige råderetter, såkalt lisensiering, forutsetter at det er råderettene, og ikke verkseksemplarer, som er avtalens gjenstand. Lisensiering er i en rekke land også undergitt preseptoriske begrensninger i lov, som f. eks. i åvl. 3. kapittel. Se også Rognstad, 1999, s. 249 flg.

¹⁸ Gillen, 2014, s. 7 og Rognstad, 1999, s. 251

¹⁹ Salg eller annen overdragelse av eiendomsrett er gjennomgående et vilkår for konsumpsjon, se punkt 4.3.1-4.3.6 og 5.3.2

²⁰ Gillen, 2014, s. 6

²¹ Behandlet samlet under punkt 4.3.6, se særlig 4.3.5

²² Sak C-128/11 *Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp.* (heretter *Usedsoft*), behandlet nærmere under punkt 2.3.4

property belonging to him».²³ Mer spesifikt måtte «sale»-begrepet, i hvert fall i relasjon til edb-direktivet, tolkes bredt nok til å omfatte:

«all forms of product marketing characterised by the grant of a right to use a copy of a computer program, for an unlimited period, in return for payment of a fee designed to enable the copyright holder to obtain a remuneration corresponding to the economic value of the copy of the work of which he is the proprietor».²⁴

Det var ifølge domstolen ikke relevant hvorvidt den aktuelle avtalen var betegnet som en salgs- eller lisensieringsavtale, så lenge realiteten var som beskrevet over.²⁵

Selv om uttalelsenes betydning på forhold som faller utenfor edb-direktivet foreløpig ikke er klarlagt, innebærer dommen i det minste at enkelte former for digitale verkseksemplarer kan være gjenstand for kjøp og salg, og ikke bare tjenesteavtaler. At domstolen viste til en «commonly accepted definition» av begrepet «sale», gir også sterke indikasjoner på at domstolens resonnement ville få betydning for andre former av digitale verk.

2.2.2 Opphavsrettslig kategorisering av digitale overføringer

Ulike former for digitale overføringer

Innenfor opphavsretten har de fleste formene for digitale overføringer blitt behandlet samlet under én rettighetskategori.²⁶ Selv om en slik kategorisering i mange sammenhenger kan være både hensiktsmessig og retts teknisk enkel, kan den kritiseres for å ikke hensynta de mange måtene digitale filer kan overføres på.²⁷ Digitale overføringer omfatter eksempelvis tilfellene hvor en fil overføres digitalt i en lukket transmisjon fra sender til mottaker, eller ved at en fil ligger åpent tilgjengelig for allmennheten på internett. I begge tilfellene kan overføringen gjøres på en måte som gir midlertidig tilgang til verket, typisk strømming, eller ved at filen kan lagres permanent på mottakerens harddisk.

I tillegg til denne differensieringen som kun ser på selve overførings- og lagringsformen, kommer ulike sikkerhetssystemer som kan anvendes på for å kontrollere slike overføringer.

²³ Usedsoft avsnitt 41

²⁴ *ibid.* 49

²⁵ *ibid.*

²⁶ Nærmere behandlet under punkt 2.1.3

²⁷ Stamatoudi & Torremans, 2014, s. 418

Eksempelvis kan ulike former for innloggingsmekanismer, nøkkelkoder og digitale vanmerker anvendes for å begrense tilgangen til, anvendelsen av, og muligheten for videre deling av den aktuelle filen. Slike systemer kan også kombineres i ulike helhetlige plattformsløsninger som brukes til distribusjon, som for eksempel Apples App Store eller Amazons Kindle-plattform, som åpent eller skjult benytter seg av mekanismer for å kontrollere brukernes rådighet over innholdet i deres tjenester.²⁸

En erkjennelse av dette spekteret av mulige måter en digital overføring kan skje på, er som det blir beskrevet under punkt 3.3, viktig for å behandle også de formalistiske hindringene for digital konsumpsjon.

Spredningsrett for digitale overføringer?

Et spørsmål som er viet særlig oppmerksomhet i denne avhandlingen er hvorvidt spredningsretten regulerer digitale overføringer, eller bare overdragelse av fysiske verkseksemplarer.²⁹ Dette spørsmålet kan i og for seg adskilles fra spørsmålet om konsumpsjonsregelen kommer til anvendelse på digitale overføringer, men for alle praktiske formål er de nært knyttet til hverandre. Begrunnelsen for dette er at konsumpsjonsregelen som klar hovedregel kun påvirker rettighetshavers kontroll over det som regnes som spredning. Dersom spredningsretten kun gjelder overdragelse av fysiske verkseksemplarer, vil en regel digital konsumpsjon være tilnærmet uten innhold. Selv om en nedlastning av et åndsverk skulle oppfylt vilkårene for konsumpsjon, ville rettighetshaver da likevel kunne hindre alle digitale overføringer av åndsverket med henvisning til at det var kun retten til fysisk overdragelse av verket som var konsumert.

Digitale overføringer er eksemplarframstilling

Et annet viktig forhold i denne sammenheng er hva en digital overføring *innebærer* rent teknisk. I motsetning til fysisk overdragelse, innebærer ikke en digital overføring noen besittelsesoverføring i begrepets klassiske forstand.³⁰ Digitale overføringer er snarere en kopieringsprosess, hvor avsender sender mottakeren informasjon som mottakerens datamaskin bruker til å fremstille en midlertidig eller permanent *kopi* av avsenderens

²⁸ Amazon overrasket mange da de i 2009 uten advarsel slettet nedlastede Kindle-utgaver av George Orwells *Animal farm* fra deres kunders lesebrett, angivelig på bakgrunn av manglende rettighetsklarering – The New York Times, 2009

²⁹ Behandlet under punkt 3

³⁰ Rognstad, 1999, s. 63

verkseksemplar. Det er på bakgrunn av dette sikker rett at digitale overføringer av åndsverk aktualiserer rettighetshavers enerett til eksemplarframstilling.³¹

2.3 Rettskildebildet

2.3.1 EU-/EØS-retten

Ettersom EU-rettens konsumpsjonsregler er hovedtema for denne avhandlingen, vil enkelte aspekter ved EU-retten kort behandles i det følgende. Forholdet mellom EU-retten og norsk rett behandles separat under punkt 5.

EU-retten er et uavhengig rettssystem som utleder sin gyldighet fra sitt traktatsgrunnlag, og ikke fra medlemsstatenes rett.³² Derimot gir EU-retten både rettigheter og forpliktelser til EUs medlemsstater så vel som deres innbyggere, og dette med direkte virkning og forrang over nasjonal rett.³³

I kraft av å være et autonomt rettssystem, har EU-retten også sin egen tolkningslære.³⁴ Et utgangspunkt for denne er at dens bestemmelser skal undergis selvstendige tolkninger, uavhengig av medlemsstatenes nasjonale begrepsbruk, metode og rettskultur, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt.³⁵ Der uttrykkene ikke er nærmere definert, er en naturlig forståelse av ordlyden utgangspunkt ved fortolkningen, men da etter en sammenlignende tolkning av rettskildenes ulike språkversjoner.³⁶

Selv om forarbeider er av noe mindre betydning enn det som er tilfelle i norsk rettskildelære, kan de gjennom kontekstuell fortolkning være viktig for å avklare språklige uklarheter.³⁷ En annen hyppig sitert kilde er uttalelser fra EUs generaladvokater, som utgir sine vurderinger av de refererte sakene forut for EU-domstolens domsavsigelse. Generaladvokatens vurdering har riktignok ingen selvstendig rettskildeværdi i seg selv, men henvises ofte til fra domstolens

³¹ Se bl.a. *Usedsoft* avsnitt 70

³² Uttrykt av EU-domstolen bl. a. i Sak 26/62 *Van Gend en Loos v. Administratie de Belastingen*, på s. 379

³³ Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyen, & Kolstad, 2004, s. 76

³⁴ *ibid.* s. 42

³⁵ *ibid.* s. 218

³⁶ *ibid.* s. 20

³⁷ Fredriksen & Mathisen, 2014, s. 228

side. Ved slike henvisninger kan uttalelsene i enkelte tilfeller forstås som en nærmere begrunnelse for domstolens standpunkt.

I motsetning til Norges Høyesterett, er EU-domstolen ikke en ren prejudikatdomstol. I dette ligger det at dens avgjørelser verken er formelt bindende for verken den selv eller nasjonale domstoler.³⁸ EU-domstolens avgjørelser er imidlertid ansett å utgjøre tungtveiende rettskilder som det kreves gode grunner for å fravike, og følges i stor grad som om den var en prejudikatsdomstol.³⁹

Til sist må det også trekkes frem at det innad i EU-retten er det etablert et eget prinsipp traktatskonform fortolkning, som innebærer at fellesskapslovgivningen skal tolkes «as far as possible» på en måte som samsvarer med internasjonal rett.⁴⁰ Dette gjelder særlig hvor de aktuelle bestemmelsene er vedtatt med det bestemte formål om etterlevelse av EUs internasjonale forpliktelser, som opphavsrettsdirektivene er for WIPO-traktatene.⁴¹

2.3.2 WIPO-traktatene

World Intellectual Property Organizations såkalte «digital agenda» kulminerte i to separate traktater: WIPO Copyright Treaty (WCT) og WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), begge først undertegnet i 1996, med virkning fra 2002.

For den videre fremstillingen er traktatene relevant gjennom at de begge forplikter de kontraherende parter å regulere en spredningsrett som skal sikre at rettighetshavere «the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership».⁴² Om konsumpsjonen av spredningsretten er det videre traktatfestet at:

«Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies

³⁸ Fredriksen & Mathisen, 2014, s. 238 flg.

³⁹ *ibid.* s. 238

⁴⁰ Sak C-456/06 Peek & Cloppenburg v. Cassina SpA (heretter Peek & Cloppenburg), avsnitt 30

⁴¹ *ibid.*

⁴² Her fra WCT artikkel 6, tilsvarende i WPPT artikkel 8

after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author».⁴³

I de forklarende fellessuttalelsene til bestemmelsen heter det at «the expressions ‘copies’ and ‘original and copies’ being subject to the right of distribution [...], refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects».

For å forstå hvilke forpliktelser disse bestemmelsene innebærer for traktatens kontraherende parter, er det viktig å presisere at disse forplikter et minimumsnivå av beskyttelse av rettighetshavers posisjon, slik at medlemsstater står fritt til å innføre spredningsrettigheter som går utover disse, eksempelvis ved å la digitale overføringer falle inn under disse.⁴⁴

Til annet ledd om konsumpsjon, skriver *Ficsor* at forhandlinger om konsumpsjonsregulering feilet, med det resultat at «the issue of exhaustion – along with its territorial effect – as provided for in paragraph (2) of Article 6, has been left completely to national regulation».⁴⁵ Traktaten oppstiller altså ingen forpliktelser om eller forbud mot å regulere spredningsrettens konsumpsjon.

2.3.3 Opphavsrettsdirektivene

I EU-retten har den opphavsrettslige reguleringen først og fremst skjedd gjennom utarbeidelsen av ulike direktiver som hver for seg har søkt å harmonisere enkelte aspekter av opphavsretten på tvers av medlemslandene. Av de aktuelle direktivene kan det utpekes fire sentrale direktiver: to mer generelle direktiver i *opphavsrett-* og *utleie- og utlånsdirektivet*, samt de verkstypespesifikke *edb-direktivet* for datamaskinprogrammer og *databasedirektivet*.⁴⁶ I det følgende blir disse direktivene samlet omtalt som *opphavsrettsdirektivene*.⁴⁷

2.3.4 Sak C-128/11 Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp.

⁴³ *ibid.*, annet ledd

⁴⁴ Rognstad, 2009, s. 157

⁴⁵ *Ficsor*, 2002, s. 486

⁴⁶ I nevnt rekkefølge, direktiv 2001/29, direktiv 2006/115, direktiv 2009/24 og direktiv 96/9, offisielle navn inntatt i litteraturlisten

⁴⁷ For ordens skyld, det finnes ytterligere direktiver som regulerer opphavsrettslige spørsmål, men de er ikke direkte relevante for problemstillingen, og omtales derfor ikke nærmere

Usedsoft-dommen ble avsagt av EU-domstolen 3. juli 2012, og handlet i korte trekk om hvorvidt det nettbaserte selskapet Usedsoft hadde rett til å videreselge programvarelisenser fra programvareprodusenten Oracle. Oracle inngikk lisensavtaler med sine kunder som ga kundene mulighet til å anvende programvare som lå fritt tilgjengelig for nedlastning på Oracles nettsider. I lisensavtalen mellom Oracle og deres kunder ble kundene tilkjent «for an unlimited period» en «non-exclusive non-transferable user right» til Oracles programvare.

Usedsoft samlet inn slike lisenser fra tidligere kunder av Oracle, og solgte disse videre på sine nettsider, slik at Usedsofts kunder anvende programvaren som lå tilgjengelig for nedlastning på Oracles nettsider uten direkte avtale med Oracle. Denne praksisen mente Oracle at innebar en krenkelse av deres opphavsrettigheter til programvaren. Usedsoft mente at disse rettighetene var konsumert etter edb-direktivets artikkel 4 (2). Saken gikk til tysk høyesterett, som i sin tur henviste sakens spørsmål til EU-domstolen.

Domstolen behandlet først spørsmålet om hvorvidt nedlastning av et dataprogram fra internett kunne medføre konsumpsjon av rettighetshavers spredningsrett etter edb-direktivets 4 (2), dernest hvorvidt Usedsofts kunder, i tilfelle av konsumpsjon av Oracles spredningsrett, hadde rett til å fremstille eksemplarer av programvaren i tråd med edb-direktivets artikkel 5 (1).

Begge spørsmålene ble besvart bekræftende, med den konsekvens at digital konsumpsjon for første gang ble et faktum i EU-retten. Hvordan domstolen kom frem til dette, og de potensielle konsekvensene dette kan føre med seg, behandles nærmere under.

3 Spredningsretten

3.1 Innledning

3.1.1 Oversikt over EU-rettens rettighetsstruktur

Samtlige av EUs opphavsrettsdirektiver tilkjenner opphavsmannen enkelte eksklusive råderetter over de aktuelle verkstypene som reguleres, men mellom de forskjellige direktivene finnes det ulikheter både i hvilke råderetter som oppstilles og hvordan disse er utformet.

En oversikt over EU-rettens råderetter kan gis på bakgrunn av opphavsrettsdirektivets inndeling i dets artikkel 2 til 4. I de nevnte artiklene oppstiller direktivene henholdsvis:

- en «*reproduction right*», tilsvarende den norske *eksemplarframstillingsretten*,⁴⁸
- en «*right of communication to the public of works and right of making available to the public*», som er noe vanskeligere å jamføre med den norske terminologien, men er i norske forarbeider oversatt til *overføringsretten* og tilsvarer i grove trekk de norske *fremførings- og visningsrettene*,⁴⁹
- og en «*distribution right*», altså spredningsrett, som gir opphavsmannen enerett til å fremby verkseksemplarer for salg, utleie eller utlån eller på annen måte spre slike til allmennheten.⁵⁰

Av disse tre er det bare spredningsretten som tidligere har vært gjenstand for opphavsrettslig konsumpsjon, men konsumpsjonsspørsmålet vedrører likevel på ulikt vis de to øvrige råderettene, og synliggjør visse spenninger mellom disse. Det gis derfor en kort oversikt over innholdet i disse og enkelte forhold som er av betydning for spørsmålet om digital konsumpsjon, før spredningsretten behandles mer utførlig under punkt 2.2.

⁴⁸ Regulert i åvl. § 2, første og annet ledd. Oversettelsen «overføringsrett» er hentet fra Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) og vil bli brukt videre i avhandlingen. Selv om «tilgjengeliggjøringsrett» kunne blitt brukt, er dette valgt vekk fordi dette begrepet i norsk rett inneholder både «right to distribution» og «right to communication to the public»

⁴⁹ Åvl. § 2, første og tredje ledd bokstav b og c

⁵⁰ Åvl. § 2, første og tredje ledd bokstav a

3.1.2 Retten til eksemplarframstilling

Først ut er retten til eksemplarframstilling, som eksklusiv rett for opphavsmannen til å framstille eksemplarer av hans åndsverk. Det er klart både ut fra ordlyden i direktivene og EU-domstolens praksis at eksemplarframstillingsretten gjelder tilsvarende for både fysiske og digitale verkseksemplarer.⁵¹

Ettersom digitale overføringer forutsetter framstillingen av et digitalt åndsverk, oppstår spørsmålet om rettighetshavere kan påberope seg eksemplarframstillingsretten for å hindre digital konsumpsjon.⁵² Ettersom eksemplarframstillingsretten i EUs direktiver er utformet som en rettighet som kun begrenses av dens unntak, taler ordlyden i disse klar for at digital konsumpsjon kun er mulig hvor det er gitt eksplisitte unntak for erververe av «brukte» digitale verkseksemplarer.

Et slikt unntak fant EU-domstolen, om enn på noe kreativt vis, i edb-direktivets artikkel 5 (1).⁵³ Tilsvarende unntak finnes derimot ikke i de øvrige direktivene, noe som taler sterkt for at det ikke er rom for digital konsumpsjon under disse.

Det finnes imidlertid tegn på at EU-domstolen ikke anser dette som et uoverkommelig hinder, ettersom domstolen ved to anledninger ser ut til å ha gitt konsumpsjonsregelen forrang ved konflikt med eksemplarframstillingsretten.⁵⁴ Et eksempel på dette finnes i *Dior-dommen*,⁵⁵ hvor domstolen kom til at konsumpsjonen av et varemerke også innskrenker eventuelle opphavsrettslige råderetter i varemerket som hindrer kjøperen mulighet for å markedsføre det aktuelle produktet, herunder retten til å framstille verkseksemplarer som inngår i denne markedsføringen.⁵⁶ Selv om dommen omhandlet konsumpsjon av varemerker, er det vanskelig å se noe grunnlag for at det samme da ikke skal gjelde ved konsumpsjon av opphavsretten.

Det andre eksempelet er *Usedsoft-dommen*, hvor domstolen implisitt gir konsumpsjonsregelen i edb-direktivet forrang foran eksemplarframstillingsretten i samme direktiv med å uttale at:

⁵¹ Se bl.a. Sak C-5/05 – Infopac International A/S v. Danske Dagblades Forening

⁵² Punkt 2.2.2

⁵³ Punkt 4.3.2-4.3.6

⁵⁴ Cook, 2010, s. 26

⁵⁵ Sak C-337/95 Parfums Christian Dior SA v. Evora BV (heretter Dior)

⁵⁶ Dior avsnitt 55-59, nærmere behandlet av Rognstad, 1999, ss. 146-147

«[To allow] the copyright holder to prevent the effective use of any used copy in respect of which his distribution right has been exhausted [...] by relying on his exclusive right of reproduction [would] render ineffective the exhaustion of the distribution right».⁵⁷

Betydningen til sistnevnte uttalelser svekkes noe ved at domstolen i den videre drøftelsen aktivt benyttet et unntak fra eksemplarframstillingsretten som gir enhver «lawful acquirer» i edb-direktivets artikkel 5 (1) rett til eksemplarframstilling hvor det er «necessary for the use of the computer program [...] in accordance with its intended purpose».

Tilsvarende unntak finnes som nevnt ikke i de øvrige opphavsrettsdirektivene. Domstolens tilsynelatende velvilje til å gi konsumpsjonsreglene forrang i konflikt med eksemplarframstillingsretten kan imidlertid tyde på at dette ikke nødvendigvis hindrer digital konsumpsjon også i saksforhold som faller inn under disse direktivene.⁵⁸

3.1.3 Retten til overføring til allmennheten

Retten til å overføre åndsverk til allmennheten er regulert i artikkel 3 av opphavsrettsdirektivet, og sikrer opphavsmannen eksklusiv rett til å tillate eller forby:

«any communication to the public of their work, by wire or wireless means, including the making available to the public in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them».

Direktivets ordlyd taler for en teknologinøytral rett, noe som underbygges av at det i fortalen til direktivet heter at råderetten skal tolkes bredt til å dekke «all communication to the public not present at the place where the communication originates» og enhver form for «transmission or retransmission of a work to the public by wire or wireless means», samt tilrettelegging for «on-demand»-tilgang til et verk.⁵⁹

Både ordlyd og praksis taler her for at et bredt spekter av kommunikasjonsformer omfattes av råderetten, uavhengig av om overføringen skjer ved hjelp av fysiske eller digitale hjelpemidler og uavhengig av om overføringen skjer direkte («live») eller ved at et verk stilles til

⁵⁷ Usedsoft avsnitt 83

⁵⁸ Stamatoudi & Torremans, 2014, s. 47 og 1106

⁵⁹ Direktivets fortale, avsnitt 23-25

rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket («on-demand»)⁶⁰ Som «acts of communication» regnes de fleste former for digitale overføringer, blant annet nedlastning av digitale verkseksemplarer, lenking til et vernet verk på internett,⁶¹ strømming og tilrettelegging for strømming.⁶²

I artikkel 3, tredje ledd presiseres det at overføringsretten ikke er gjenstand for konsumpsjon.⁶³

3.2 Direktivreguleringen av spredningsretten

3.2.1 Innledning

Før opphavsrettsdirektivene tok form hadde allerede flere av EUs medlemsland nasjonale regler for spredning av åndsverk. Dette enten gjennom en egen selvstendig spredningsrett, eller som en forlengelse av enten eksemplarframstillingsretten eller en selvstendig publikasjonsrett.⁶⁴ Fra EU-hold kom den første reguleringen av spredningsretten i edb-direktivet fra 1991, men det var ikke før i opphavsrettsdirektivet fra 2001 at EU-retten fikk en spredningsrett som gjaldt for alle typer åndsverk. Innenfor EU-retten er spredningsrettens uttalte formål å gi rettighetshavere «control over the commercial exploitation of his work».⁶⁵

Som forklart under punkt 2.2.2, er det sentrale spørsmål i denne sammenheng hvorvidt direktivenes spredningsrett omfatter digitale overføringer så vel som overdragelse av fysiske verkseksemplarer.

3.2.2 Edb-direktivene

Det første opphavsrettsspesifikke reguleringen EU-retten kom med edb-direktivet fra 1991, og ble senere erstattet av en ny kodifisert versjon i 2009. Kodifiseringen inneholder ingen endringer som påvirker konsumpsjonsspørsmålet.⁶⁶

⁶⁰ Jf. tilsvarende formulering i åvl. § 2

⁶¹ Sak C-466/12 Svensson m.fl. v. Retriever Sverige AB, avsnitt 20

⁶² Sak C-607/11 ITV Broadcasting Ltd m.fl. v. TV Catch Up Ltd, avsnitt 26

⁶³ Behandles nærmere under punkt 4.3.5

⁶⁴ EU-kommisjonen, 1988, s. 146

⁶⁵ *ibid.*

⁶⁶ EU-Parlamentet, 2008, s. 5

Som EUs første opphavsrettslige direktiv, inneholder det EU-rettens første regulering av spredningsretten. Denne kommer til uttrykk i direktivets artikkel 4 (c), som gir rettighetshaver en eksklusiv rett til å utføre eller tillate «any form of distribution to the public [...] of the original computer program or of copies thereof».

Ordlyden taler for en bred spredningsrett som regulerer enhver form for distribusjon, og gir ingen klare holdepunkter for noen distinksjon mellom fysiske eller digitale verkseksemplarer.⁶⁷ Etter ordlyden virker det derfor naturlig at retten til å tillate og forby digitale overføringer av dataprogrammer også omfattes. Dette på bakgrunn av at verken «distribution» eller «copies» ut fra en naturlig språklige forståelse kan sies å forutsette noen fysiske karakteristikk ved det som distribueres eller kopieres.

En slik bred tolkning av spredningsretten støttes også i direktivets fortale, avsnitt 7, hvoretter begrepet «computer program» skal forstås som «programs in any form, including those which are incorporated into hardware». Dette er også senere støttet av to etterfølgende implementeringsrapporter fra EU-kommisjonen.⁶⁸

Selv om EU-domstolen i Usedsoft-dommen kun direkte fastslår at konsumpsjonsregelen gjelder både for «tangible and intangible copies», kan de se ut som at domstolen mener at det samme gjelder generelt for direktivet vern av opphavsmannens posisjon, herunder spredningsretten.⁶⁹ Dette kan leses ut fra at domstolen innfortolker i direktivet en «abundantly clear [...] intention of the European Union legislature to assimilate, for the purposes of the protection laid down by Directive 2009/24, tangible and intangible copies of computer programs».⁷⁰

Basert på den brede ordlyden i artikkel 4 (c) og EU-domstolens uttalelser over kan det derfor legges til grunn at spredningsretten etter edb-direktivet gjelder digitale overføringer så vel som fysiske overdragelser.⁷¹

3.2.3 Utleie- og utlånsdirektivene

⁶⁷ Rognstad, 1999, s. 68

⁶⁸ EU-kommisjonen, 2000, s. 17 og 2004, s. 8

⁶⁹ Motsatt, Rognstad, 2014, ss. 4-9

⁷⁰ Usedsoft avsnitt 58

⁷¹ Motsatt: Rognstad, 2014, s. 17

Utleie- og utlånsdirektivet ble vedtatt i 1992, som senere ble erstattet av en kodifisert versjon i 2006. Heller ikke denne kodifiseringen inneholder noen «changes of substance».⁷²

I direktivets artikkel 9 (1) heter det at medlemstater skal sikre beskyttelse for en rekke «fixations» av enkelte opplistede verkstyper, samt «phonograms», gjennom en «exclusive right to make available to the public, by sale or otherwise, the objects indicated in points (a) to (d), including copies thereof, hereinafter ‘the distribution right’»

At direktivet her henviser til at spredningsretten gjelder «objects» taler med tyngde for at spredningsretten kun gjelder for omsetning av fysiske verkseksemplarer.⁷³ Et annet poeng i denne sammenheng er at utleie- og utlånsdirektivet, i motsetning til edb-direktivet, men i likhet med de øvrige direktivene, inneholder en overføringsrett. Betydningen av dette behandles samlet under punkt 4.3.5.

Samlet sett taler gjennomgangen over for at utleie- og utlånsdirektivenes spredningsrett er begrenset til å gjelde overdragelse av fysiske verkseksemplarer.

3.2.4 Databasedirektivet

Etter utleie- og utlånsdirektivet kom databasedirektivet i 1996. Etter direktivets artikkel 5 (c) skal «the author of a database [...] have the exclusive right to carry out or to authorize [...] any form of distribution to the public of the database or of copies thereof».

I likhet med edb-direktivet omfatter ordlyden digitale overføringer av databaser så vel som overdragelser av databaser lagret på en materiell bærer.⁷⁴

I direktivets fortale, avsnitt 33, heter det imidlertid at «the question of exhaustion of the right to distribution does not arise in the case of on-line databases, which come within the field of provision of services» og at «every on-line service is in fact an act which will have to be subject to authorization». Uttalelsen taler til en viss grad for at spredningsretten er avgrenset til fysiske verkseksemplarer, men kan ikke legges ukritisk til grunn. Se nærmere drøftelse av tilsvarende uttalelser i opphavsrettsdirektivet under 4.3.5.

⁷² EU-kommisjonen, 2006, s. 2

⁷³ Rognstad, 1999, s. 68

⁷⁴ Punkt 3.2.2

Det påfølgende avsnittet trekker imidlertid i motsatt retning. Der brukes nemlig formuleringen «make available a copy of the database [...], whether by an on-line service or by *other means of distribution*»,⁷⁵ noe som språklig synes å forutsette at tilgjengeliggjøring av databaser via internett inngår som en av flere mulige former for «distribution», noe som også har støtte i at direktivets forarbeider omtaler «the distribution of databases ‘on line’ [as] the most common current means of distribution to the public».⁷⁶

På bakgrunn av gjennomgangen over er det først og fremst ordlyden i artikkel 5 (c) som gir klare holdepunkter for hva spredningsretten i databasedirektivet omfatter. Og som i likhet med tilsvarende ordlyd i edb-direktivet, taler denne for at digitale overføringer kan falle inn under spredningsretten.⁷⁷

3.2.5 Opphavsrettsdirektivet

Opphavsrettsdirektivet ble vedtatt i 2001 for å gjennomføre EUs forpliktelser etter WCT og WPPT, og ble det første direktivet som inneholdt regler for samtlige verkstyper.⁷⁸ I direktivet er spredningsretten regulert i dets artikkel 4 (1), hvor det heter at:

«Member States shall provide for authors, in respect of the original of their works or of copies thereof, the exclusive right to authorise or prohibit any form of distribution to the public by sale or otherwise».

I likhet med de øvrige direktivene, foruten utleie- og utlånsdirektivet, åpner ordlyden for at både fysiske og digitale overføringer omfattes av spredningsretten.

Konsumpsjonsregelen i artikkelens annet ledd er imidlertid avgrenset til å gjelde for spredningen av det solgte «object», men det kan ikke utledes noen klar avgrensning av spredningsretten fra dette.⁷⁹

I fortalens avsnitt 28 heter det derimot at «[c]opyright protection under this Directive includes the exclusive right to control distribution of the work incorporated in a tangible article». Neste setning i avsnittet gjengir så at «first sale [...] of the original of a work or copies thereof [...]

⁷⁵ Direktivets forale, avsnitt 34, min kursivering

⁷⁶ EU-kommisjonen, 1992, s. 46

⁷⁷ Punkt 3.2.2

⁷⁸ Riktignok med enkelte unntak spesifisert i direktivets artikkel 1 (2)

⁷⁹ Rognstad, 2003, s. 454

exhausts the right to control resale of that object». Slik de to setningene står i tilknytning til hverandre, er det nærliggende å se «that object» som en henvisning til «a tangible article» i forrige setning. Avsnittet taler derfor med tyngde for at spredningsretten kun gjelder for fysiske verkseksemplarer.

En innvending mot dette er at beskyttelsen som nevnes i første setning «includes» retten til spredning av fysiske verkseksemplarer, noe som impliserer at retten også kan omfatte andre former for spredning.⁸⁰

I likhet med databasedirektivet inneholder opphavsrettsdirektivets fortale, avsnitt 29, uttalelser om at konsumpsjonsregelen ikke gjelder for «services and on-line services in particular og at «every on-line service is in fact an act which should be subject to authorisation». Uttalelsene taler etter sin ordlyd klart for at spredningsretten og dens konsumpsjon ikke kommer til anvendelse på digitale overføringer, men kan ikke legges ukritisk til grunn. Som nevnt under 3.2.4, behandles disse samlet under punkt 4.3.5.

Det kan imidlertid konstateres, uavhengig av det som fremkommer i punkt 4.3.5, at opphavsrettsdirektivet, samlet sett, klart gir uttrykk for at direktivets spredningsrett er begrenset til å dekke fysiske overføringer.

Direktivets ordlyd, fortale og forarbeider står således i sterk kontrast til EU-dommens konklusjon og resonnement i Usedsoft-dommen, også på enkelte punkter hvor domstolen uttrykkelig behandler opphavsrettsdirektivet.⁸¹

3.3 EU-domstolens eiendommelige spredningsrett

Som nevnt under punkt 2.2.2 konkluderte EU-domstolen i Usedsoft-dommen at Oracles lisensavtaler og kundens nedlastning samlet sett utgjorde et «sale». Domstolen gikk så videre til å vurdere betydningen av dette for hvilken opphavsrettslig råderett selve nedlastningen falt inn under.

Domstolen uttalte først at salgavtaler som de mellom Oracle og deres kunder, innebar at «the copyright holder transfers the right of ownership of the copy of the computer program to his

⁸⁰ Generaladvokat Bots uttalelse i Usedsoft-saken (heretter GA Usedsoft) avsnitt 75

⁸¹ Punkt 3.3

customers». Med henvisning til generaladvokatens uttalelser i saken, uttalte domstolen videre at det følger av artikkel 6 (1) i WCT at «the existence of a transfer of ownership changes an ‘act of communication to the public’ provided for in Article 3 [i opphavsrettsdirektivet] into an act of distribution»⁸². Domstolen fastslo altså at tilgjengeliggjøring som innebærer en overføring av eierskap over det aktuelle verkseksemplaret vil reguleres av spredningsretten, selv om selve tilgjengeliggjøringshandlingen faller inn under ordlyden av overføringsretten.⁸³

Selv om sitatet over kun uttaler seg om råderettene i opphavsrettsdirektivet, kan det samme antas å gjelde for de øvrige opphavsrettsdirektivene.⁸⁴ Dette fordi opphavsrettsdirektivet, som illustrert under punkt 3.2.5, er det direktivet som inneholder flest holdepunkter mot at spredningsretten skal kunne gjelde for digitale overføringer.

At EU-domstolen anvendte en vid forståelse av begrepet «sale», og at begrepet knyttes direkte opp mot spredningsrettens anvendelsesområde, medfører at ethvert spørsmål om digital konsumpsjon må begynne med en vurdering av hvorvidt den aktuelle rettighetshavers avtalekonstruksjon og distribusjonsmodell innebærer et salg.

3.4 Oppsummering

Basert på EU-domstolens resonnering og konklusjon i Usedsoft-dommen er det mest nærliggende å tolke opphavsrettsdirektivene til at deres spredningsrett regulerer enhver tilgjengeliggjøringshandling som innebærer en overføring av eierskap til det aktuelle verkseksemplarer, uavhengig av om selve tilgjengeliggjøringshandlingen skulle falle inn under ordlyden til deres overføringsrett. For å vurdere om en digital overføring faller inn under spredningsretten, må det derfor vurderes hvorvidt denne inngår i et avtaleforhold som innebærer et salg av det aktuelle verkseksemplaret.⁸⁵

Konklusjonen skaper noe friksjon med ordlyden i enkelte av direktivene og enkelte klare uttalelser fra EU-kommisjonen som tilsa et annet resultat, men må etter Usedsoft-dommen anses som gjeldende rett.⁸⁶ For spørsmålet om digital konsumpsjon innebærer konklusjonen at

⁸² Usedsoft avsnitt 52

⁸³ Dommen viderefører således EU-domstolens uttalelse at spredningsretten først og fremst defineres ut fra overføring av eiendomsrett, se Peek & Cloppenburg avsnitt 41 med videre henvisning til WCT artikkel 6. Se også Stamatoudi & Torremans, 2014, s. 425

⁸⁴ Stamatoudi & Torremans, 2014, s. 1108

⁸⁵ *ibid.* s. 425

⁸⁶ *ibid.* ss. 423-424

dets løsning neppe alene kan finnes i selve spredningsretten, men også må søkes i konsumpsjonsregelen anvendelsesområde.

4 Konsumpsjon av spredningsretten

4.1 Innledning

Selv om spredningsretten i visse tilfeller kan gjelde for digitale overføringer, er det en rekke holdepunkter for at dette ikke er tilfelle med direktivenes konsumpsjonsregler. For å forstå hvordan, og potensielt hvorfor EU-domstolen kom til motsatt resultat i *Usedsoft*-saken, er konsumpsjonsreglenes forhistorie av betydning.

4.2 EU-rettens domstolsutviklede konsumpsjonsprinsipp

4.2.1 Innledning

EU-rettens konsumpsjonsregler har sitt opphav i EU-domstolens avgjørelser i saker som berørte forholdet mellom nasjonale immaterielle rettigheter og EU-traktatens bestemmelser om fri bevegelse av varer.⁸⁷ Det følger av EU-traktatens artikkel 36 at forbudet mot kvantitative begrensninger av import og eksport i artikkel 34 og 35 «shall not preclude prohibitions or restrictions on import, export or goods in transit justified on grounds of [...] the protection of industrial and commercial property».⁸⁸

Den første dommen på opphavsrettens område kom i *Deutsche Grammophon*-saken fra 1971,⁸⁹ som omhandlet import til Tyskland av grammofonplater som et selskap hadde solgt til sitt datterselskap i Frankrike, og som var eneforhandler på det franske markedet. I dommen uttalte EU-domstolen at:

«Although it permits prohibitions or restrictions on the free movement of products, which are justified for the purpose of protecting industrial and commercial property, Article 36 only admits derogations from that freedom to the extent to which they are

⁸⁷ Rognstad, 1999, s. 41

⁸⁸ Tidligere artikkel 30, i det følgende henvises til gjeldende EU-traktat, Lisboa-traktaten av 13. desember 2007

⁸⁹ Sak 78/70 *Deutsche Grammophon Gesellschaft Mbh and Metro-SB-Grossmärkte Gmbh & Co. KG* (heretter *Deutsche Grammophon*)

justified for the purpose of safeguarding rights which constitute the *specific subject-matter* of such property». ⁹⁰

Dommen gjaldt opphavsrettens nærstående rettigheter, men det samme er senere bekreftet å gjelde også for de ordinære opphavsrettigheter.⁹¹ Dommens gir uttrykk for et EU-rettslig konsumpsjonsprinsipp, som innebærer at immaterielle rettigheter kun kan gripe inn i og begrense den frie bevegelse av varer og tjenester i den utstrekning inngrepet kan begrunnes i hensynet til å verne den immaterielle rettighets «særlige gjenstand». ⁹²

4.2.2 Konsumpsjonsprinsippets innhold – opphavsrettens «særlige gjenstand»

Begrepet «specific subject matter» har som nevnt sitt opphav i *Deutsche Grammophon*-dommen, som opprinnelig ble ført i pennen på fransk. Den opprinnelige formuleringen var «objet spécifique», som henviser både til den aktuelle rettighets *essens* og dens *legislative begrunnelse*. ⁹³

For de immaterielle rettighetene ga EU-domstolen en nærmere beskrivelse av begrepets innhold i *Premier League*-dommen fra 2008. ⁹⁴ Dommen gjaldt spørsmålet om hvorvidt innehaverne av rettighetene til å vise Premier League-kamper kunne kreve stanset salget av greske mottaksdekodere utenfor Hellas. Domstolen kom til at en slik rett til å stanse salget ville gå utover hva som fulgte av de immaterielle rettighetenes «særlige gjenstand», begrunnet med at:

«the specific subject-matter of the intellectual property is intended in particular to ensure for the right holders concerned protection of the right to exploit commercially the marketing or the making available of the protected subject-matter, by the grant of licences in return for payment of remuneration.

However, the specific subject-matter of the intellectual property does not guarantee the right holders concerned the opportunity to demand the highest possible remuneration.

⁹⁰ Deutsche Grammophon avsnitt 11, min kursivering

⁹¹ Rognstad, 1999, s. 43, med videre henvisninger

⁹² Oversatt fra det offisielle danske begrepet «særlige genstand»

⁹³ Davids, Longstaff, Roughton, & Tritton, 2014, s. 1111

⁹⁴ Sak C-403/08 FA Premier League Ltd. m.fl. v. QC Leisure m.fl. (heretter Premier League)

Consistently with its specific subject-matter, they are ensured [...] only appropriate remuneration for each use of the protected subject-matter.

In order to be appropriate, such remuneration must be reasonable in relation to the economic value of the service provided. In particular, it must be reasonable in relation to the actual or potential number of persons who enjoy or wish to enjoy the service».⁹⁵

De immaterielle rettigheters «særlige gjenstand» innebærer altså et vern for rettighetshavere som skal sikre dem passende godtgjørelse for hver enkelt utnyttelse av det aktuelle rettighetsgodet, hvorunder hva som er passende må vurderes ut fra dettes reelle markedsverdi.

Opphavsrettens «særlige gjenstand» behandles særskilt i enkelte nyere dommer fra EU-domstolen. I Usedsoft-dommen uttales det i relasjon til salg av dataprogrammer på internett at det vil gå utover rammene for opphavsrettens «særlige gjenstand» å tillate rettighetshavere:

«to control the resale of copies downloaded from the internet and to demand further remuneration on the occasion of each new sale, even though the first sale of the copy had already enabled the rightholder to obtain an appropriate remuneration.»⁹⁶

Selv om uttalelsen er begrenset til dataprogrammer, er det lite som tilsier at det samme ikke også skal gjelde utenfor edb-direktivet, all den tid dette uttales i relasjon til konsumsjonsprinsippet.⁹⁷

Av disse dommene kan det utledes at kjernen i opphavsrettens «særlige gjenstand» er et vern av opphavsmannens mulighet for å skaffe seg en passende godtgjørelse for utnyttelsen av vedkommendes åndsverk. Dette vernet kan likevel ikke strekkes lenger enn å sikre en godtgjørelse tilsvarende åndsverkets kommersielle verdi. Som det forutsetningsvis følger av ordet «enabled» i sitatet over, må vurderingen av åndsverkets kommersielle verdi knyttes til det rettighetshaver med rimelig kunne forutsett forut for lanseringen i markedet.

4.2.3 Konsumsjonsprinsippet anvendelsesområde

⁹⁵ Premier League avsnitt 107 flg, med videre henvisninger til Sak C-55/80 Musik-Vertrieb membran v. K-tel International, avsnitt 12, and Sak C-92/92 Phil Collins v. Imtrat Handelsgesellschaft mbH m.fl., avsnitt 20

⁹⁶ Usedsoft, avsnitt 62.

⁹⁷ 4.2.2

Ettersom konsumpsjonsprinsippet er utledet fra EU-traktatens regler om fri bevegelighet av varer, er det klart at det kommer til anvendelse for samtlige verkstyper, så lenge de aktuelle verkseksemplarene faller inn under begrepet «goods» i EU-traktaten.

Det har i denne sammenheng vært uklart hvorvidt prinsippet kommer til anvendelse på digitale verkseksemplarer, ettersom disse i motsetning til vanlige varer er ikke-legemlige⁹⁸ og kontraktsrettslig har vært gjenstand i lisensieringsavtaler, og ikke for kjøp og salg.⁹⁹ At kundene i disse lisensieringsavtalene kun har fått begrensede bruksrettigheter og ikke eiendomsrett, har nemlig ledet til at digitale overføringer av åndsverk har vært regnet som «tjenester» etter EU-traktatens artikkel 56, og ikke «varer» etter artikkel 36, som konsumpsjonsprinsippet springer ut fra.¹⁰⁰

På bakgrunn av dette har det vært hevdet at konsumpsjonsprinsippet ikke kommer til anvendelse for digitale overføringer av to årsaker: For det første fordi prinsippet ikke gjelder «tjenester»¹⁰¹ og for det andre fordi digitale verkseksemplarer ikke er «varer».¹⁰²

Etter *Usedsoft*-dommen er det imidlertid klart at minst én av de to begrunnelsene må være feil, ettersom EU-domstolen uttalte at direktivets konsumpsjonsregel ikke kunne tolkes til å verne rettighetshaver «beyond what is necessary to safeguard the specific subject-matter of the intellectual property concerned», med henvisning til *Metronome Music*- og *Premier League*-dommen.¹⁰³

Henvisningen til immaterialrettens «særlige gjenstand» i *Usedsoft*-dommen gjør det imidlertid vanskelig å vurdere hvorvidt EU-domstolen faktisk utvider konsumpsjonsprinsippet's anvendelsesområde eller trekker bare analogier fra dette. Domstolen forklarer nemlig ikke nærmere hvorfor de henviser til immaterialrettens «særlige gjenstand», foruten gjennom en henvisning til *Metronome Music*-dommen, som gjaldt varer, og *Premier League*-dommen, som gjaldt tjenester. Den manglende eksplisitte forankringen i EU-traktatens bestemmelser kan tenkes å skyldes at domstolen ikke direkte vil vise at den gradvis

⁹⁸ Den klare hovedregel er at varebegrepet i artikkel 36 er kun gjelder fysiske objekter, se Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn, & Kolstad, 2004, s. 284, samt Oliver, 2010, s. 20 og Sak 155/73 – Sacchi avsnitt 6-7 og C-97/98 *Jägerskiöld v. Gustafsson* (heretter *Jägerskiöld*) avsnitt 38

⁹⁹ Punkt 2.2.1

¹⁰⁰ Se punkt 4.3.5

¹⁰¹ Blant annet påstått av EU-kommisjonen *Usedsoft*-saken, se avsnitt 62 i dommen

¹⁰² Stamatoudi & Torremans, 2014, s. 42

¹⁰³ Sak C-200/96 *Metronome Musik GmbH v. Music Point Hokamp GmbH* (heretter *Metronome*), avsnitt 14, *Premier League* avsnitt 106

utvider prinsippets anvendelsesområde utover det de kan begrunne i ordlyden i artikkel 36, men en nærmere drøftelse av dette faller utenfor rammene for denne avhandlingen.¹⁰⁴

Selv om det foreløpig er uklart hvorvidt domstolens anvendelse av konsumpsjonsprinsippet i Usedsoft-saken er gjort direkte eller ved analogi, er det i alle fall klart etter dommen at prinsippets innhold kommer til anvendelse på digitale overføringer av åndsverk. Dette innebærer at både EU-domstolen selv og EU-/EØS-landenes nasjonale domstoler fremover må vurdere spørsmål om digital konsumpsjon opp mot dette.¹⁰⁵

4.2.4 Oppsummering

Svært forenklet kan man si på bakgrunn av drøftelsen over at konsumpsjonsprinsippet innebærer at EU-rettens spredningsrett er begrenset til den utstrekning den sikrer opphavsmannen godtgjørelse for et åndsverk tilsvarende dets markedsverdi. Dersom opphavsmannen hadde en reell mulighet til å sikre seg slik godtgjørelse da han lanserte sitt åndsverk på markedet, mister han muligheten til å kontrollere videre kommersiell utnyttelse av dette.

Konsumpsjonsprinsippet vil komme til anvendelse for digitale overføringer, uavhengig av hvilket direktiv disse reguleres av, men trolig bare hvor disse inngår i et avtaleforhold som må regnes som et salg, og ikke som ytelser i en tjenesteavtale. Prinsippets anvendelsesområde i digital kontekst vil imidlertid trolig være begrenset til digitale overføringer som innebærer en overføring av eiendomsrett, og potensielt bare til overføringer av dataprogrammer.

I praksis representerer konsumpsjonsprinsippet en dynamisk rettslig begrensning i rettighetshavers spredningsrett som vil kunne påvirke hvordan opphavsrettsdirektivene skal tolkes.¹⁰⁶

4.3 Sekundærrettens konsumpsjonsregel

4.3.1 Innledning

¹⁰⁴ Stamatoudi & Torremans, 2014, s. 46 mener at dommen innebærer at digitale åndsverk kan regnes som varer, mens Rognstad, 2014, s. 15 mener det er mer nærliggende å regne overføringen av slike som tjenester

¹⁰⁵ Nærmere om dette under punkt 5.2

¹⁰⁶ Davids, Longstaff, Roughton, & Tritton, 2014, s. 1115

Den første kodifiserte konsumpsjonsregelen kom i varemerkedirektivet i 1989,¹⁰⁷ med sin første opphavsrettslige parallell i edb-direktivet i 1991. Senere kom utlåns- og utleiedirektivet, databasedirektivet og opphavsrettsdirektivet, som alle inneholder egne regler for konsumpsjon av opphavsmannens spredningsrett. Felles for direktivreguleringen var en uttalt målsetning om å kodifisere EU-domstolens konsumpsjonsprinsipp.¹⁰⁸

Selv om det overordnede formålet med reguleringen ser ut til å være likt for alle de nevnte direktivene, er konsumpsjonsregelen noe ulikt formulert og behandlet i direktivenes fortaler og forarbeider. I lys av avhandlingens problemstilling vurderes disse opp mot ett spørsmål: Kommer direktivenes konsumpsjonsregler til anvendelse for digitale overføringer?

4.3.2 Edb-direktivet

Av de opphavsrettslige direktivene, var edb-direktivet først ute med å regulere konsumpsjonsregelen. Regelen er regulert i direktivets artikkel 4 (2), hvor det heter at «[t]he first sale [...] of a copy of a program [...] shall exhaust the distribution right within the Community of that copy».

Som dommerne i Usedsoft-saken påpeker som «abundantly clear», er det ingenting i denne ordlyden som taler for regelen er avgrenset til fysiske verkseksemplarer.¹⁰⁹ Basert på EU-domstolens entydige konstatering om at «exhaustion of the distribution right under Article 4 (2) of Directive 2009/24 concerns both tangible and intangible copies of a computer programs», synes det å være avgjort at edb-direktivets konsumpsjonsregel gjelder både for fysiske og digitale verkseksemplarer.

Som nevnt innledningsvis innebærer imidlertid digitale overføringer at det fremstilles et nytt digitalt verkseksemplar, noe som forutsetter at mottakeren har en rett til slik fremstilling.¹¹⁰

I Usedsoft-dommen løste domstolen, som nevnt under punkt 3.1.2, dette på noe kreativt vis ved å vise til at rettighetshavere etter edb-direktivets artikkel 5 (1) ikke kan hindre fremstilling hvor dette er «necessary for the use of the computer program by the lawful acquirer in accordance with the intended purpose».

¹⁰⁷ Direktiv 89/104, nå direktiv 2008/95 etter kodifisering

¹⁰⁸ Davids, Longstaff, Roughton, & Tritton, 2014, s. 1097

¹⁰⁹ Usedsoft avsnitt 58

¹¹⁰ Se punkt 2.1.2

Domstolen kom til at når rettighetshavers spredningsrett var konsumert måtte både opprinnelig erverver, og en eventuell senere erverver av det digitale verkseksemplaret, regnes som en «lawful acquirer», slik at vedkommende i kraft av sitt kjøp hadde rett til å fremstille eksemplarer av dataprogrammet.¹¹¹

Dette løser imidlertid ikke problemet med at direktivet forbeholder at spredningsretten kun konsumeres for «that copy». Rent språklig vanskeliggjør dette digital konsumpsjon, ettersom digitale overføringer innebærer fremstilling av et nytt verkseksemplar.¹¹²

EU-domstolen valgte likevel i Usedsoft-dommen å ikke tillegge denne tekniske kjensgjerning noe rettslig betydning. I følge domstolen ville Oracles kunder, i kraft av lisensavtalen, har rett til å fremstille sin kopi, noe som er naturlig for at avtalen skal kunne ha noen effekt. Mer problematisk er domstolens uttalelser om at «[a]n original acquirer who resells a tangible or intangible copy of a computer program» kunne unngå å krenke rettighetshavers eksemplarfremstillingsrett ved å «make his own copy unusable at the time of its resale»¹¹³, og at senere erververe derfor kan «download onto his computer the copy» sold to him by the first acquirer». ¹¹⁴ Domstolen uttalte videre at konsumpsjonsregelen også måtte innebære at senere erververe kunne laste ned et eksemplar direkte fra rettighetshavers (Oracles) nettside, ettersom det motsatte resultat ville «render ineffective the exhaustion of the distribution right». ¹¹⁵

At verken overføringen fra første til andre erverver, eller nedlastningen fra Oracles nettsted til andre erverver, umulig kunne være den samme kopien som ordlyden «that copy» pekte på, unnlot domstolen å nevne. På bakgrunn av dette kan det virke som at EU-domstolen verken anser ordlyden «that copy» eller eksemplarfremstillingsretten som uoverkommelige hinder hvis konsumpsjonsregelen kommer til anvendelse. ¹¹⁶

Uavhengig av dommens eventuelle betydning utover edb-direktivet kan det på bakgrunn av Usedsoft-dommen i det minste konkluderes med at konsumpsjonsregelen i dette direktivet

¹¹¹ Usedsoft avsnitt 75 og 81-85

¹¹² Se punkt 2.2.2

¹¹³ Usedsoft avsnitt 78

¹¹⁴ *ibid.* avsnitt 81

¹¹⁵ *ibid.* avsnitt 83

¹¹⁶ Punkt 3.1.2

kommer til anvendelse for nedlastede dataprogrammer hvor avtaleforholdet mellom rettighetshaver og kunde kan klassifiseres som et salg.

4.3.3 Utleie- og utlånsdirektivet

Utleie- og utlånsdirektivet fra 1992 inneholder også en kodifisert konsumpsjonsregel. I direktivets artikkel 9 (2) heter det at «[t]he distribution right shall not be exhausted [...] in respect of an object as referred to in paragraph 1, except where the first sale [...] of that object is made by the rightholder».

At direktivet her henviser til konsumpsjon ved salg av «an object as referred to in paragraph 1» taler med tyngde for at konsumpsjon kun skjer ved salg av et fysisk verkseksemplar, noe som støttes av at ordlyden i første ledd tilsier den samme begrensningen for spredningsretten.¹¹⁷ Det samme gjør ordlyden «that object», som behandles sammen med tilsvarende ordlyd i opphavsrettsdirektivet under punkt 4.3.5.

I motsetning til edb-direktivet, og i likhet med database- og opphavsrettsdirektivet, inneholder ikke utleie- og utlånsdirektivet noe unntak fra eksemplarframstillingsretten for «lawful acquirer» eller noe annet tilsvarende unntak som kan brukes i relasjon til digital konsumpsjon . Betydningen av dette behandles samlet under 3.1.2 og 4.3.6.

Samlet sett taler direktivets ordlyd og de nevnte forholdene klart for at konsumpsjonsregelen i direktivet kun gjelder for fysiske verkseksemplarer.

4.3.4 Databasedirektivet

I databasedirektivet fra 1996 er konsumpsjonsregelen formulert i dets artikkel 5 (c) annen setning, hvor det heter at «[t]he first sale [...] of a copy of the database [...] shall exhaust the right to control resale of that copy».

Ordlyden er altså tilnærmet identisk med edb-direktivets regel, og dekker derfor både fysiske og digitale verkseksemplarer av databaser.¹¹⁸

¹¹⁷ Punkt 3.2.3

¹¹⁸ Punkt 4.3.2

Direktivets fortale er imidlertid interessant i denne sammenheng, ettersom det i avsnitt 33 heter at «the question of exhaustion of the right of distribution does not arise in the case of on-line databases, which come within the field of provision of services» og at «every on-line service is in fact an act which will have to be subject to authorization». Fortalen gir uttrykk for at konsumpsjon er utelukket for databaser på internett, men kan ikke legges ukritisk til grunn. Se nærmere behandling av tilsvarende fortaleuttalelser i opphavsrettsdirektivet under punkt 4.3.5.

I lys av behandlingen av fortalens uttalelser under, gjenstår ordlyden i artikkel 4 (2) som det sterkeste holdepunktet for vurderingen om konsumpsjon gjelder både digitale og fysiske verkseksemplarer. Basert på EU-domstolens tolkning av tilsvarende ordlyd i Usedsoft-dommen, er det nærliggende å tro at domstolen vil tolke denne på samme måte.¹¹⁹

4.3.5 Opphavsrettsdirektivet

Opphavsrettsdirektivets konsumpsjonsregel finnes i dets artikkel 4 (2), hvor det heter at «[t]he distribution right shall not be exhausted [...] in respect of the original or copies of the work, except where the first sale or other transfer of ownership [...] of *that object* is made by the rightholder»¹²⁰. Ordlyden «object» taler her, i likhet med i utleie- og utlånsdirektivet klart i retning av en avgrensning mot kun å gjelde for fysiske verkseksemplarer.¹²¹

Sak C-419/13 Art & Allposters & «that object»

Som nevnt under 4.3.2, ligger det et teknisk hinder for digital konsumpsjon i ordlyden «that copy», ettersom digitale overføringer alltid vil fremstille et nytt verkseksemplar. Det samme problemet oppstår i relasjon til ordlyden «that object». Det forutsettes da at domstolen tolker «object» utvidende til å omfatte digitale verkseksemplarer.

Behandlingen av «that copy» i Usedsoft-dommen tyder som nevnt på at EU-domstolen ikke anser problemstillingen med å oppstille et reelt hinder for digital konsumpsjon. Det må likevel kommenteres at domstolen i en senere dom, Art & Allposters-dommen,¹²² tolket ordlyden «that object» langt strengere enn den gjorde med «that copy» i Usedsoft-dommen.

¹¹⁹ Se punkt 4.3.2

¹²⁰ Min kursivering. Ordlyden «object» går også igjen i direktivets fortale, avsnitt 28.

¹²¹ Punkt 4.3.3

¹²² Sak C-419/13 Art & Allposters International BV v. Stichting Pictoright (heretter Art & Allposters)

Dommen omhandlet Art & Allposters som solgte bilder som var fremstilt fra plakater selskapet hadde rettigheter til å selge. Fremstillingen ble gjort ved en kjemisk prosess som overførte fargene og motivet fra den enkelte plakat til lerreter av høyere pris og kvalitet, og som i prosessen innebar at de opprinnelige verkseksemplarene, plakatene, opphørte å eksistere etter overføringen. Rettighetshaverne til de avbildede åndsverkene mente at disse handlingene krenket både deres eksemplarframstillings- og spredningsrett, noe de fikk medhold i av EU-domstolen.

Sentralt for domstolens avgjørelse var deres tolkning av at ordlyden «that object» innebar at rettighetshavernes spredningsrett ikke var konsumert for lerretene, ettersom dette ikke var de samme verkseksemplarene som opprinnelig hadde blitt «spredt».

Overført til en digital kontekst, eksempelvis Usedsofts saksforhold, ville Art & Allposters-dommens resonnement innebære at Oracles spredningsrett ikke kunne være konsumert for det verkseksemplar som ble fremstilt etter den digitale overføringen til Usedsofts kunder, selv med en teknisk løsning som innebar at avsenderens verkseksemplar ble slettet.

Hvilken betydning Art & Allposters-dommen har for spørsmålet om digital konsumpsjon etter opphavsrettsdirektivet er imidlertid vanskelig å vurdere. På den ene side er dommens konklusjon mer tro mot opphavsrettsdirektivets ordlyd enn Usedsoft-dommen er mot edb-direktivets, samtidig som at domstolens resonnement i førstnevnte i seg selv ser ut til å utelukke digital konsumpsjon.

På den annen side kan de to dommens totalt ulike resonnementer muligens tas til inntekt for at de særegne karakteristikkene ved digitale overføringer forutsetter en helt annen rettslig behandling enn fysiske overdragelser. Støtte for dette kan finnes i at domstolen tilsynelatende så seg tvunget til å se bort fra ordlyden i relasjon til digitale verkseksemplarer, ettersom en bokstavtro tolkning ville «render ineffective the exhaustion of the distribution right».¹²³

Selv om dens betydning for spørsmålet om digital konsumpsjon enkelt kan bestrides, taler dommen i hvert fall mer mot enn for digital konsumpsjon under opphavsrettsdirektivet.¹²⁴

Opphavsrettsdirektivets forarbeider – digitale overføringer som «services»?

¹²³ Usedsoft avsnitt 83, se nærmere omtalt under punkt 3.1.3.

¹²⁴ Opdahl, 2015 mener dommen «gjør det vanskelig å se for seg digital konsumpsjon»

Som redegjort for tidligere, er det også en rekke holdepunkter for at spredningsretten etter direktivet var ment å kun gjelde salg av fysiske verkseksemplarer.¹²⁵ Ytterligere støtte for dette, og at det samme gjelder for konsumpsjonsregelen, kan til en viss grad leses i fortalens avsnitt 28, som drøftes under punkt 3.2.5.

At digitale overføringer ikke utløser konsumpsjon, kan også leses av ordlyden i artikkel 3 om overføringsretten, hvor det heter at «the exclusive right to authorize or prohibit any communication to the public of their works [...] shall not be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public».¹²⁶

Om artikkel 3 (3) uttaler EU-kommisjonen nærmere i et av direktivets forarbeider at:

«Article 3(3) reiterates that the on-line transmission of a work or other subject matter with the consent of the rightholder does not exhaust the relevant right which protects this act of exploitation, i.e. the communication to the public right, including its «making available» form. Thus, the communication to the public of a work or other subject matter, whether by wire or by wireless means, is an act which can be repeated an unlimited number of times and will always require authorization, within the limits set out by the law. This provision is only a clarification of the existing legal situation at Community level, recalling that the provision of services does not give rise to exhaustion of rights»¹²⁷.

I tillegg til dette inneholder opphavsrettsdirektivets fortale, avsnitt 29, uttalelser om at konsumpsjonsregelen ikke gjelder for «services and on-line services in particular og at «every on-line service is in fact an act which should be subject to authorisation». Tilsvarende uttalelser finnes i avsnitt 33 i fortalen til databasedirektivet.

Leses artikkel 3, fortalens avsnitt 29 og de siterte forarbeidene i sammenheng, virker det klart at EU-kommisjonens intensjon var at digitale overføringer av åndsverk utelukkende skulle reguleres av overføringsretten og kontraktsrettslig kun behandles som ytelser i

¹²⁵ Se punkt 3.2.5

¹²⁶ Artikkel 3 (1) og (3) samlet

¹²⁷ EU-kommisjonen, 1997, s. 27, med videre henvisning til Coditel I og Warner Brothers

tjenesteavtaler.¹²⁸ Som en følge av dette, ville digitale overføringer heller aldri være gjenstand for salg og derav heller aldri konsumpsjon.¹²⁹

Selv om ordlyden, fortalen og forarbeidene tegner et klart bilde av hvordan kommisjonen mente direktivet skulle forstås, er det likevel påfallende at forarbeidene uttaler svært lite om hvorfor kategoriseringen som skildres overfor er hensiktsmessig, og heller ikke behandler enkelte åpenbare utfordringer med denne.¹³⁰

Kommisjonen viser derimot gjennomgående til «*acquis communautaire*»,¹³¹ samt *Coditel I*- og *Warner Brothers*-dommen¹³² som begrunnelse for kategoriseringen, men uten nærmere drøftelse. I forbindelse med uttalelsene om «*acquis communautaire*» gis det ingen ytteligere henvisninger enn til de nevnte dommene, hvilket gjør det vanskelig å etterprøve hva annet enn disse dommene som tilsier at kategoriseringen gjenspeiler «det fellesskapet har blitt enig om». Det er riktignok klart at spredningsretten tradisjonelt sett har vært begrenset til legemlige verkseksemplarer, men er bare naturlig ettersom det tidligere ikke eksisterte ikke-legemlige verkseksemplarer.

Heller ikke de aktuelle dommene gir noen fullgod begrunnelse for behandlingen av digitale overføringer. I *Coditel I*-dommen var den aktuelle motsetningen til et legemlig verkseksemplar direkte sendte tv-signaler, mens *Warner Brothers*-dommen gjaldt utleie av fysiske verkseksemplarer, og ikke salg. På bakgrunn av domstolens resonneringer i disse dommene og den ovenfor siterte kommentaren til artikkel 3 (3), er det trolig potensialet for at en digital overføring kan bli «repeated an unlimited number of times» som ligger bak kommisjonens ønske om vanntette skott mellom fysisk overdragelser og digitale overføringer.¹³³

Kommisjonen har i så fall ikke tatt hensyn til, eller muligens oversett, det faktum at ikke alle digitale overføringer kan repeteres et uendelig antall ganger.¹³⁴ I tillegg er

¹²⁸ Hvor ytelsene var bruksrettighetene over verket som beskrevet under 2.2.1. Forarbeidene inneholder også en rekke eksplisitte uttalelser om at både spredningsretten og dens konsumpsjonsregel utelukkende kommer til anvendelse for fysiske verkseksemplarer, se: EU-kommisjonen, 1988, s. 150, 1995, ss. 47-48, 1996, ss. 3, 14 og 19 og 1997, s. 8 og 16

¹²⁹ Stamatoudi & Torremans, 2014, s. 45, se også punkt 2.2.2

¹³⁰ Punkt 2.2

¹³¹ Oversatt til «det fellesskapet har blitt enig om» i NOU 2012: 2, fotnote 20 til punkt 4.3

¹³² Sak 62/79 S.A Coditel Brabant v. Ciné Vog Films m.fl. (heretter *Coditel I*) og Sak 158/86 Warner Brothers Inc., Metronome Video ApS v. Erik Viuff Christiansen (heretter *Warner Brothers*)

¹³³ For lignende begrunnelse, se *Coditel I* avsnitt 12 og *Warner Brothers* avsnitt 14-15

¹³⁴ 2.2.2

forskjellbehandlingen av fysisk og digital distribusjon kritisert for å muliggjøre gjeninnføring av territoriale restriksjoner i Europa og en oppdeling av EUs indre marked,¹³⁵ noe som direkte adresseres i Usedsoft-dommen.¹³⁶

Uavhengig av holdbarheten i kommisjonens begrunnelse, må det likevel anses som klart ut fra direktivets ordlyd, fortale og forarbeider at kommisjonen forespeilet et skille mellom digitale overføringer under overføringsretten på den ene side og på den andre siden fysiske overdragelser under spredningsretten. Direktivet står således i sterk kontrast til EU-domstolens konklusjon og resonnement i Usedsoft-dommen, også på enkelte punkter hvor domstolen uttrykkelig behandler opphavsrettsdirektivet.¹³⁷

Forskjellene mellom edb-direktivet og opphavsrettsdirektivet reiser imidlertid spørsmålet om hvorvidt domstolen kan og vil åpne for digital konsumpsjon under sistnevnte. Til dette kan det bemerkes at domstolen berørte forholdet mellom konsumpsjonsregelen i edb-direktivet og fortalen til opphavsrettsdirektivet,¹³⁸ men unnlot å tillegge dette noe vekt ettersom edb-direktivet ble ansett å være *lex specialis* og direktivenes «different intention».¹³⁹ Sammen med en gjennomgående bruk av forbehold som knyttet vurderingene til edb-direktivets regel, kan dette tas til inntekt for at domstolen ønsket å holde mulighetene åpne for en motsatt konklusjon under de øvrige opphavsrettsdirektivene.

Det må likevel påpekes at domstolen kunne resonnerert og konkludert annerledes i Usedsoft-dommen. Eksempelvis kunne salgsbegrepet under direktivet vært definert smalere i lys av forholdsvis klare signaler fra lovgiver i fortalene og forarbeidene til de øvrige opphavsrettsdirektivene, slik at den aktuelle lisensavtalen falt utenfor. I tillegg kunne domstolen vært bokstavtro til ordlyden «that copy»,¹⁴⁰ eller unnlatt å uttale at digitale overføringer i opphavsrettsdirektivet ville endres fra «overføring» til «spredning», ettersom domstolen allerede hadde fastslått at edb-direktivet var *lex specialis*.¹⁴¹ På et mer overordnet plan kunne domstolen også unnlatt å anvende konsumpsjonsprinsippet aktivt på digitale

¹³⁵ Stamatoudi & Torremans, 2014, s. 46 med videre henvisninger

¹³⁶ Usedsoft avsnitt 46

¹³⁷ Punkt 3.3

¹³⁸ Opphavsrettsdirektivets fortale, avsnitt 28 og 29

¹³⁹ Usedsoft avsnitt 60

¹⁴⁰ Punkt 4.3.2

¹⁴¹ Dommens avsnitt 52 i lys av avsnitt 51, se også 3.3.

verkseksemplarer, ettersom forholdet mellom digitale verkseksemplarer og vernet av fri bevegelse av varer og tjenester forut for dommen var uavklart.¹⁴²

At domstolen likevel resonnererte og konkluderte som den gjorde, kan tyde på at den tok en rekke bevisste valg for å beholde konsumpsjonsreglene som regulative verktøy også for det digitale marked,¹⁴³ noe som også støttes av at domstolen uttalte at en smalere definisjon av salgsbegrepet ville «divest [the rule of exhaustion] of all [its] scope».¹⁴⁴

Noen klar spådom over hva domstolen vil gjøre ved neste korsvei er riktignok vanskelig å gi, men etter Usedsoft-dommens klare henvisning til at motsatt resultat ville vært i strid med primærrettens konsumpsjonsprinsipp, er det grunn for å tro at den foretrukne løsning i stor grad vil dikteres av dens kompatibilitet med vernet av den frie bevegelse av varer og tjenester.

4.3.6 Oppsummering av direktivenes regulering av konsumpsjonsregelen

Som gjennomgangen viser over, finnes det holdepunkter i samtlige av opphavsrettsdirektivene og deres forarbeider som kan tas til inntekt for at deres konsumpsjonsregler ikke kommer til anvendelse for digitale overføringer.

Av disse er enkelte direkte fraveket av EU-domstolen i Usedsoft-dommen, og er derfor neppe et hinder for digital konsumpsjon i fremtiden. Blant disse fravikelsene finnes nemlig ordlyden «that copy»,¹⁴⁵ uttalelser i forarbeidene om at spredningsretten kun gjelder fysiske verkseksemplarer¹⁴⁶ og at digitale overføringer kategorisk skal behandles under overføringsretten.¹⁴⁷

Noe mer uklart er spørsmålet om hvordan EU-domstolen stiller seg til EU-kommisjonens tydelige oppfatning om at konsumpsjonsregelen aldri kommer til anvendelse for digitale overføringer, ved at disse etter kommisjonens uttalelser skal regnes som ytelser i en tjenesteavtale.¹⁴⁸ Det samme gjelder hvordan domstolen vil forholde seg til at både utleie- og

¹⁴² Punkt 4.2.3

¹⁴³ Gillen, 2015, ss. 19-20

¹⁴⁴ Usedsoft avsnitt 49, Linklater, 2014, s. 17

¹⁴⁵ Punkt 4.3.2

¹⁴⁶ Punkt 3.3 og 4.3.2

¹⁴⁷ Punkt 3.3 og 4.3.5

¹⁴⁸ Punkt 4.2.3 og 4.3.5

utlåns- og opphavsrettsdirektivet viser til ordlyden «that object», noe som klart taler mot at konsumpsjonsregelen kan gjelde for digitale overføringer.¹⁴⁹

Et tydeligere hinder for digital konsumpsjon finnes i rettighetshavers enerett til å fremstille digitale verkseksemplarer, slik digitale overføringer forutsetter. I edb-direktivet finnes det unntak fra eksemplarframstillingsretten som passer til konsumpsjonssituasjonen, men de øvrige direktivene mangler dette. For at digital konsumpsjon skal være mulig, må domstolen derfor gjøre unntak fra denne grunnleggende opphavsrettslige råderetten uten å ha noen klar hjemmel for dette i direktivene. Som illustrert under punkt 3.1.3, kan det imidlertid virke som domstolen gir konsumpsjonsreglene forrang over eksemplarframstillingsretten, også når det mangler hjemmel for dette.¹⁵⁰

4.4 EU-domstolens anvendelse av sekundærrettens konsumpsjonsregel

4.4.1 Forholdet mellom det traktatbestemte og det direktivfestede konsumpsjonsprinsipp

Gjennomgangen i punkt 4.2 og 4.3 viser at det i EU-retten kan skilles mellom domstolens konsumpsjonsprinsipp og direktivenes konsumpsjonsregler. Etersom EU-traktatens bestemmelser om fritt varebytte er uforandret og domstolen aldri har forlatt sin konstruerte konsumpsjonsregel, oppstår spørsmålet om hvordan de ulike reglene forholder seg til hverandre.

Et utgangspunkt for problemstillingen ligger i traktatens «trinnhøyde» overfor sekundærlovgivningen i direktivene. Selv om arbeidet med en formell grunnlov for EU-samarbeidet ser ut til å ha stoppet opp, har EU-traktaten allerede en viss «konstitusjonell» karakter overfor annen lovgivning.¹⁵¹ Dette fordi det er disse dokumentene som etablerer hele EU-systemet, og gir rettslig legitimitet til all annen lovgivning innenfor dette.¹⁵² I kraft av dette har EU-domstolen nemlig rett til å prøve all sekundærlovgivning opp mot de materielle

¹⁴⁹ Punkt 4.3.3 og 4.3.5

¹⁵⁰ Se Dior-dommen, behandlet under punkt 3.1.2.

¹⁵¹ Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn, & Kolstad, 2004, s. 47

¹⁵² *ibid.* ss. 44-48

reglene i primærretten, og skal fortolke forordninger direktiver og beslutninger i overensstemmelse med disse.¹⁵³

Et kompliserende elementet i denne forbindelse er imidlertid at de aktuelle reglene i sekundærretten, konsumpsjonsreglene, her er forsøkt utformet for å kodifisere EU-domstolens anvendelse av primærretten,¹⁵⁴ selv om vilkårene for anvendelse er vesentlig forskjellige.¹⁵⁵

4.4.2 Sak C-427/93 Bristol-Myers Squibb v Paranova A/S

En problemstilling som nevnt over var oppe i EU-domstolen i Bristol-Meyer-saken fra 1993, hvor domstolen vurderte forholdet mellom det immaterielle konsumpsjonsprinsipp og varemerkedirektivets konsumpsjonsregel.¹⁵⁶ Domstolen uttalte i denne sammenheng at:

«[w]here Community directives provide for the harmonization of measures necessary to ensure the protection of the interests referred to in Article 36 of the Treaty, any national measure relating thereto must be assessed in relation to the provisions of that directive and not Articles 30 to 36 of the Treaty. [...] Like any secondary legislation, however, the directive must be interpreted in the light of the Treaty rules on the free movement of goods and in particular Article 36».

Domstolen uttalte altså at sekundærlovgivning som tilstrekkelig sikrer beskyttelse av de hensyn som vernes av EU-traktatens artikkel 36, skal anvendes som primært rettsgrunnlag, og ikke selve traktatsbestemmelsen. Sekundærlovgivningen må likevel tolkes «in the light of the Treaty rules».

Hva som ligger i dette utbroderes senere i dommen:

«Article 7 of the directive, like Article 36 of the Treaty, is intended to reconcile the fundamental interest in protecting trade mark rights with the fundamental interest in the free movement of goods within the common market, so that those two provisions, which pursue the same result, must be interpreted in *the same way*.

¹⁵³ Fredriksen & Mathisen, EØS-rett, 2014, s. 224

¹⁵⁴ Davids, Longstaff, Roughton, & Tritton, 2014, s. 1097

¹⁵⁵ Sml. 4.2.2 med 4.3.2.-4.3.5

¹⁵⁶ Sak C-427/93 Bristol-Myers Squibb v Paranova A/S (heretter Bristol-Myers)

The Court's case-law under Article 36 must therefore be taken as the basis [and this case-law] shows that Article 36 allows derogations from the fundamental principle of the free movement of goods within the common market only in so far as such derogations are *justified in order to safeguard the rights which constitute the specific subject-matter of the industrial and commercial property in question*.

[...]

There is nothing to suggest that Article 7 of the directive is intended to restrict the scope of that case-law. Nor would such an effect be permissible, since a directive *cannot justify obstacles to intra-Community trade save within the bounds set by the Treaty rules*».¹⁵⁷

Uttalensene kan tas til inntekt for at traktatsbestemmelsene gis forrang over sekundærretten gjennom at de setter klare formelle begrensninger for hvordan et direktiv kan tolkes, og at domstolens tolkning av primærretten derfor må være utgangspunkt for tolkningen av sekundærretten.

Domstolen uttaler også direkte at varemerkedirektivets konsumpsjonsregel ikke kan påvirke omfanget av den domstolsskapte konsumpsjonsregelen, ettersom denne bygger på en tolkning av primærretten.

Selv om dommen gjaldt varemerkedirektivets forhold til EU-traktatens artikkel 36, må det legges til grunn at det samme vil gjelde for opphavsrettsdirektivene.¹⁵⁸ Dette fordi uttalelsene må forstås som et naturlig utslag av primærrettens forrang, og at de henviser til det samme domstolsutviklede konsumpsjonsprinsippet som gjelder for opphavsretten så vel som for varemerkeretten.¹⁵⁹

4.4.3 Konsumpsjonsprinsippet i Usedsoft-dommen

I tråd med metodikken skissert i Bristol Meyer-saken, drøftet og avgjorde domstolen i Usedsoft-dommen konsumpsjonsspørsmålet etter en tolkning av edb-direktivets regel, og ikke direkte etter primærretten.

¹⁵⁷ Bristol-Myers avsnitt 25-27, mine kursiveringer

¹⁵⁸ Rognstad, 1997, ss. 853-854

¹⁵⁹ Punkt 4.2.1

Dommen inneholdt likevel en klar henvisning til det domstolsskape konsumpsjonsprinsippet ved å konstatere at et motsatt resultat ville innebære et omfang av spredningsretten som går «beyond what is necessary to safeguard the specific subject-matter of the intellectual property concerned»¹⁶⁰. Uttalelsen ga dermed et tydelig hint om at dersom edb-direktivet ikke kunne tolkes dithen at det åpnet for digital konsumpsjon, ville domstolen vurderte direktivets regel som inkompatibel med primærretten. Ettersom dette ikke var tilfellet, er det likevel uklart *hvordan* domstolen ville behandlet en slik situasjon.

Dommen viser likevel at domstolen fortsatt anvender konsumpsjonsprinsippet, noe som kan tyde på at de, under riktige omstendigheter, kan tillate digital konsumpsjon på tvers av opphavsrettsdirektivenes ordlyd.

4.4.4 Oppsummering

Fra drøftelsen over kan det trekkes tre sentrale poenger. For det første skal domstolen som hovedregel anvende sekundærrettens konsumpsjonsregler som det primære rettsgrunnlag selv om saksforholdet også aktualiserer EU-traktatens beskyttelse av fri bevegelse av varer og tjenester. Dette er i og for seg naturlig i lys av EU-systemets hierarki og at direktivene ofte vil være bedre egnet som harmoniserende modell for medlemsstatenes gjennomføring.

Dernest må sekundærrettens konsumpsjonsregel så langt det er mulig fortolkes til å samsvare med primærretten og dens tilhørende rettspraksis, ettersom førstnevnte tross alt ikke har rettslig legitimitet utover det som følger av primærretten.¹⁶¹ Til sist følger det forutsetningsvis av dette at dersom en slik harmoniserende tolkning ikke er mulig, må spørsmålet kunne løses med en utvidende tolkning av sekundærretten, eventuelt med direkte anvendelse av primærretten.¹⁶² Primærrettens konsumpsjonsprinsipp oppstiller altså enkelte absolutte grenser for sekundærrettens regler, både i positiv og negativ retning, sett fra rettighetshavers ståsted.¹⁶³

Selv om det konkrete saksforholdet i *Usedsoft*-dommen ikke ledet til motstrid mellom konsumpsjonsprinsippet og den aktuelle regelen, sender domstolen et tydelig signal ved å vise til at motsatt resultat ville «go beyond what is necessary to safeguard the specific subject-

¹⁶⁰ *Usedsoft* avsnitt 63

¹⁶¹ Davids, Longstaff, Roughton, & Tritton, 2014, s. 1203

¹⁶² *ibid.* s. 1142

¹⁶³ Rognstad, 1997, ss. 854, fotnote 44

matter of the intellectual property concerned». ¹⁶⁴ Uttalelsen kan vanskelig leses på noen annen måte enn at domstolen vil fravike eller tolke seg rundt eventuelle begrensninger av konsumpsjonsregelen som stiller rettighetshaver i en for sterk posisjon. ¹⁶⁵

4.5 Konklusjoner og betraktninger rundt EU-rettslig konsumpsjon

4.5.1 Konklusjoner

Basert på gjennomgangen av EU-rettens spredningsrett under punkt 3 og dens konsumpsjon under punkt 4.1-4.4, kan følgende konklusjoner trekkes:

Etter Usedsoft-dommen må det legges til grunn at opphavsrettsdirektivenes spredningsrett kan komme til anvendelse på digitale overføringer. ¹⁶⁶ Det er imidlertid enkelte holdepunkter knyttet til de ulike opphavsrettsdirektivene som taler for at deres konsumpsjonsregler kun gjelder for fysiske verkseksemplarer, noe som ville utelukke digital konsumpsjon. ¹⁶⁷

EU-domstolen har imidlertid gjennomgående tolket disse reglene med henblikk til et EU-rettslig konsumpsjonsprinsipp, utviklet på bakgrunn av EU-traktatens vern av fri bevegelse av varer. ¹⁶⁸ Etter Usedsoft-dommen må det nå legges til grunn at dette kan komme til anvendelse for digitale overføringer, noe som tilsier at EU-domstolen og EU-/EØS-landenes nasjonale domstoler må vurdere spørsmålet om digital konsumpsjon i lys av dette prinsippet. ¹⁶⁹

Ettersom konsumpsjonsprinsippet har høyere trinnhøyde enn direktivene, innebærer det at direktivenes regulering av digitale overføringer ikke kan gi rettighetshavere en sterkere rettighetsposisjon enn hva som kan begrunnes i opphavsrettens «særlige gjenstand», fordi opphavsretten i denne sammenheng er tolket til å innebære begrensninger av den frie bevegelse av varer og tjenester i EUs fellesmarked. ¹⁷⁰

¹⁶⁴ Usedsoft avsnitt 63

¹⁶⁵ Punkt 4.2.5

¹⁶⁶ Punkt 3.3 og 3.4.

¹⁶⁷ Punkt 4.3.6

¹⁶⁸ Punkt 4.2 flg.

¹⁶⁹ Punkt 4.2.3

¹⁷⁰ *ibid.* og 4.4.4

4.5.2 Avsluttende betraktninger

Forholdet mellom konsumpsjonsprinsippet og konsumpsjonsreglene skaper en rekke utfordringer på både EU-rettslig og nasjonalt plan. Et av disse er at konsumpsjonsprinsippet ser ut til å forutsette en dynamikk i sekundærreguleringen som kan komme i konflikt med hensynet til effektiv harmonisering av europeisk opphavsrett. Desto større rettslig handlingsrom på EU-nivå, desto større handlingsrom innad i medlemslandene og derav vanskeligere forhold for harmonisering.

Denne utfordringen kan likevel kompenseres for dersom EU-domstolen bruker direktivens ordlyd og formålsbetraktninger aktivt i vurderingen av opphavsrettens «særlige gjenstand», noe som kan lede til at det aldri vil oppstå noen reell motstrid. I praksis vil en slik fremgangsmåte sjelden by på noen retts tekniske problemer, ettersom en rekke av de hensyn som vil inngå i begrepet «særlige gjenstand» kan sies å være inntatt i generelle formålsbetraktninger i opphavsrettsdirektivens fortaler. Det kan til og med argumenteres for at opphavsrettens «særlige gjenstand» i seg selv rommer hensynet til harmonisering i EU-markedet, gjennom harmoniseringens antatte incentiverende virkning.

Problemet med resonnementet over er at, hvis domstolen hadde tenkt i de baner, kunne de like gjerne kommet til motsatt konklusjon i Usedsoft-dommen. Som enkelte forfattere har påpekt, ville et slikt resultat også kunne blitt oppnådd ved å tolke edb-direktivet i lys av de øvrige opphavsrettsdirektivene, noe domstolen selv påpeker at de kunne gjort.¹⁷¹ Dommen fremstår derfor som et tegn på at EU-domstolen ønsker å kunne anvende konsumpsjonsreglene på digitale overføringer, noe som gjør det vanskelig å spå hvordan problemstillingen kommer til å bli behandlet i fremtiden.

Dersom EU-domstolen ved en senere anledning tar steget videre og åpner for digital konsumpsjon ut fra hensynet til reglene om fri bevegelighet, er det imidlertid vanskelig å se hvordan de kan klare dette uten å betraktelig komplisere den opphavsrettslige rettstilstanden i EU-retten.

Dette vil resultere i en vanskelig vurdering av hvilke lisensavtaler mellom rettighetshavere og kunder som skal klassifiseres som «sale», noe som ikke gjøres enklere av at europeisk kjøpsrett ikke er harmonisert hva gjelder eierskap i digitale filer og at dagens ordninger i stor

¹⁷¹ Rognstad, 2014, ss. 4-9 og Usedsoft avsnitt 60

grad ser ut til å følge lisensieringsmodeller. Dette kompliseres ytterligere av det tekniske mangfoldet av distribusjonsmodeller som allerede finnes. Hvor lenge må en lisensavtale vare for at det er salg? Hvor stor/begrenset må kundens/rettighetshavers rådighet over det digitale verkseksemplaret være? Vil det ha noe å si om verkseksemplaret lagres offline eller i skyløsninger? For evigvarende lisensavtaler til offline bruk, som i Usedsoft-saken, er situasjonen noenlunde oversiktlig, men det er til gjengjeld nesten den eneste tenkelige situasjonen hvor dette er tilfelle. En løsning kan da være å slå fast at dette er de eneste tilfellene som regnes som «sale», og slik begrense disse utfordringene betraktelig.

I tillegg er det en rekke utfordringer i å knytte rettslige konsekvenser på EU-nivå til reell kommersiell verdi på internett, slik «særlig gjenstand»-resonnementet tilsynelatende forutsetter.¹⁷²

Veletablerte åndsverkprodusenter vil til en viss grad kunne forutse kommersielt potensial basert på tidligere salg og markedsanalyser, men det samme er langt vanskeligere for alle andre. Eksempelvis kan en etablert forfatter til en viss grad forutse hvor mye hans nye bok vil selge, og beregne opplagsstørrelse og markedsføringsstrategi deretter. I et teoretisk eksempel hvor e-bøker var underlagt effektive mekanismer som faktisk kunne begrense massekopiering og –spredning, ville det samme vært tilfelle.

I dag er det likevel en kjensgjerning at det aller meste av digitalt innhold *kan* kopieres og deles, også e-bøker. Normalsituasjonen for digitale verkseksemplarer er derfor, i hvert fall foreløpig, vesentlig annerledes enn i avsnittet over.

Markedsanalyser kan riktignok til en viss grad forutsi også e-boksalg, men en av internettets største fordeler ligger nettopp i potensialet for eksplosiv popularitet for gratis tilgjengelig innhold. For en hittil ukjent forfatter som plutselig opplever at hans 100 betalende lesere delte kopierte og delte videre deres e-bokfiler til én million ikke-betalende lesere, kan forfatteren vanskelig sies å ha fått passende godtgjørelse tilsvarende e-bokens kommersielle verdi.

I dette ligger også vanskeligheten med å vite hvor populær den samme e-boken ville vært om den ikke ble gjort fritt tilgjengelig. En av internettets fremste utfordringer for rettighetshavere er derfor å prise innhold riktig, altså å finne dets reelle kommersielle verdi. Denne utfordringen har EU-domstolen til en viss grad påført seg selv og EU- og EØS-landenes

¹⁷² Punkt 4.2.2

nasjonale domstoler ved å anvende konsumpsjonsprinsippet, med dets vurdering av opphavsrettens «særlige gjenstand», på digitale overføringer.¹⁷³

4.5.3 Veien videre for digital konsumpsjon

En stor andel av utfordringene som skisseres over kan muligens sies å allerede være avdempet gjennom at rettighetshavere nå i større grad fokuserer på distribusjonsmodeller hvor innholdet lagres på nett, og kun gis midlertidig tilgang til gjennom strømming og andre former for direktetilgang.¹⁷⁴ Slike distribusjonsmodeller, med mer midlertidighet og rådighet fra kundens side, og mer på rettighetshaversiden, vil trolig falle utenfor begrepet «sale», selv etter den brede forståelsen som er lagt til grunn i Usedsoft-dommen. En fortsatt utvikling mot slike modeller vil således kunne minske konsumpsjonsprinsippet og –reglenes betydning i fremtiden.

I tillegg tyder EU-kommisjonens arbeid med deres «Digital Agenda» og «Digital Single Market» på en forestående revisjon både av EU-rettens opphavsrett og enkelte tilknyttede kontraktsrettslige aspekter. I denne sammenheng har kommisjonen lagt frem to direktivforslag som er ment å harmonisere kontraktrettslige regler for «the supply of digital content and the online sales of goods». Forutsatt at disse direktivene vil medføre en kontraktsrettslig harmonisering som tydeliggjør skillet mellom salg av varer og avtaler om tjenester i relasjon til digitale verkseksemplarer, vil dette kunne avbøte på enkelte av utfordringene som skildres under punkt 4.5.2.¹⁷⁵

Kommisjonen har i tillegg lansert et ytterligere direktivforslag om «cross-border portability of online content services in the internal market», hvilket ikke ser ut til å berøre spørsmålet om digital konsumpsjon direkte. At kommisjonen utarbeider et eget direktiv rettet mot digitale tjenester, uten å berøre spørsmålet om konsumpsjon, kan tyde på at dette ikke er høyt på den legislative agenda.¹⁷⁶

Dette kan tyde på at den videre utviklingen blir styrt av EU-domstolens tolkning av de eksisterende direktivene, i hvert fall før en mer helhetlig opphavsrettslig reform blir

¹⁷³ Punkt 5.2

¹⁷⁴ Innenfor de kunstneriske uttrykk kan dette eksemplifiseres med fremveksten av strømmetjenester som f.eks. Spotify og Netflix, mens det samme kan sies om såkalte SaaS-modeller, «Software as a Service», hvor brukerne av programvaren ikke laster ned selve programmet, men gis tilgang til dette fra leverandørens servere.

¹⁷⁵ EU-kommisjonen, 2015

¹⁷⁶ Ibid.

gjennomført. Ytterligere klargjøring av konsumpsjonsregelen i edb-direktivet kan komme i den refererte C-166/15 Ranks and Vasiļevičs,¹⁷⁷ hvor domstolen skal ta stilling konsumpsjonsregelens anvendelse på ulovlig distribuerte digitale verk. Kanskje mer interessant er sak C-174/15 Vereniging Openbare Bibliotheken (VOB),¹⁷⁸ hvor domstolen har fått referert et spørsmål om hvorvidt spredningsretten i artikkel 4 (2) i opphavsrettsdirektivet kan tolkes til å omfatte nedlastbare e-bøker og et annet om forholdet mellom digitalt utleie og eksemplarframstillingsretten i samme direktiv.

Begge spørsmålene vil kunne kaste ytterligere lys på hvorvidt domstolen vil åpne for digital konsumpsjon også utenfor edb-direktivet.

¹⁷⁷ Request for a preliminary ruling from the Rīgas apgabaltiesas Krimināllietu tiesu kolēģija (Latvia) lodged on 13 April 2015

¹⁷⁸ Request for a preliminary ruling from the Rechtbank Den Haag (Netherlands) lodged on 17 April 2015

5 Betydningen av EU-rettens konsumpsjonsregler for tolkningen av åndsverkloven § 19

5.1 Innledning

Spredningsretten og dens tilhørende konsumpsjonsregel er formulert noe annerledes i den norske åndsverkloven enn tilsvarende regler i de nevnte opphavsrettsdirektivene og det som kan utledes fra EU-domstolens praksis. Etersom åndsverkloven er ment å gjennomføre nettopp de forpliktelsene som følger av nevnte direktiver, er spørsmålet om digital konsumpsjon i norsk rett likevel uløselig knyttet til det overfor behandlede innholdet i EU-retten.¹⁷⁹

5.2 EU-/EØS-rettens plass i norske domstoler

Norge undertegnet EØS-avtalen i 1992, hvis formål var å integrere EFTA-statene i EUs indre marked.¹⁸⁰ Avtalen er med rette omtalt som den største, mest kompliserte og rettslig sett mest inngripende folkerettslige avtalen noensinne har inngått.¹⁸¹

Innenfor rammene av denne avhandlingen er det særlig to forhold som er av betydning.

1. EØS-avtalens artikkel 7 innebærer at samtlige av de ovenfor nevnte opphavsrettsdirektivene er bindende for Norge og skal gjøres til en del av norsk rett.
2. EØS-avtalens protokoll 28 artikkel 2 fastslår uttrykkelig at det samme gjelder for det domstolsutviklede konsumpsjonsprinsippet.¹⁸²

Selv om EØS-avtalen pålegger Norge å etterleve disse forpliktelsene, har ikke disse direkte virkning i norsk rett.¹⁸³ Likevel pålegger avtalen norske domstoler en plikt om å strekke seg

¹⁷⁹ Direktivene er alle gjennomført i åndsverkloven, se (kronologisk): Ot.prp.nr.84 (1991-1992), Ot.prp.nr.80 (1996-1997), Ot.prp.nr.85 (1997-1998) og Ot.prp.nr.46 (2004-2005)

¹⁸⁰ Fredriksen & Mathisen, EØS-rett, 2014, s. 15

¹⁸¹ Ibid. s. 16

¹⁸² Rognstad, 1999, s. 365

¹⁸³ Rt. 2000 s. 1811 Finanger I (heretter Finanger I), s. 1826

«as far as possible» for å oppnå en EU-/EØS-konform løsning ved tolkningen av norske lovbestemmelser.¹⁸⁴ I Finanger I-dommen uttalte Høyesterett at denne plikten ikke går så langt at «klar motstrid mellom nasjonal rett og EØS-rett» kan tolkes bort og at plikten ikke kan anses å gå lenger enn det allerede etablerte presumpsjonsprinsippet i norsk rett.¹⁸⁵

I dette ligger det at eventuelle motstridsspørsmål må bero på «alminnelige tolkningsprinsipper», men at det i disse «inngår også de presumpsjonsprinsipp som kan sies å følge av EØS-rettens lojalitets- og konformitetskrav, og som gjør seg gjeldende med særlig styrke når den nasjonale lovgiver har gått ut fra at landets lov er i samsvar med EØS-retten».¹⁸⁶ Høyesterett uttalte også i Finanger I-dommen at gjennomslagskraften av presumpsjonsprinsippet vil avhenge av «karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til».¹⁸⁷

Hvor grensene for de «anerkjente tolkningsprinsipper» går, er imidlertid høyst usikkert. Ett eksempel finnes riktignok i den refererte Finanger I-dommen, hvor Høyesterett fant at den norske ordlyden og tilhørende forarbeider stengte for en EØS-konform løsning, med henvisning til at en slik løsning ville være «utenfor det som med rimelighet kan anses som tolkning av bestemmelsen». I den aktuelle sak ville den EØS-konforme løsningen innebære at en snever unntaksregel ble tolket om til lovens hovedregel.

Finanger I-dommen står imidlertid som en av svært få tilfeller hvor norske domstoler har konstatert en slik uforenelig motstrid mellom norsk rett og EØS-rett, og det er derfor vanskelig å si noe om hvor langt dette presumpsjonsprinsippet går i praksis.¹⁸⁸ Ifølge Fredriksens rapport til Europautredningen fra 2011, ble det kun konstatert motstrid i seks rettskraftige dommer i perioden fra EØS-avtalens inngåelse frem til januar 2011, av totalt 261 rettssaker hvor EØS-retten var relevant for den materielle løsningen av saken.¹⁸⁹ Blant disse var det riktignok bare i 42 saker at partene hadde gjort gjeldende at det var motstrid mellom norsk rett og EØS-rett.

Om dommer innenfor immaterialretten skriver Fredriksen at norsk rettspraksis «generelt etterlater [...] et bestemt inntrykk av et rettsområde som mer eller mindre er fullstendig

¹⁸⁴ Se f.eks Sak C-91/92 Dori (EU) og Sak E-1/07 Straffesak mot A (EFTA), avsnitt 39

¹⁸⁵ Finanger I s. 1830

¹⁸⁶ *ibid.* s. 1831

¹⁸⁷ *ibid.* s. 1329

¹⁸⁸ Fredriksen, 2011, s. 24

¹⁸⁹ Fredriksen & Mathisen, 2014, ss. 23-24

‘overtatt’ av EU/EØS-retten og hvor norske domstoler med største selvfølgelighet tolker loven i lys av praksis fra EU-domstolen». ¹⁹⁰

Fredriksens rapport kan selvsagt ikke tillegges noe rettskildemessig verdi, men den kan tas til inntekt for at norske domstoler har gitt seg selv et stor handlingsrom innenfor «de alminnelige tolkningsprinsipper» til å tolke norske lovregler til å samsvare EU-/EØS-retten, og dette kanskje spesielt innenfor det immaterialrettslige rettsområdet.

5.3 Åndsverklovens spredningsrett og dens konsumpsjon

5.3.1 Spredningsretten

I norsk rett er spredningsretten regulert i åndsverkloven § 2 som en del av en overordnet rett til å gjøre åndsverk «tilgjengelig for allmennheten». Etter bestemmelsens tredje ledd, bokstav a, regulerer spredningsretten situasjoner hvor «eksemplarer av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmenheten».

Selv om digitale overføringer klart nok falt inn under retten til å gjøre «tilgjengelig for allmennheten», har det vært diskusjoner i juridisk teori om hvorvidt disse faller under sprednings-, fremførings- eller visningsretten, eventuelt under flere av disse. ¹⁹¹

Diskusjonen ble tilsynelatende avsluttet ved gjennomføringen av EUs opphavsrettsdirektiv i 2004. I forarbeidet til endringsloven uttalte nemlig Kultur- og kirke departementet at «[i] likhet med [opphavsrettsdirektivet] gjelder eneretten til spredning bare [gjelder] åndsverk som er innarbeidet i et fysisk produkt som er gjenstand for omsetning som en vare», noe som forutsetningsvis ville utelukke digital konsumpsjon. ¹⁹²

Om Kultur- og kirke departementet avsluttet diskusjonen, må Usedsoft-dommen sies å ha gjenåpnet denne. Som gjennomgått under punkt 2.3, kan det etter Usedsoft-dommen

¹⁹⁰ Fredriksen & Mathisen, 2014, s. 55

¹⁹¹ Rogstad, 1999, s. 62 flg. mente at spredningsretten kun gjaldt fysiske verkseksemplarer, motsatt Wagle & Ødegaard jr., 1997, s. 177 flg.

¹⁹² Ot.prop.nr. 46 (2004-2005) s. 27

vanskelig avvises at *visse* digitale overføringer reguleres av spredningsretten, forutsatt at de innebærer en overføring av eiendomsrett.¹⁹³

Spørsmålet om åndsverklovens spredningsrett omfatter digitale overføringer vil, i lys av at ordlyden åpner for det og at forarbeidene direkte knytter den norske regelen til opphavsrettsdirektivets, avgjøres basert på hvordan norske domstoler tolker EU-retten, herunder *Usedsoft*-dommen. Som behandlet under punkt 2.4, taler dommen klart i favør at spredningsretten kan gjelde digitale overføringer. Spørsmålet om digital konsumpsjon blir da, som i EU-retten, om konsumpsjonsregelen i seg selv står i veien for dette.

5.3.2 Konsumpsjonsregelen

Konsumpsjonsregelen er inntatt i åndsverkloven § 19, hvor det heter at når «et eksemplar av et verk solgt med opphavsmannens samtykke, kan eksemplaret spres videre blant allmennheten. Det samme gjelder eksemplar av offentliggjorte verk og ethvert eksemplar av kunstverk eller fotografisk verk, som opphavsmannen på annen måte har overdratt».

For ikke-offentliggjorte verk gjelder altså et krav om at dette må være «solgt», mens for offentliggjorte verk er det tilstrekkelig at disse er «overdratt» på annen måte.

Ettersom eksemplarbegrepet i åndsverkloven for øvrig er teknologinøytralt, omfatter dette både fysiske og digitale verkseksemplarer.¹⁹⁴ Det kan derfor ikke leses noen begrensning mot digital konsumpsjon i ordlyden «eksemplar». På vilkårsiden av bestemmelsen gjenstår da bare «solgt [eller på annen måte overdratt] med opphavsmannens samtykke». Kunstverk og fotografiske verk behandles ikke nærmere her.

I merknader til bestemmelsen uttaler Kultur- og kirke departementet at:

«Som etter gjeldende rett omfatter ikke konsumpsjonsregelen tjenester, f.eks. ved at åndsverk tilbys ved direktekoblede tjenester. Levering av musikk over et nettverk innebærer derfor ikke at eventuelle kopier som fremstilles i den sammenheng omfattes av konsumpsjonsbestemmelsen».¹⁹⁵

¹⁹³ Punkt 3.3

¹⁹⁴ Rognstad, s. 152 opphavsrett

¹⁹⁵ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 149, tilsvarende på s. 27

Uttalelsene ser ut til å være knyttet til tolkningen av ordlyden «solgt» og muligens også «på annen måte overdratt». Problemstillingen er derfor tilnærmet lik som i EU-retten, gjennomgått under punkt 4.3.5, ettersom uttalelsen i meningsinnhold tilsvarer opphavsrettsdirektivets fortale, avsnitt 29.

Det kan imidlertid enkelt hevdes at problemstillingen kan løses uten henvisning til Usedsoft-dommen, ettersom ordlyden «solgt» forutsetter en tolkning av om det aktuelle kontraktsforholdet i realiteten er en kjøps- eller tjenesteavtale.

Mer problematisk er henvisningen til at «eksemplaret» kan spres videre, noe som tilsvarer direktivenes «that copy[/object]» I tillegg mangler også åndsverkloven et generelt unntak fra eksemplarframstillingsretten. Dette ser ut til å innebære at åndsverkloven må tolkes utvidende for at digital konsumpsjon skal være mulig.

En annen potensiell løsning kan imidlertid være å kompensere for ordlydens manglende kompatibilitet med Usedsoft-dommen med å bygge løsningen på et ulovfestet immaterialrettslig konsumpsjonsprinsipp, selv om det riktignok er høyst tvilsomt om et slikt kan sies å eksistere.¹⁹⁶

Uavhengig av hvordan det eventuelt gjøres, er det sterke holdepunkter for at norske domstoler må se utover åndsverklovens ordlyd og forarbeider for vurdere spørsmålet om digital konsumpsjon. Det mest åpenbare av disse er at EØS-avtalens hoveddel inneholder de samme reglene om fri bevegelse av varer og tjenester som EU-domstolen bygget sitt konsumpsjonsprinsipp på,¹⁹⁷ i tillegg til den eksplisitte inkluderingen av konsumpsjonsprinsippet i protokoll 28, artikkel 2.

Etttersom EU-domstolen foretok vurderingene i Usedsoft-dommen ut fra hensynet til prinsippet om den frie bevegelse av varer og tjenester, er det ingen grunn til at ikke norske domstoler skal gjøre det samme, ettersom disse hensynene ligger i kjernen av EØS-avtalen. I lys av EU-/EØS-rettens allerede sterke gjennomslagskraft i norsk rett, og dette særlig innenfor immaterialretten, er det god grunn til å tro at norske domstoler vil finne rom innenfor de «alminnelige tolkningsprinsipper» til å innfortolke en mulighet for digital konsumpsjon også i norsk opphavsrett.

¹⁹⁶ Rognstad, 1999, ss. 146-147

¹⁹⁷ Henholdsvis EØS-avtalens artikkel 11 (varer) og 36 (tjenester)

Litteraturliste og kildehenvisninger

Litteratur

- Cook, T. (2010). *EU Intellectual Property Law*. Oxford University Press.
- Davids, R., Longstaff, B., Roughton, A., & Tritton, G. (2014). *Tritton on Intellectual Property in Europe*. Sweet & Maxwell.
- Ficsor, M. (2002). *The Law of Copyright and The Internet - The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*. Oxford University Press.
- Fredriksen, H. H. (2011). *Europautredningen - Rapport nr. 3 - EU/EØS-rett i norske domstoler*. Utvalg for utredning av Norges avtaler med EU.
- Fredriksen, H. H., & Mathisen, G. (2014). *EØS-rett* (2. utg.). Fagbokforlaget.
- Gillen, M. (2014, Januar). The software Proteus – UsedSoft changing our understanding of software as ‘saleable goods’. *International Review of Law, Computers & Technology*, ss. 4-20.
- Gillen, M. (2015, Mai). Exhaustion - Harmonization by case law or the clarification of a long standing principle? *Journal of Internet Law*, ss. 16-29.
- Knoph, R. (1936). *Åndsretten*. Nasjonaltrykkeriet.
- Koktvedgaard, M. (1970). Konsumptionsprincippet indenfor immaterialretten. *Tidskrift utgivet af Juridiska Föreningen i Finland*.
- Krüger, K. (1999). *Norsk kjøpsrett*.
- Linklater, E. (2014). Usedsoft and the Big Bang Theory: Is the e-Exhaustion Meteor about to Strike? *JIPITEC*.
- Mezei, P. (2015). Digital First Sale Doctrine Ante Portas: Exhaustion in the Online Environment. *JIPITEC*.
- Oliver, P. J. (2010). *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*.
- Opdahl, R. O. (2015, 3). EU-domstolen fastslår at konsumpsjon gjelder den pågjeldende, fysiske gjenstanden. *Lov&Data*.
- Rognstad, O.-A. (1997). EØS-konsumpsjon av immaterialrettigheter: skrankene for EF- og EØS-rettslig regulering av nasjonal lovgiving. *Ånd og rett - festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-års dagen 19. august 1997*, 845-859.
- Rognstad, O.-A. (1999). *Spredning av verkseksemplar*. Oslo: Cappelen Akademiske Forlag.

- Rognstad, O.-A. (2003). Konsumpsjon og digitale overføringer. *Festskrift til mogens Koktvedgaard*, ss. 447-472.
- Rognstad, O.-A. (2009). *Opphavsrett* (1. utg.). Universitetsforlaget.
- Rognstad, O.-A. (2014). "Bruktsalg" av digitale filer? - noen refleksjoner. I D. W. Schartum, L. A. Bygrave, & A. G. Berge Bekken, *Jon Bing - En hyllest/A tribute* (ss. 335-341). Gyldendal Norsk Forlag A/S.
- Rognstad, O.-A. (2014). Legally Flawed but Politically Sound? Digital Exhaustion of Copyright in Europe after Usedsoft. *Oslo Law Review*(1), ss. 1-19.
- Ruffler, F. (2011). Is Trading in Used Software an Infringement of Copyright? The Perspective of European Law. *European Intellectual Property Review*.
- Schovsbo, J. (2010). Exhaustion of Rights and Common Principles of European Intellectual property law.
- Schønning, P., & Blomqvist, J. (2011). *International opphavsrett*. Jurist- og økonomforbundets forlag.
- Sejersted, F., Arnesen, F., Rognstad, O.-A., Foyen, S., & Kolstad, O. (2004). *EØS-rett*. Universitetsforlaget.
- Stamatoudi, I. A., & Torremans, P. (2014). *EU Copyright Law: A Commentary*. Edward Elgar.
- The New York Times. (2009, Juli 17). *Amazon Erases Orwell Books From Kindle*. Hentet fra The New York Times: http://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html?_r=0
- Torvund, O. (2004). *Forbrukerkjøpslovens anvendelse ved levering av digitale ytelser*. Hentet fra www.regjeringen.no: <https://lovdata.no/pro/JUS/torvund-o-2004-01>
- Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU. (2012). *NOU 2012: 2 - Utenfor og innenfor — Norges avtaler med EU*. Utenriksdepartementet.
- Wagle, A. M., & Ødegaard jr., M. (1997). *Opphavsrett i en digital verden*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag.
- Wiebe, A. (2009). The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction Between Digital Goods and Digital Services. *GRUR*.

Traktater

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community

WIPO Copyright Treaty

WIPO Performances and Phonograms Treaty

EU-direktiver

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified version)

Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version)

Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases

For- og etterarbeider til EU-direktiver

EU-kommisjonen. (1988). *COM (88) 172 final: Green Paper on Copyright and The Challenges of Technology - Copyright Issues Requiring Immediate Action*. Brussel.

EU-kommisjonen. (1992). *COM (92) 24 final: Proposal for a council directive on the legal protection of databases*.

EU-kommisjonen. (1995). *COM (95) 382 final: Green Paper - Copyright and Related Rights in the Information Society*. Brussel.

EU-kommisjonen. (1996). *COM (96) 568 final: Follow-up to the Green Paper on Copyright and Related Rights in The Information Society*. Brussel.

EU-kommisjonen. (1997). *COM (97) 628 final: Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society*. Brussel.

EU-kommisjonen. (2000). *COM (2000) 199 final - Report from the Commission to the Council, The European Parliament and The Economic and Social Committee - on the implementation and effects of Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs*. Brussel.

EU-kommisjonen. (2004). *COM (2004) 995 final: Commission Working Staff Paper - on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights*. Brussel.

EU-kommisjonen. (2006). *COM (2006) 226 final - Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (Codified version)*.

EU-Parlamentet. (2008). *Report on the proposal for a direktive of the European Parliament and of the Council on the legal protection of computer programs (codified version)*.

Norsk lovgivning

Lov om opphavsrett til åndsverk m.v (Åndsverkloven)

Norske lovforarbeider

Ot.prp.nr.84 (1991-1992) Om lov om endringer i lov 12 mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. og i enkelte andre lover som følge av EØS-avtalen

Ot.prp.nr.80 (1996-1997) Om lov om endringer i åndsverkloven

Ot.prp.nr.85 (1997-1998) Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser)

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

Rettspraksis

EU-domstolen:

Sak 26/62 Van Gend en Loos v. Administratie de Belastingen

Sak C-55/80 Musik-Vertrieb membran v. K-tel International

Sak C-92/92 Phil Collins v. Imtrat Handelsgesellschaft mbH m.fl

Sak C-427/93 Bristol-Myers Squibb v Paranova A/S

Sak C-337/95 Parfums Christian Dior SA v. Evora BV

Sak C-200/96 Metronome Musik GmbH v. Music Point Hokamp GmbH

Sak C-5/05 Infopac International A/S v. Danske Dagblades Forening

Sak C-456/06 Peek & Cloppenburg v. Cassina SpA

Sak C-128/11 Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp

Sak C-607/11 ITV Broadcasting Ltd m.fl. v. TV Catch Up Ltd

Sak C-466/12 Svensson m.fl. v. Retriever Sverige AB

Sak C-419/13 Art & Allposters International BV v. Stichting

EFTA-domstolen:

Sak E-1/07 Straffesak mot A

Norges Høyesterett:

Rt. 2000 s. 1811 Finanger I

