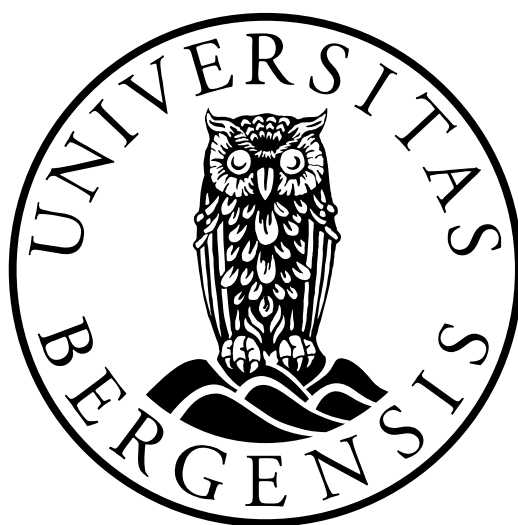


Digital konsumpsjon av programvare

Kandidatnummer: 200484

Rettleiar: Torger Kielland

Ord: 14398



JUS399 Masteroppgåve

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

30. mai 2014

Innholdsliste

1. INNLEIING	4
1.1. Tema	4
1.2. Problemstilling – utdjupeing og avgrensingar.....	5
1.3. Rettskjelder og metode	7
1.3.1. Rettskjeldebiletet.....	7
1.3.2. Særleg om EU-retten si betydning ved tolking av åndsverkloven.....	8
1.4. Vidare framstilling.....	9
2. OPPHAVSRETTSLEGE EINERETTAR OG KONSUMPSJONSREGELN	10
2.1. Omsyn og interesser	10
2.2. Opphavsmannen sine einerettar	10
2.2.1. Generelt	10
2.2.2. Spreiingsretten.....	11
2.2.3. Framføringsretten	12
2.2.4. Retten til eksemplarframstilling	13
2.3. Konsumpsjonsregelen – åndsverkloven § 19	15
2.4. Grunngevinga for konsumpsjonsregelen	17
2.5. Alternativ løysingsmodell – lisensbetraktningar	18
3. C-128/11 USEDSOFT GMBH v. ORACLE INTERNATIONAL CORP.....	20
3.1. Bakgrunn og problemstillingar	20
3.2. Spørsmålet om konsumpsjon av spreiingsrett	20
3.2.1. «first sale»	20
3.2.2. «copy»	22
3.2.3. Avgrensingar i åtgangen til vidareformidling - plaster på såret for programvareprodusentar.....	25
3.3. Spørsmålet om rett til eksemplarframstilling for sluttbrukaren.....	26
3.3.1. «Lawful acquirer»	26
4. DIGITALE OVERFØRINGAR – AVGRENSA KONSUMPSJONSREGEL KNYTT TIL FRAMFØRINGSRETTEEN?	27
4.1. Problemet.....	27
4.2. Foreslått løysing	27
4.2.1. Kan åvl § 19 gi heimel for konsumpsjon av digitale overføringar?.....	28
4.2.2. Digitale overføringar og forholdet til vilkåret «solgt» i åvl § 19	31
4.2.3. Digitale overføringar og forholdet til vilkåret «eksemplar» i åvl § 19	33

4.2.4.	Vilkår for å kunne nytte retten til vidaresal.....	36
4.2.5.	Retten til eksemplarframstilling for den som ønskjer å vidareformidle programvare?.....	37
4.3.	Ein avgrensa konsumpsjonsregel for framføringsretten knytt til digitale overføringar av programvare?.....	40
5.	AVSLUTTANDE MERKNADER	42
6.	LITTERATUR	44
	Juridiske fagbøker	44
	Juridiske artiklar	44
	Lover og lovførearbeid	45
	Direktiv og konvensjonar	46
	Rettspraksis	46
	Anna... ..	47

1. INNLEIING

1.1. Tema

Tema for avhandlinga er åtgangen til vidareformidling av programvare som opphavsmannen har gjort tilgjengeleg ved digital overføring. Den teknologiske utviklinga dei siste tiåra har for åndsverk medført at ein stadig større del av verksmengda er digitalisert. Dette har aktualisert nye distribusjonskanalar. Tidlegare skjedde overdragingar av verkseksemplar hovudsakleg gjennom overdragingar av fysiske medium, eller «berarar», som inneheldt den informasjonen ervervaren ønska seg. I dag er det meir vanleg at åndsverk vert overdratt ved digitale overføringar. Dette skjer anten ved aktiv overføring, gjennom e-post og liknande, eller ved at verket vert gjort tilgjengeleg for nedlasting for kunden på ei webside. Samtidig vert det inngått avtale om rett til nedlasting og bruk (lisens). I begge tilfelle fullførast overdraginga ved brukaren si eksemplarframstilling på eiga datamaskin.

I Norge er det mange verksemder som har kostbar programvare, erverva ved digital overføring, liggjande ubrukt. Dette kan vere fordi versjonane er utdaterte, fordi bemanninga er redusert grunna nedskjeringar, fordi verksemda har gått over til å nytte ei anna programvare levert av ein annan produsent, eller rett og slett fordi verksemda har gått konkurs. Programvaren har blitt rekna for å vere død kapital, fordi den ikkje har vore mogleg å realisere ved vidaresal. Avhandlinga tek sikte på å klarleggje om ein slik rettstilstand kan oppretthaldast.

I norsk rett har fysiske overdragingar og digitale overføringar tradisjonelt hatt ulik rettsleg klassifisering. Overdraginga av fysiske eksemplar har blitt rekna som spreiiing. Digitale overføringar, anten direkte via aktive overføringar, eller indirekte ved å stille verket til rådighet online, har blitt rekna som framføringar.¹ Det lokalt framstilte eksemplaret, ved nedlasting, har blitt rekna som ein del av ei teneste.² Både spreiiingsretten og framføringsretten høyrer til opphavsmannen sine einerettar, men det er berre spreiiingsretten som vert konsumert ved førte gangs utnytting, jf. åndsverkloven (heretter åvl) § 19.³ At spreiiingsretten er konsumert inneber at opphavsmannen ikkje lenger kan påberope seg sin eksklusive rett til verksformidling for å motsetje seg at andre vidareformidlar åndsverkeksplaret. Når digitale

¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 20-24.

² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 28.

³ Lov 12. mars 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk.

overføringer ikkje har aktualisert nokon konsumpsjonsregel, inneber dette at det ikkje er lovleg å vidareformidle verk ein har fått tilgang til ved slik distribusjon.

Den 3. juli 2012 avsa EU-domstolen dom i *UsedSoft*-dommen.⁴ Dommen utfordrar det tradisjonelle synet som har herska i Norge om konsumpsjon av retten til eksemplarspreiing, og gjer det særleg aktuelt å vurdere om konsumpsjonsreglar gjer seg gjeldande ved digitale overføringer av programvare. Dommen er såleis sentral for problemstillinga. I korte trekk godtok domstolen vidaresal av programvare, der den opphavlege overdraginga skjedde ved inngåing av tidsuavgrensa brukslisens og nedlasting av digitalt eksemplar frå programvareprodusenten si heimeside.

Temaet er svært aktuelt, og har også vore behandla tidlegare.⁵ Ved *UsedSoft*-dommen har imidlertid rettskjeldebiletet fått ein betydeleg tilvekst, og ei ny vurdering av spørsmålet er difor påtrengjande. For produsentar og leverandørar av programvare, som har ein forretningsmodell som baserer seg på digitale overføringer, er temaet særleg interessant. Ved å opne for digital konsumpsjon vil ein legge til rette for ein digital bruktnarknad for programvare. Dette vil gjere alle kundar til potensielle konkurrentar, eller til leverandørar for verksemder som baserer seg på vidaresal av brukt programvare. Programvareindustrien sel og lisensierer programvare for svært store summer kvart år, og ein bruktnarknad vil utgjere ein alvorleg trussel for salsvolumet og inntenningspotensialet til slike verksemder.⁶

1.2. Problemstilling – utdjuping og avgrensingar

Problemstillinga for denne avhandlinga er dermed om det kan stillast opp ein regel i norsk rett om konsumpsjon for digitale overføringer av programvare, og eventuelt kva som skal vere vilkåra for ein slik konsumpsjonsregel.

Spørsmålet om rett til vidareformidling i kraft av digital konsumpsjon rører ved sentrale opphavsrettslege problemstillingar. Ein regel om digital konsumpsjon avheng av korleis ein skal klassifisere digitale overføringer i høve åvl § 2, og korleis ein skal avgrense konsumpsjonsregelen i åvl § 19. Det tradisjonelle synet er at ei digital overføring inneber at verket er gjort «tilgjengelig for allmennheten» ved at det «fremføres offentlig», jf. åvl § 2 tredje ledd bokstav c. Konsumpsjonsregelen i § 19 har berre knytt seg til spreining av fysiske

⁴ Sak C-128/11 (*UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp.*)

⁵ Til dømes Rognstad (2003) side 447-472.

⁶ Helset m.fl. (2009) side 424.

verkseksemplar. Det er interessant å vurdere om UsedSoft-dommen må medføre ei endring av desse oppfatningane.

Ved utforminga av ei løysing er det verdt å merke seg at fleire teoretikarar har åtvare mot å sjå konsumpsjonsprinsippet som eit dogme, og at ein ikkje utan vidare kan utleie slutningar frå generelle omgrep (såkalla omgrepsjursprudens).⁷ Det er tatt til orde for at konsumpsjonsprinsippet må sjåast som ein «rettsteknisk løsningsmodell», eller ein «terminologisk rekvisit», som må nyttast for å realisere formålet bak regelen om avgrensing av opphavsmannen sin einerett.⁸

I denne avhandlinga vil det bli vurdert om det er mogleg å tolke åvl § 19 utvidande, til også å omfatte digitale overføringar, slik at konsumpsjonsregelen gjer seg direkte gjeldande. I denne drøftinga må det vurderast om ei digital overføring inneber at eit «eksemplar» er «solgt», jf. første ledd i føresegna. Ein bekreftande konklusjon på dette spørsmålet vil vere i strid med den gjeldande oppfatninga knytt til framføring av åndsverk. Løysinga vil slå ut ein grunnleggjande skiljevegg mellom framføringsretten og spreingsretten, både på vilkårssida og rettsfølgjesida, ved at vilkåra for kva som skal reknast som spreing vert utvida, samstundes som følgjene av ei framføringshandling vert utvida. Til tross for denne prinsipielle åtskiljinga, er det interessant å vurdere om det er mogleg, og hensiktsmessig, og oppnå rettsleg likehandsaming av situasjonar som i stor grad liknar kvarandre. Dette er komplekse problemstillingar, og det er difor naudsynt å gå i djupna på det grunnleggjande skiljet mellom desse to opphavsrettslege einerettane i ei avhandling om spørsmålet om digital konsumpsjon. Det er også naudsynt å gjere greie for konsumpsjonsregelen, då denne er sentral ved løysinga på problemstillinga.

Ei sentral underproblemstilling i avhandlinga knyt seg til vilkåra for å eventuelt tillate vidareformidling av programvare som opphavsmannen har overført digitalt. Herunder står reglane om eksemplarframstilling sentralt. Ei digital overføring av programvare vil ikkje ha nokon realitet utan at det også eksisterer ein rett til eksemplarframstilling for sluttbrukaren. Ved digitale overføringar skjer det berre ei overføring av data som set mottakaren i stand til å framstille lokalt eksemplar. Også den som ønskjer å vidareformidle programvare i kraft av konsumpsjon, altså ikkje sluttbrukaren, må ha ein rett til eksemplarframstilling.⁹ I denne

⁷ Riis, Schovsbo og Udsen, (2013) side 457-479, på side 475 med vidare tilvisingar.

⁸ Rognstad (2003) side 448 flg, og Koktvedgaard (1970) side 227, på side 228 og 242.

⁹ Sjå punkt 3.2.3. og 4.2.4.

samanheng kan det nemnast at lovgjevinga inneheld ei utfordring. Dette spørsmålet vil bli særleg handsama under punkt 4.2.5.

Sjølv om avhandlinga vil halde seg til løysinga på problemstillinga i norsk rett, vil det gå klart fram av framstillinga at det er naudsynt å sjå hen til framand rett. EU-retten, og særleg EU-domstolen si avgjersle i UsedSoft-dommen, vil vere sentral i løysinga av problemstillinga. Grunna det nokså samansette rettskjeldebiletet vil det i fortsetjinga bli gjort kort greie for rettskjelder og metode knytt til spørsmålet om digital konsumpsjon av programvare.

1.3. Rettskjelder og metode

1.3.1. Rettskjeldebiletet

Åndsverkloven er det sentrale lovverket innan opphavsretten. Denne erstatta 1930-lova, og hadde som uttalt mål å oppnå nordisk rettseinskap på det opphavsrettslege rettsområdet.¹⁰ Lova har gjennomgått store endringa sidan vedtakinga, særleg i 1995 og under den omfattande lovrevisjonen i 2005. Denne revisjonen gjennomførte InfoSoc-direktivet; eit horisontalt direktiv som regulerer heile opphavsrettsområdet, særleg i lys av den teknologiske utviklinga.¹¹ Dette direktivet gjennomfører blant anna WIPO Copyright Treaty, som er den viktigaste internasjonale konvensjonen om opphavsrett. Grunna dette store endringsarbeidet på midten av 2000-talet, er Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) det viktigaste lovførearbeidet ved tolkinga og forståinga av åndsverkloven.

Det har kome ei rekke spesialdirektiv av betydning for norsk opphavsrett. Programvaredirektivet frå 2009 er av særleg interesse for problemstillinga i denne oppgåva.¹² Dette direktivet vidareførte edb-direktivet frå 1991, og gav etter lovgjevar si meining ikkje grunn til endringar i norsk lov. Lovgjevar meinte det eksisterande lovverket var dekkande, då det er få ulikskapar mellom dei to versjonane. Programdirektivet er relativt nytt, og er ikkje kommentert særleg i norsk rettslitteratur.

Spørsmålet om konsumpsjon av digitale overføringar har ikkje vore til behandling i norske domstolar, og er gjenstand for sparsam merksemd i norsk rett. Dette aukar viktigheita av det internasjonale rettsmaterialet som føreligg. Det fellesnordiske lovsamarbeidet ved vedtakinga av åndsverkloven medførte at dei opphavsrettslege regelverka i dei nordiske landa vart

¹⁰ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) side 4 flg.

¹¹ Direktiv 2001/29/EF om opphavsrett i informasjonssamfunnet.

¹² Direktiv 2009/24/EF om rettsleg beskyttelse av dataprogram.

tilnærma identiske. Spørsmålet er blitt via større merksemd i dansk rettslitteratur, men det er særleg EU-retten som kan belyse problemstillinga. At Danmark er medlem av EU, og difor kanskje meir oppdaterte på dette rettssystemet, styrkar den rettleiande betydninga deira ved den norske løysinga av opphavsrettslege problemstillingar som har ei side mot EU-retten.

1.3.2. Særleg om EU-retten si betydning ved tolking av åndsverkloven

Sjølv om opphavsretten i hovudsak er territorial, har rettsområdet alltid hatt eit internasjonalt preg. Dette skuldast at verk som er opphavsrettsleg beskytta ikkje alltid har eit geografisk avgrensa bruksområde. Eit bilde, ein song, eit dataprogram eller ei bok vil ofte ha nytteverdi i fleire land. Harmoni og konsekvens i retten, på tvers av landegrensar, er difor særleg viktig for opphavsretten sin del. I den digitale tidsalder har behovet for internasjonal rettsharmoni blitt enda tydelegare, og det er viktig å trekkje inn utanlandsk og internasjonalt rettskjeldemateriale ved tolkinga av norsk opphavsrett. Særleg må dette gjelde når nye problem oppstår, som ikkje finn si umiddelbare løysing i den nasjonale retten. Dette er tilstanden når det gjeld konsumpsjon av digitale overføringar.

Det omfattande lovarbeidet som er lagt ned internasjonalt, særleg gjennom EU-samarbeidet, er ein konsekvens av det stadig veksande behovet for internasjonal rettsharmoni. Resultatet er at den juridiske metoden har endra seg. Dei aller fleste rettsområde er påverka av internasjonal rett, og fleire og fleire spørsmål må løysast meir eller mindre direkte på grunnlag av denne. Arnesen og Stenvik er presise når dei skriv at:

«[d]en som skal orientere seg i det rettslige landskapet, må [...] i stadig større grad bevege blikket ut over det nasjonale rettssystemet, og den som vil trenge til bunns i de mest tvilsomme spørsmålene, må ofte foreta temmelig omfattende undersøkelser av fremmed rettsstoff.»¹³

Målet om å oppnå nordisk rettseinskap har den seinare tid kome litt i bakgrunnen, etter Norge si tilslutning til EØS, og dei øvre nordiske landa sitt EU-medlemsskap. Det grunnleggjande formålet med EU og EØS er å skape ein marknad på tvers av landegrensar for fri flyt av varer, tenester, arbeidskraft og kapital. Dette søkjast oppnådd ved regional harmonisering av retten, også opphavsretten. Etter EØS-avtalen art. 7 er Norge bunden til å implementere EU-rettslege direktiv og forordningar. Direktivkonform tolking har blitt viktigare for den norske rettsbrukaren enn omsynet til nordisk rettseinskap, og EU-retten har difor fått ei betydeleg

¹³ Arnesen og Stenvik (2009) side 14.

rolle ved tolking av åndsverkloven. Eit moment som styrkar rettskjeldeverdien av EU- og EØS-reglane er at dei er gjenstand for tolking av EU-domstolen og EFTA-domstolen. Etter kvart kan ein dermed få nokså god rettleiing om innhaldet i reglane, slik at desse kan tene som sjølvstendige argument for korleis føresegnene i åndsverkloven bør tolkast.¹⁴

1.4. Vidare framstilling

Løysinga på problemet knytt til digital konsumpsjon som vil bli skissert i denne avhandlinga, inneber ei utvisking av skiljet mellom framføringsretten og spreingsretten, samt ei utviding av området for konsumpsjonsregelen i åvl § 19. Grunna kompleksiteten i desse spørsmåla er det naudsynt å gjere greie for opphavsrettslege grunnstrukturar. Dette vil bli gjort under punkt 2.

Ei alternativ løysing på spørsmålet om digital konsumpsjon, som er særleg forfekta av Rognstad, vil bli presentert under punkt 2.5.¹⁵ Dette er ein løysingsmodellen som byggjer på lisensbetraktningar, og gjer det ikkje naudsynt med ei ny definering av sentrale delar av opphavsretten. Etter UsedSoft-dommen har imidlertid denne løysingsmodellen mista mykje av si betyding. Sidan det er UsedSoft-dommen som først og fremst aktualiserer problemstillinga, sjølv om temaet var drøfta før denne, vil denne stå sentralt ved løysinga av spørsmålet. Ei nokså grundig utgreiing av dommen vil bli føretatt under punkt 3.

Kjernen i avhandlinga er åtgangen etter norsk rett til å vidareformidle programvare som er overført digitalt. Hovudtyngda i oppgåva ligg difor under punkt 4, der vilkåra for konsumpsjon vil bli utførleg behandla. Dette gjeld både dei tradisjonelle vilkåra etter konsumpsjonsregelen i åvl § 19, og nye vilkår som vil måtte introduserast ved ei utviding av rekkevidda til denne regelen. Opphavsmannen sin visningsrett vil ikkje bli omtalt, heller ikkje problema knytt til parallellimport av åndsverk og overdraging av opphavsrett. Sjølv om det er viktig for å kunne fastslå rekkevidda av opphavsmannen sine einerettar kontra privatpersonar sin rett til verksutnytting utan tillating, vil det grunna oppgåva sitt omfang heller ikkje bli gjort greie for skiljet mellom det ålmenne og private området i opphavsretten.

¹⁴ Rognstad (2009) side 55.

¹⁵ Rognstad (2009) side 187 og Rognstad (2003) side 464 flg.

2. OPPHAVSRETTSLEGE EINERETTAR OG KONSUMPSJONSREGELEN

2.1. Omsyn og interesser

Det overordna formålet for dei opphavsrettslege reglane er å gi incentiv til kreativ nyskaping for verksemder og einskildpersonar, og på denne måten legge til rette for optimal produksjon av åndsverk til gode for samfunnet. Dette målet søkjast nådd ved at lova vernar opphavsmannen sine økonomiske og ideelle interesser, ved å fastsetje eksklusive utnytingsrettar, rett til å bli namngitt når andre gjer lovleg bruk av verket, og ein generell «respektrett» mot krenkande utnytting, jf. åvl §§ 2 og 3.¹⁶ Samtidig må ikkje vernet av opphavsmannen sine interesser vere så sterkt at incentiva til åndsproduksjon vert svekka, eller at det går ut over samfunnsnytta. Opphavsmannen sine interesser må avvegast mot ålmenta sine interesser, særleg behovet for verkstilgang, folkeopplysing, omsynet til ytingsfridommen og omsynet til privatlivets fred. Allereie i lovførearbeida til åndsverkloven av 1930 blei det uttalt at opphavsmenn ikkje «kan heve sig over de begrensninger som samfundshensynet med styrke tilsier», noko som også er gjenteke ved seinare lovførearbeid.¹⁷ Denne interesseavveginga mellom opphavsmannen og ålmenta har blitt kalla det opphavsrettslege rasjonale, og det har i norsk rett blitt vektlagt at opphavsretten ikkje skal fortrenge andre viktige samfunnsinteresser.¹⁸ Balansedraginga er dels gjennomført ved åndsverkloven kapittel to, som gir reglar om avgrensing av opphavsretten, men må også søkast oppnådd gjennom tolking og praktisering av dei øvre reglane i lova.

2.2. Opphavsmannen sine einerettar

2.2.1. Generelt

Åndsverkloven § 2 første ledd uttalar at opphavsmannen har einerett til å råde over verket «ved å framstille varig eller midlertidig eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten». Denne økonomiske eineretten har ei positiv og ei negativ side, ved at opphavsmannen sjølv har ein råderett og at han kan nekte andre å råde over verket utan samtykke. I § 2 tredje ledd bokstav a til c er det presisert at verket vert gjort tilgjengelig for ålmenta når det «spres», «vises» eller «fremføres» offentleg. Vi talar difor om ein

¹⁶ Rognstad (2009) side 203 flg.

¹⁷ Innst. 1925, på side 14

¹⁸ Rognstad, (2009), side 33-34.

spreiingsrett, visningsrett og framføringsrett. I samband med gjennomføring av InfoSoc-direktivet var det diskutert å innføre overføringar som ein fjerde kategori av tilgjengeleggjering av verk.¹⁹ Etter art. 3(1) i InfoSoc-direktivet har opphavsmannen einerett til overføring til ålmenta («communication to the public») i tråd eller trådløst, herunder å stille verk til rådighet på ein slik måte at brukaren har tilgang til verket frå ein stad, og på eit tidspunkt, som brukaren sjølv vel. I norsk og dansk rett var løysinga å behalde dei tre eksisterande kategoriane, slik at overføringar inngår som ein del av framføringsomgrepet. I Sverige og Finland blei overføringar introdusert som ein eigen, eksklusiv rett for opphavsmannen.

Dei tre underkategoriane må lesast og forståast ut frå den overordna formuleringa, nemleg å gjere verket tilgjengeleg for ålmenta. Kva som er det nærare innhaldet i spreingsretten, framføringsretten og visningsretten kan vanskeleg utleiast frå hovudomgrepet, men i NUT-1950-1 s. 11, med vidare tilvising til Knoph, Åndsretten, 1936 side 92-93 blei det uttalt at opphavsmannen sin rett til å gjere verket tilgjengeleg for ålmenta omfattar:

«en hvilken som helst måte hvorved allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis, således f.eks. ved utgivelse, offentlig opplesning, fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon og videre gjengivelse gjennom høytaler.»

Uttalen må lesast i lys av nyare teknologiutvikling og moderne måtar for verksutnytting, men det kan utleiast at både spreingsretten, visningsretten og framføringsretten må strekkjast utover si naturlege tolking for å kunne romme dei ulike måtane eit verk kan utnyttast på.

2.2.2. Spreiingsretten

Spreiingsretten gir opphavsmannen ein eksklusiv rett til å utnytte verket ved at det «frembys til salg, utleie eller utlån eller på annan måte spres til allmennheten», jf. § 2 tredje ledd bokstav a. Spreiingsretten har eit klart utgangspunkt i norsk rett. Det er tale om at innehavinga av eit fysisk verkseksemplar vert overdratt. Ved revisjonen av åndsverkloven i 2005, blei det gjort klart at «eneretten til spredning [gjelder] bare åndsverk som er innarbeidet i et fysisk produkt som er gjenstand for omsetning som en vare.»²⁰ Ei tilsvarande forståing er lagt til grunn i punkt 29 i fortalen til InfoSoc-direktivet, kor det er slått fast at spreiiing berre gjeld overføring

¹⁹ Rognstad (2009) side 151

²⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 27.

av åndsverk som er «incorporated in a material medium.». Tilsvarende syn er også lagt til grunn i dei forklarande merknadane til WIPO Copyright Treaty art. 6 og 7.²¹

Rognstad framhevar ulikskapen mellom denne situasjon, og situasjonen der opphavsrettsleg beskytta materiale vert overført i digitale nett.²² Ei digital overføring inneber ikkje noko disponering over eksemplar, men er ei overføring av data som gjer det mogleg for mottakaren å framstille eige eksemplar, typisk ved nedlasting. Ei slik tilgjengeleggjering har i norsk rett blitt rekna for å vere ei framføring.²³ Framføringsretten vil bli gjort greie for nedanfor i punkt 2.2.3.. Det er usikkert om det tradisjonelle synet om at spreieing er strengt avgrensa til overdragingar av fysiske eksemplar kan oppretthaldast etter EU-domstolen si avgjersle i UsedSoft-dommen. Som Rognstad også framhevar, kan det ofte førekomme situasjonar der spreieing og digitale overføringar bygger på, og ber med seg, dei same realitetane i så stor grad at det kan rettferdiggjere ei lik rettsleg behandling.²⁴ Den typiske situasjon, som er særleg aktuell for denne framstillinga, er kor datamaskinprogram vert levert over nettet i staden for over disk. Ettersom det er spreieingsretten som vert konsumert ved første gangs utnytting etter åvl § 19, og framføringsretten ikkje har nokon tilsvarende konsumpsjonsregel, er grensedraginga mellom spreieing og framføring sentral for spørsmålet om konsumpsjon av digitale overføringar.

2.2.3. Framføringsretten

Opphavsmannen sin rett til å gjere verket tilgjengeleg for ålmenta omfattar etter åvl § 2 tredje ledd bokstav c også den situasjon der «verket fremføres offentlig». I same føresegn sitt fjerde ledd er det presisert at:

«Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.»

Framføringsomgrepet omfattar langt meier enn «live-framføringar», som den ikkje-opphavsrettskunnige lesar umiddelbart vil tenke på. I tillegg til direkte framføringar, omfattar retten også indirekte framføringar ved tekniske hjelpemiddel og overføringar til ålmenta gjennom databaserte nettverk. Framføringsomgrepet i norsk rett omfattar meir enn tilsvarende uttrykk i dei fleste andre land sine opphavsrettsloven, samt internasjonale konvensjonar. Berre

²¹ http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456 (sist besøkt 8. mai 2014).

²² Rognstad (2009) side 159-160.

²³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 24.

²⁴ Rognstad (2009) side 160.

dansk rett inneheld eit tilsvarande vidt framføringsomgrep.²⁵ Ettersom det er digitale overføringer som er tema for framstillinga, er det presiseringa av framføringsomgrepet i fjerde ledd som er gjenstand for behandling.

For overføringer til ålmenta skil Rognstad mellom «aktive overføringer» og «tilrådigheitsstillelse».²⁶ Dei aktive overføringane kjenneteiknast av at dei vert initiert av avsendaren, anten det er som overføring av kringkastingssendingar i digitale nett, andre former for «streaming» eller gjennom e-postsendingar med tekst og vedlegg. At verk vert stilt til rådighet på ein slik måte at brukaren sjølv kan velje tid og stad for tilgangen vil typisk gjelde den situasjon der åndsverk vert lagt ut på websider på Internett. Verket vil vere stilt til rådighet uavhengig av om det vert lasta opp på eksterne tenestemaskiner kopla til internett (serverar), eller om ein «opnar» si eiga datamaskin for ålmenta, såkalla «peer-to-peer-fildeling». Etter dette er det klare utgangspunkt i norsk rett at digitale overføringer er omfatta av framføringsretten, og såleis ikkje vert konsumert ved første gangs utnytting. I utgangspunktet er det difor stengt for vidare utnytting av verk ein har fått tilgang til gjennom slike overføringer. I punkt 4 vil det likevel bli vurdert om dette er ein rettsstilstand som kan oppretthaldast, særleg i lys av UsedSoft-dommen.

Utlekking av lenkar, som om lag alltid vil vere ein del av handlingsbiletet i tilfelle kor verk vert stilt til rådighet på websider, er det sterkast haldepunkt for å hevde ikkje er omfatta av framføringsretten i norsk rett. Det kan visast til Rt. 2005 s. 41 (Napster), som gjaldt ei netteneste som besto av lenker til ulovleg opplasta mp3-filer. Høgsterett valde å ikkje sjå utlegging av lenker som ei tilgjengeleggjering av dei musikalske verk, men kom til at utlegginga måtte reknast som ulovleg medverknad til opplastaren sitt rettsbrot. I Svensson-dommen var det tale om utlegging av lenkar til nyheitsartiklar på andre websider.²⁷ EU-domstolen kom til at det ikkje var ei krenking av framføringsretten dersom lenkene var retta mot same publikum som ved den opphavlege utlegginga av materialet. Problemstillinga skal ikkje forfølgjast vidare i framstillinga.

2.2.4. Retten til eksemplarframstilling

Åndsverkloven § 2 første ledd gir opphavsmannen ein eksklusiv einerett til å «råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det». Føresegna sitt andre ledd utdjuvar dette, og bestemmer at «også overføring til innretning som kan gjengi verket»

²⁵ Rognstad, Opphavsrett (2009) side 177.

²⁶ Rognstad, Opphavsrett 2009 side 178.

²⁷ EU-domstolen, sak C-466/12 (*Svensson m.fl. mot Retriever Sverige AB*).

vert rekna som eksemplarframstilling. Føresegna blei endra ved lovrevisjonen i 2005, og den digitale utnyttinga var ein av hovudårsakene til presiseringa av eksemplarmgrepet.²⁸ Føresegna er meint å gjennomføre InfoSoc-direktivet art. 2 som omhandlar retten til «reproduction».

Retten til eksemplarframstilling er uløyselig knytt til spørsmålet om konsumpsjon av digitale overføringer.²⁹ Det som vert sendt eller stilt til rådvelde ved overføring er ei samla mengde data, og ikkje eit fysisk, brukeleg medium. Utan ein rett for sluttbrukaren til å foreta ei eksemplarframstilling, i form av nedlasting, vil den digitale overføringa vere utan nokon realitet, og ein konsumpsjonsregel knytt til digitale overføringer vil vere illusorisk. Spørsmålet om rett til eksemplarframstilling er også viktig for den som ønskjer å vidareformidle verk, meir om dette særleg under punkt 4.2.5.

For å fastslå omfanget av retten til eksemplarframstilling er det naudsynt med ein definisjon av eksemplarmgrepet. Som eksemplar reknast ei kvar form for fiksering av eit åndsverk, både papirkopiar, modellar, arbeidsteikningar, lydopptak, kassetar, CD-ar, osv., men også utstyr som kan gjengi verket.³⁰ Frå definisjonen kan det utleiast tre sentrale trekk for kva som kan reknast for å vere eksemplar: For det første er omgrepet media- og teknologinøytralt. Dermed er det ikkje berre fysiske framstillingar av verket som er omfatta av opphavsmannen sin einerett. Digitale kopiar, som er nedlasta, vil også vere eksemplar etter åvl § 2. For det andre omfattar eksemplar ikkje berre den fikserte utgåva, men også utstyr og innretningar som kan nyttast ved ny framstilling, og for det tredje omfattar eksemplarmgrepet attgjevingar i anna skikkelse eller teknikk enn originaleksemplaret. Om opphavsmannen har opphavsretten til ei bok, kan ikkje andre utan vidare lovleg framstille lydbøker med det same innhaldet.

Den eksklusive eineretten til eksemplarframstilling er imidlertid så uthøla i åndsverkloven sine øvre føresegner at det er meir treffande å tale om ein avgrensa einerett. Etter åvl § 12 første ledd kan eksemplar av offentleggjorde åndsverk «fremstilles til privat bruk» under føresetnad om at eksemplarframstillinga «ikke skjer i ervervsøyemed». I andre ledd bokstav b er det presisert at føresegna ikkje gjeld for «maskinlesbare eksemplar av datamaskinprogram», og føresegna er difor ikkje interessant for problemstillinga i denne oppgåva. Det same gjeld § 11a som gir rett til «tilfeldige eller forbigående framstilling av

²⁸ Rognstad, Opphavsrett (2009), side 152-153.

²⁹ Riis, Schovsbo og Udsen (2013) side 457-479, på side 458 og 470

³⁰ Rognstad (2009) side 152. Jf. også SOU 1956:25 side 92-93 (Den svenske opphavsretts komiteen – auktoritetskommitten)

midlertidige eksemplar» når dette skjer som ledd i ein teknisk prosess for å mogleggjere lovleg bruk av verket eller gjennom «caching» på tenesteleverandøren sine serverar ved digitale overføringar.

Ein eigen heimel for eksemplarframstilling av programvare finnast i åvl § 39h. Denne er interessante for problemstillinga, då EU-domstolen i UsedSoft-dommen kom til at den som skal kunne foreta digitale vidareformidling av programvare må ha rett til å foreta eksemplarframstilling.³¹ Føresegna i åvl § 39h første ledd lyder:

«Den som har rett til å bruke et datamaskinprogram, kan fremstille eksemplar av, endre og bearbeide programmet i den utstrekning det er nødvendig for å bruke programmet i samsvar med dets formål, herunder også for å rette feil i programmet.»

Føresegna blei introdusert ved lovendring i 1992, og svarar til Programvaredirektivet art. 5(1) som gir ein tilsvarande rett til eksemplarframstilling for den som må klassifiserast som ein «lawful acquirer».

2.3. Konsumpsjonsregelen – åndsverkloven § 19

Konsumpsjonsregelen i åvl § 19 er ei presisering av opphavsmannen sin spreingsrett. Den er så viktig, og har eit så stort omfang at det er mest riktig å tale om ein avgrensa spreingsrett. At spreingsretten vert konsumert inneber kort sagt at innehavaren av opphavsrett ikkje kan påberope seg sin rett til å hindre vidare omsetjing av eit bestemt verk, når dette er lovleg seld.³² Ved introduksjonen av spreing som ein av opphavsmannen sine eksklusive rettar var det frykt for ein altfor sterk einerettsposisjon. Konsumpsjonsregelen skulle avbalansere opphavsmannen si sterke stilling.³³ Dei nordiske lovgjevarane var sterkt inspirert av tysk rett og terminologi. I tysk rett blei konsumpsjonsprinsippet utvikla med sikte på å presisere forholdet mellom opphavsmannen og den som erverva eit eksemplar, først og fremst av Joseph Kohler på starten av 1900-talet, for å grunngi ein ålmenn spreingsrett.³⁴ Tilsvarande

³¹ Sjå punkt 3.2.3.

³² Schovsbo og Rosenmeier (2013) side 229 flg.

³³ Rognstad (1999) side 35-36.

³⁴ Riis, Schovsbo og Udsen (2013) side 457-479, på side 459-460. Jf. også Jens Schovsbo (2001), og Joseph Kohler (1907)

reglar om konsumpsjon kan finnast på andre immaterielle rettsområde i patentloven § 3 tredje ledd nr. 2, designloven § 12 og varemerkeloven § 6.³⁵

Åndsverkloven § 19 første ledd første setning angir vilkåra for konsumpsjon av spreingsretten, og lyder:

«Er et eksemplar solgt med opphavsmannens samtykke, kan eksemplaret spres videre blant allmennheten.

For oppgåva si problemstilling, konsumpsjon av digitale overføringar, er det fleire av vilkåra om er interessante. For det første må det vurderast i kva situasjonar av digitale overføringar ein kan seie at eit eksemplar er «solgt». For det andre må det vurderast om den informasjonen som vert disponert over ved digitale overføringar kan reknast for å vere «eksemplar» i konsumpsjonsregelen si tyding.

Føresegna fekk si noverande utforming ved lovrevisjonen i 2005. InfoSoc-direktivet, som lovarbeidet tok sikte på å gjennomføre, inneheld ein konsumpsjonsregel for spreingsretten som er avgrensa til spreing av verkseksemplar som er inkorporert i fysiske produkt, jf. art. 4(2) og punkt 29 i fortalen til direktivet. Dette er også eksplisitt uttalt i dei norske lovførearbeida.³⁶ Ved digitale overføringar skjer det ikkje noko omsetjing av fysisk gods. I lovførearbeida er det også presisert at konsumpsjonsføresegna også gjeld for programvare som er inkorporert i fysiske produkt, sjølv om denne verkstypen ikkje er omfatta av InfoSoc-direktivet. Frå lovgjevarhald blei det framhaldt at «[d]et anses uheldig å ha ulike regler for ulike verkstyper på dette området.»³⁷ EU-rettsleg er konsumpsjon i relasjon til programvare regulert av eit eige direktiv, Programvaredirektivet art. 4(2).

Eksemplaromgrepet er tillagt ei snevrare betyding i § 19 enn i § 2. Som sagt over er eksemplaromgrepet i relasjon til eksemplarframstillingsretten medie- og teknologinøytralt, og omfattar digitale kopiar så vel som fysiske kopiar. Det klare utgangspunktet i norsk rett er dermed at konsumpsjonsregelen gjer seg gjeldande ved spreing av fysiske eksemplar, også programvare som er inkorporert i fysiske produkt. Nokon regel om konsumpsjon av programvare som er distribuert ved digital overføring, inneheld åndsverkloven ikkje. Som tidlegare nemnt, er det usikkert om denne rettstilstanden kan, og bør, oppretthaldast.

³⁵ Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter, lov 14. mars 2003 nr. 15 om beskyttelse av design, og lov 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker

³⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 28.

³⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 27.

2.4. Grunngevinga for konsumpsjonsregelen

Når spreingsretten og den tilhøyrande konsumpsjonsregelen er avgrensa til fysiske eksemplar, er dette først og fremst av historiske, rettstekniske, og rettssystematiske grunnar. Når regelen blei til var ikkje digitale verk og overføring av slike ei aktuell problemstilling. Vidare står det opphavsrettslege vernet til opphavsmannen i eit sterkt spenningsforhold med det tingsrettslege prinsippet om at den som eig ein ting skal stå fritt til å råde over denne, til dømes ved å selje eksemplaret vidare. Regelen om konsumpsjon av spreingsrett ved første gangs omsetjing løyser opp dette spenningsforholdet, ved at eineretten vert innskrenka. Dette spenningsforholdet gjer seg ikkje gjeldande for digitale kopiar, då det for desse verka ikkje er tale om nokon råderett til ting. Vidare vil ein regel om konsumpsjon av retten til overføring av digitale kopiar kunne råde opphavsmannen endå hardare, då potensialet for vidareformidling er mykje større for slike – i situasjonane med digitale kopiar er ein ikkje bunden av talet på fysiske berarar av verket, så som bøker, CD-ar, modellar, figurar og liknande.

Det ligg fleire grunnar bak regelen om konsumpsjon av spreingsretten etter første gangs utnytting. Ved første gangs omsetjing av opphavsmannen moglegheit til å tileigne seg kompensasjon for den innsats som er lagt ned i skapinga av åndsverket. Ettersom spreingsretten og konsumpsjonsregelen knyt seg til det einskilde eksemplaret, og ikkje sjølv åndsverket, er opphavsmannen sikra rett til vederlag for kvart enkelt eksemplar som vert produsert. Ein rett til å kunne motsetje seg vidareformidling av eksemplaret vil kunne medføre ein moglegheit for opphavsmannen til å tileigne seg ein grunnlaus dobbeltkompensasjon. Denne grunngevinga har blitt kalla løningssynspunktet, og gjer seg på tilsvarande vis gjeldande ved distribusjon av programvare gjennom digital overføring der det vert betalt eit eingongsvederlag for tilgangen.³⁸ Vidare ligg det konkurransepolitiske omsyn bak regelen. Utan ein konsumpsjonsregel som mogleggjer vidareformidling av verket, vil all omsetjing bli kontrollert av opphavsmannen. Om opphavsmannen skal ha moglegheit til å styre konkurransen i forhandlarleddet, vil det gå utover kundane. Denne moglegheita er fjerna ved konsumpsjonsregelen.

Endeleg vert regelen støtta av kulturpolitiske omsyn. Ein opphavsmann bør i minst mogleg grad kunne legge band på tilgjengelegheita av opphavsrettsleg beskytta materiale, med unntak for den kontrollen som ligg i retten til å bestemme vilkåra for første gangs omsetjing. Den

³⁸ Rognstad (2009) side 161.

ånedelege verksemda som ligg bak skapinga av åndsverk er til glede, inspirasjon og nytte for ålmenta, og bidreg til at samfunn utviklar seg. Utan ein konsumpsjonsregel ville opphavsmannen kunne føre ein vidaresalskontroll, for eksempel ved å gi forbod mot offentlege utlån. Som vi skal sjå av analysen av UsedSoft-dommen i punkt 3., er dette omstende som EU-domstolen måtte ta i betraktning ved avgjersla av om retten til vidareformidling av programvare var konsumert ved digital overføring og tildeling av brukslisens.

2.5. Alternativ løysingsmodell – lisensbetraktningar

Lisensbetraktningar har vore framhaldt som ei alternativ løysing på problemet knytt til vidareformidling etter digitale overføringar.³⁹ I motsetning til ei løysing som bygger på utvidande tolking av åvl § 19, føreset ikkje lisensmodellen til Rognstad ei nedringing av skiljeveggane mellom framføringsretten og spreingsretten. Løysinga bygger på opphavsmannen sitt samtykke til vidareformidling, ikkje konsumpsjonsregelar. Etter UsedSoft-dommen i 2009 kan det imidlertid seiast at lisensmodellen har mista mykje av betydinga si, og det er ikkje denne løysinga som er argumentert for i denne avhandlninga. Løysingsmodellen fortener likevel omtale då den har mykje føre seg, og også er støtta i andre litterære verk. Mads Bryde Andersen skriv til dømes at det, når overdraginga av eit verk er akkompagnert av ein lisensavtale, «må [...] følge av licensaftalens indhold, hvilken ret der består til videreoverdragelse.»⁴⁰

Løysingsmodellen som er skissert av Rognstad tek utgangspunkt i opphavsmannen sitt samtykke ved avtaleforholdet som ofte består mellom partane ved digitale overføringar, og ein utfyllande presumsjonsregel om rett til vidareformidling.⁴¹ Det nærare innhaldet i ein slik utfyllande regel gir Rognstad derimot ingen føringar for, utover at det er grunn til å likestille dei digitale overføringar som både praktisk og økonomisk vil ligge nært opptil tradisjonell spreing av fysiske eksemplar. Dei positive sidene ved denne modellen er at den vil kunne opne for dynamisk og differensiert handtering av samtykkekravet, og dermed vil gi ein regel som er fleksibel nok til å fange opp dei tilfelle av digitale overføringar som bør likestillast med tilfelle som vert omfatta av konsumpsjonsregelen.

³⁹ Rognstad (2009) side 187 og Rognstad (2003) side 447-472, på side 464 flg.

⁴⁰ Andersen (2005) side 316.

⁴¹ Rognstad (2003) side 466-469.

Dei negative sidene ved modellen er at eit av konsumpsjonsregelen sine særtrekk er at den er preseptorisk. Det oppstår såleis problem om korleis ein etter lisensmodellen skal handtere eksplisitte forbod mot vidare overdraging. Rognstad uttalar i denne samanheng at det er «intet i veien for å supplere en slik presumpsjonsregel med et prinsipp om at brudd på avtalte begrensninger i adgangen til videreformidling ikke skal anses som et opphavsrettsbrudd.»⁴² Dette er det haldepunkt for i lovførearbeida, der det er vert framhaldt at konsumpsjonsregelen er preseptorisk i opphavsrettsleg, men ikkje avtalerettsleg forstand. Opphavsmannen kan såleis ikkje påberope seg opphavsrettslege sanksjonar sjølv om det er teke atterhald ved overdraginga.⁴³ Lisensmodellen til Rognstad må likevel følgjast av introduksjonen av fleire nye «prinsipp», noko som generelt talar i mot denne løysinga.

Vidare er det ikkje uproblematisk at lisensmodellen til Rognstad må byggje på opphavsmannen sitt samtykke. Det må positivt ha funne stad ei viljeserklæring som, tolka og utfylt, kan gi rett til vidareformidling av verk. I EU-domstolen sak C-414-416/99 Sml. 2001 s I-8169 (Davidoff), som gjaldt det nærare innhaldet i Varemerkedirektivet sin konsumpsjonsregel, kom domstolen til at eit stillteiande samtykke berre kunne komme på tale dersom omstenda i ei sak utvitydig viste at rettshavaren hadde gitt avkall på eineretten sin.

Eit anna poeng er at vidareformidlinga av verket også vil innebere ei overdraging av lisensavtalen. Den som først ervervar programvaren, vil måtte overdra denne på dei same vilkår som han sjølv fekk tilgang etter, både rettar og plikter etter lisensavtalen. Dersom den einaste forpliktinga for ervervaren er å betale vederlag, og denne plikta fullt ut er innfridd, vil ikkje dette by på problem. Lisensavtalen kan imidlertid innehalde andre plikter, eksempelvis at opphavsmannen eller programvareprodusenten kan foreta lisenskontroll for å sikre at vilkåra for bruken vert overhaldt. Det er eit ålment obligasjonsrettsleg prinsipp at debitorskifte ikkje kan finne stad utan samtykke frå kreditor.⁴⁴ I tilfellet over vil den som vidare sel programvare kunne risikere og hamne i ein misleghaldssituasjon. Dette er eit moment som kompliserer lisensmodellen, og som talar for at ein bør halde seg til løysinga som bygger på direkte bruk av åvl § 19 gjennom utvidande tolkingar.

⁴² Rognstad (2003) side 469.

⁴³ Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) side 85-86.

⁴⁴ Hagstrøm (2011) side 869.

3. C-128/11 USEDSOFT GMBH v. ORACLE INTERNATIONAL CORP.

3.1. Bakgrunn og problemstillingar

Oracle produserte og distribuerte programvare i Tyskland. Størsteparten av distribusjonen skjedde ved at Oracle gjorde programvaren tilgjengeleg for nedlasting på sine heimesider, og inngjekk avtale om brukslisens med sine kundar, mot eit eingongsvederlag. Lisensen gav kunden rett til å lagre programvaren på ein intern server og la opp til 25 brukarar nyttiggjere seg av programmet. I følgje lisensvilkåra gav Oracle kunden ein tidsuavgrensa, ikkje-eksklusiv og ikkje-overførbar rett til programmet, og oppdateringar og feilrettingar til dette.

Motparten i saka, UsedSoft, kjøpte brukte brukslisensar, og marknadsførte og selde slike. I forkant av tvisten hadde UsedSoft annonsert eit «spesialtilbod» på Oracle si programvare, og marknadsførte brukslisensar med tilhøyrande vedlikehaldsavtale til dette. Kundar av UsedSoft som ikkje allereie hadde programvaren, blei oppfordra til å laste ned ein kopi frå Oracle si heimeside etter erverv av brukt brukslisens, ved å nytte den opphavlege lisenskoden. På denne bakgrunn reiste Oracle sak for tyske domstolar, og hevda praksisen til UsedSoft var i strid med deira opphavsrettslege einerett til spreieing og eksemplarframstilling. UsedSoft meinte derimot at Oracle sin einerett til spreieing var konsumert i og med det første salet. Noko som kompliserer saksforholdet var at det som eigentleg blei påstått konsumert var avtalen om brukslisens. Det er likevel viktig å ha realiteten for auge – brukslisensen gav rett til nedlasting av programvaren.

EU-domstolen fekk førelagt tre spørsmål frå den tyske domstolen om tolkinga av Programvaredirektivet art. 4(2) og 5(1). Det første domstolen vurderte var om digital overføring, i form av tilgjengeleggjering av programvare for nedlasting på Internett og samtidig inngåing av brukslisens, inneber at opphavsmannen sin spreieingsrett er konsumert. Dei to neste spørsmåla EU-domstolen måtte ta stilling til, og som dei behandla under eitt, var om den etterfølgjande ervervaren av brukslisensar til programvaren, i kraft av konsumpsjonsregelen måtte reknast for å vere ein «lawful acquirer» som kunne nyttiggjere seg av retten til lovleg eksemplarframstilling etter art. 5(1).

3.2. Spørsmålet om konsumpsjon av spreieingsrett

3.2.1. «first sale»

For å fastslå om Oracle sine einere rett til å spreie programvaren var konsumert, måtte domstolen vurdere om det ved å gjere programvaren tilgjengeleg for nedlasting, og ved samtidig tildeling av tidsuavgrensa brukslisens, hadde funne stad eit «first sale [...] of a copy of a program» jf. Programvaredirektivet art. 4(2).

Domstolen uttalte på generell basis at vilkår i EU-retten som medlemslanda ikkje er gitt fullmakt til å utpense innhaldet av, slik som salsomgrepet i opphavsretten, av omsyn til likskapsprinsippet og behovet for einskapleg praktisering innan unionen, må tolkast sjølvstendig og autonomt av domstolen. Eit av formåla med Programvaredirektivet er å fremje funksjonaliteten til den indre marknaden i EU, jf. TFEU art. 114, og ved lik praktisering vil ikkje beskyttelsen til opphavsmenn variere i det enkelte medlemsland.⁴⁵ På denne bakgrunn tolka domstolen «sale» som ei overføring av eigedomsrett til eit fysisk eller immaterielt gode, mot eit vederlag i retur. På dette punkt gjer domstolen noko kontroversielt, ved å slå fast eit harmonisert innhald i eit vilkår det ikkje er semje om innad i EU. I ein del medlemsland, blant anna Storbritannia, har tildeling av lisens blitt sett på som ein kontraktsmessig rett, og ikkje ei overføring av eigedomsrett, slik føresetnaden er for at det skal kunne vere tale om eit sal.⁴⁶

Oracle anførte mot å betrakte transaksjonen som eit sal, at dei gjorde programvaren tilgjengeleg for nedlasting på deira heimeside vederlagsfritt, og at verken denne handlinga eller inngåinga av avtale om brukslisens utgjorde ei overføring av eigedomsrett. Til dette utalte domstolen at ei tilgjengeleggjering for nedlasting utan tilhøyrande brukslisens var meiningslaus, og at desse to handlingane måtte sjåast på som ein udeleleg heilskap («indivisible whole») i relasjon til den rettslege klassifiseringa.

Til støtte for den vide tolkinga av «sale» slutta domstolen seg til uttalen frå Generaladvokaten om at ei snever tolking av omgrepet i Programvaredirektivet ville medføre ei rettsstilstand kor opphavsmenn enkelt kunne omgå reglane om konsumpsjon.. Dette vil då kunne gjerast ved å kalle alle kontraktar som overfører tidsuavgrensa bruksrett til eksemplar for lisensavtalar, i staden for eit sal. Realiteten i transaksjonen måtte vere avgjerande, og difor måtte alle situasjonar der kunden får tilgang til eit eksemplar, og ein tidsuavgrensa rett til nyttiggjere seg av dette, reknast som ei sal.⁴⁷

⁴⁵ UsedSoft-dommen avsnitt 39-41, med tilvising til sak C-5/08 Infopaq International v. Danske Dagblades Forening.

⁴⁶ Rosati (2012) side 78.

⁴⁷ UsedSoft-dommen avsnitt 49.

Vidare, mot å rekne Oracle sine handlingar som eit sal, anførte Oracle at handlingsmåten blei regulert av InfoSoc-direktivet, då tilgjengeleggjeringa av programvaren på Internett måtte klassifiserast som «making available to the public» etter art. 3(1) i dette direktivet. Dette er ein einerett som ikkje vert konsumert ved første gangs utnytting, jf. art. 3(3). Domstolen var einig i at den aktuelle handlingsmåte var dekkja av ordlyden i InfoSoc-direktivet, men påpeika at dette direktivet etter art. 1(2) bokstav a ikkje skulle ha nokon påverknad for eksisterande reglar om opphavsrettsleg beskyttelse av dataprogram. Programvaredirektivet vidarefører edb-direktivet frå 1991. Domstolen la difor avgjerande vekt på at Programvaredirektivet er lex specialis i høve InfoSoc-direktivet, slik at saksforholdet måtte subsumerast under konsumpsjonsheimelen i Programvaredirektivet, som ikkje skil mellom spreieing og framføring.

Domstolen uttalte likevel, i eit obiter dictum, at tolkinga måtte bli den same om subsumsjonen skjedde under InfoSoc-direktivet. Dette måtte vere tilfellet fordi:

«the existence of a transfer of ownership changes an ‘act of communication to the public’ provided for in Article 3 of that directive [InfoSoc] into an act of distribution to the public referred to in Article 4 of the directive which, if the conditions in Article 4(2) of the directive are satisfied, can [...] give rise to exhaustion of the distribution right.»⁴⁸

Uttalen inneber at det å gjere verk tilgjengeleg for nedlasting på Internett, også må reknast for å vere utøving av spreieingsretten når tilgjengeleggjeringa samtidig inneber ei overdraging av eigedomsretten til verket. Spreieingsretten vert etter InfoSoc-direktivet art. 4(2) konsumert ved første gangs utnytting. Ei slik tilgjengeleggjering har i norsk rett, som sagt, blitt rekna som ei framføringshandling. Dette er interessant for problemstillinga fordi reglane i åndsverkloven i hovudsak svarar til reglane i InfoSoc-direktivet, og ikkje inneheld særreglar som svarar til Programvaredirektivet. Særleg interessant i denne samanheng er det at Programvaredirektivet, etter EU-domstolen si tolking ikkje inneheld ein særregel for framføringsretten, men at denne er omfatta av retten til «distribution to the public», jf. art. 4 (1) bokstav c og art. 4 (2).

3.2.2. «copy»

Konsumpsjonsregelen knytt til opphavsmannen sin spreieingsrett er tradisjonelt og lovteknisk knytt til eksemplar av åndsverk, og ikkje åndsverket i seg sjølv. For å avgjere om konsumpsjonsregelen i Programvaredirektivet art. 4(2) blei utløyst av digital overføring,

⁴⁸ UsedSoft-dommen avsnitt 52.

måtte domstolen ta stilling til om vilkåret «copy» i artikkelen omfatta digitale kopiar, i tillegg til fysiske eksemplar. Som nemnt under punkt 2.3 har konsumpsjonsregelen tradisjonelt vore knytt til første gangs omsetjing av fysisk gods.

EU-domstolen tok utgangpunkt i Programvaredirektivet sin ordlyd, og fann at denne ikkje sondra mellom fysiske eksemplar og digitale kopiar. Direktivteksten «copy of a program» kunne ikkje utan vidare seiast å inkludere eller ekskludere verk som var gjort tilgjengeleg ved digital overføring.

I Programvaredirektivet art. 1(2) er det slått fast at beskyttelsen i direktivet «shall apply to the expression in any form of a computer program.» I punkt 7 i fortalen til direktivet er det presisert at programvaren direktivet tek sikte på å beskytte «include programs in any form, including those which are incorporated into hardware.» Dette tok domstolen til inntekt for ein klar intensjon hos unionslovgjevaren om å etablere ein teknologinøytral beskyttelse som skulle omfatte både programvare i fysiske eksemplar og programvare som ikkje er knytt til ein handgripeleg berar i den fysiske verda.⁴⁹

Dette er imidlertid ein argumentasjon som i sterk grad opnar for kritikk. I EU-Parlamentet si lovgjevingsmessige beslutning av 17. juni 2008 er det uttalt at det vedtekne forslag til nytt Programvaredirektiv «contains a straightforward codification of the existing texts without any change in their substance.»⁵⁰ Under lovarbeidet ved vedtakinga av edb-direktivet i 1991 var ikkje internett kommersielt utbreidd. Problematikken rundt digitale overføringar var difor ikkje i fokus. Ein kan difor ikkje ta ordlyden i fortalen punkt 7 til inntekt for at unionslovgjevarane hadde som formål å la digitale kopiar vere omfatta av konsumpsjonsregelen, utan å kalle det for noko anna enn hypotetisk, eller konstruert lovgjevarvilje. På dette punkt er det rettmessig å kritisere EU-domstolen for å kamuflere vurderingane og avvegingane som ligg til grunn for konklusjonen. I staden for å synleggjere vala og vurderingane gjennom ein transparent rettsbruk, vert subjektive avvegingar skjult bak objektive, kjente storleikar, in casu ei tenkt lovgjevarvilje. I motsetning til domstolen si slutning frå punkt 7 i fortalen til Programvaredirektivet, er det tatt til orde for at beskyttelsen i direktivet er meint å gjelde uavhengig av om programvaren ligg føre i maskinkode eller kjeldekode, og uavhengig av om den beskytta koden ligg føre i skriftleg versjon eller på eit digitalt medium.⁵¹ Innholdsmessig er ei slik slutning ikkje noko anna enn ei presisering av det

⁴⁹ UsedSoft-dommen avsnitt 57 og 58.

⁵⁰ Official Journal of the European Union, Volume 52, 27.11.2009, OJ CE 296/61.

⁵¹ Riis, Schovsbo og Udsen (2013) side 464-465.

generelle opphavsrettslege prinsippet om at beskyttelsen gjeld uavhengig av åndsverket si uttrykksform.⁵²

Vidare gjekk EU-domstolen over til å vurdere dei økonomiske realitetane bak tolkingsalternativa, og til å vurdere opphavsmannen sin einerettsposisjon i relasjon til innteningspotensial og prinsippet om den intellektuelle eigedomsrett sin særlege gjenstand.⁵³

Domstolen kom til at eit sal av programvare på CD-ROM og ved å gjere programvaren tilgjengeleg for nedlasting frå Internett, frå eit økonomisk standpunkt ville ha dei same realitetane. Den digitale overføringa er funksjonelt likeverdig ei fysisk overdraging, ettersom den økonomiske verdien ligg i informasjonen, og ikkje i det fysiske mediet informasjonen eventuelt er knytt til. I UsedSoft-dommen kunne kundane til Oracle sjølv velje å få tilsendt ein kopi av programvaren på CD-ROM, i tillegg til det digitale eksemplaret som var gjort tilgjengeleg for nedlasting. Tolkninga av Programvaredirektivet art. 4(2) i lys av det EU-rettslege prinsippet om likehandsaming talte for å likestille konsumpsjonsregelen knytt til det første salet av eit eksemplar, anten det skjer ved overdraging av fysisk gods eller overføring av digital kopi.⁵⁴ I saka ville den kunde som nytta seg av tilbodet om å få tilsendt CD-ROM vere betre stilt enn den kunde som ikkje gjorde det, dersom EU-domstolen hadde ekskludert digitale kopiar frå si tolking av «copy».

I avsnitt 62 og 63 i dommen gjer EU-domstolen greie for formålet med den EU-rettslege konsumpsjonsregelen og prinsippet om den intellektuelle eigedomsrett sin særlege gjenstand. Det vert uttalt at restriksjonar i spreingsretten, som vert satt først og fremst for å unngå marknadsoppdeling, berre bør setjast i den grad det er «necessary to safeguard the specific subject-matter of the intellectual property concerned».⁵⁵ I dette ligg ei avgrensing av opphavsmannen sin einerettsposisjon til det som er naudsynt og rimeleg, sett hen til den aktuelle intellektuelle eigedom, slik at einerettsposisjonen ikkje vert for sterk. Domstolen nytta prinsippet til å slå fast det nærare innhaldet i konsumpsjonsregelen. Ved å ikkje la vilkåret «copy» omfatte digitale kopiar ville opphavsmannen, ved å utelukkande nytte digitale overføringar som transaksjonsmetode, kunne kontrollere den vidare omsetjinga av verket, og krevje vederlag for kvar nye overføring. Dette, isolert sett, ville ikkje gi opphavsmannen ei for sterk stilling. Ettersom den første tilgjengeleggjinga og tildelinga av brukslisens gjorde det

⁵² Riis (2013) side 139-151, på side 148-149.

⁵³ Denne terminologien er nytta av Riis, Schovsbo og Udsen (2013) side 467-470,

⁵⁴ UsedSoft-dommen avsnitt 61.

⁵⁵ UsedSoft-dommen avsnitt 62

mogleg for opphavsmannen å tileigne seg rimeleg vederlag («appropriate remuneration»), ville det likevel «go beyond what is necessary to safeguard the specific subject-matter of the intellectual property concerned» å ikkje la digitale kopiar vere omfatta av vilkåret «copy», og dermed også konsumpsjonsregelen i art. 4(2).⁵⁶

Digitale kopiar av verk som var gjort tilgjengeleg for nedlasting frå Internett, akkompagnert av ein tidsuavgrensa brukslisens som blei tildelt mot ein eingongsvederlag, måtte difor reknast som omfatta av konsumpsjonsregelen i Programvaredirektivet art. 4(2). Realiteten i dette er at konsumpsjonsregelen gjorde seg gjeldande for handlingar som tradisjonelt har blitt klassifisert ulikt, nemleg spreieing og framføring.

3.2.3. Avgrensingar i åtgangen til vidareformidling - plaster på såret for programvareprodusentar

I avsnitt 69, 70 og 71 modifierer EU-domstolen dei tilsynelatande vide moglegheitene for vidareformidling av digitale kopiar erverva ved digitale overføringar. Desse avsnitta er viktige fordi dei angir dei nærare vilkåra for digital konsumpsjon av programvare etter dommen.

Retten til vidareformidling er for det første avgrensa til heile «programvarepakken» som først blei erverva. Det er etter dommen ikkje åtgang til å splitte opp ein pakke beståande av fleire program, eller brukslisensar til programvaren. Denne avgrensinga står i strid med tidlegare uttalingar i dommen, om at overføringa vert likestilt med eit sal, og dermed overdraging av eigedomsrett. Innehavar av eigedomsrett står fritt til å disponere over det han eig som han vil. Dette er eit grunnleggjande tingrettsleg prinsipp, og motstriden i dommen styrkar inntrykket av at domstolen søkte å oppnå ei rimeleg balansering av opphavsmannen si stilling.

For det andre kom domstolen til at den som har erverva ein digital kopi ved digital overføring må fjerne sin eigen tilgang om han ønskjer å foreta ei lovleg vidareformidling.⁵⁷ Desse to modifikasjonane heng tett saman, då ein person som deler opp «programvarepakken» og overdrar dei overskytande, vil halde fram å gjere bruk av dei øvre lisensane, og såleis ikkje gjere sin eigen tilgang «unusable at the time of the sale», jf. avsnitt 70. Mot dette anførte Oracle at det ville vere tilnærma umogleg å bevise om ein opphavleg ervervar har gjort sin eigen kopi ubrukeleg ved vidareformidlinga. EU-domstolen avfeia argumentet under tilvising til at det også for fysiske eksemplar ville vere vanskeleg å «make sure that the original

⁵⁶ UsedSoft-dommen avsnitt 63.

⁵⁷ UsedSoft-dommen avsnitt 70.

acquirer has not made copies of the program which he will continue to use after selling his material medium.»⁵⁸ Meir om dette under punkt 4.2.4.

Til sist, og kanskje viktigast, vil ein person som ønskjer å vidareformidle digitale kopiar av programvare ved overdraging av brukslisensar ikkje lovleg kunne gjere dette utan han har utført «a new installation – and hence a new reproduction – of the program on a server belonging to him».⁵⁹ I dette ligg at den som ønskjer å utnytte digital vidareformidling som forretningsmodell, må ha rett til å foreta ei eksemplarframstilling. Som vist under punkt 3.2.1. var det den nære samanhengen mellom tildelinga av brukslisens og den autoriserte nedlastinga som forsvarar ei likestilling av denne situasjonen med sal, slik at konsumpsjonsregelen gjer seg gjeldande. Dette problemet er eit anna enn spørsmålet om rett til eksemplarframstilling for sluttbrukaren, og blei ikkje behandla av EU-domstolen. Spørsmålet om rett til eksemplarframstilling for den som ønskjer å vidareformidle programvare er viktig, og vert behandla under punkt 4.2.5.

3.3. Spørsmålet om rett til eksemplarframstilling for sluttbrukaren

3.3.1. «Lawful acquirer»

For at det skulle vere noko realitet i vidareformidlinga til UsedSoft, måtte kundane deira ha rett til eksemplarframstilling av programvaren som blei digitalt overført til dei. Dette er i utgangspunktet ein einerett som ligg til opphavsmannen, men EU-domstolen vurderte om Programvaredirektivet art. 5(1) gav naudsynt heimel. Det sentrale spørsmålet i så måte var om sluttbrukaren, som erverva brukslisens ved vidaresal, måtte reknast som ein «lawful acquirer», og dermed kunne gjere bruk av retten til eksemplarframstilling i den utstrekning det er «necessary for the use of the computer program [...] in accordance with its intended purpose».

EU-domstolen viste til at opphavsmannen ikkje kunne motsetje seg vidarespreiing når den eksklusive spreingsretten er konsumert gjennom første gangs utnytting, jf. drøftinga av «first sale» i art. 4(2). Konsumpsjonsregelen gav heimel for lovleg vidaresal, og på denne bakgrunn måtte den etterfølgjande ervervaren reknast som ein «lawful acquirer» i direktivet si forstand. Oracle meinte at «lawful acquirer» måtte forståast som eit kontraktsrettsleg fenomen, slik forståinga er i fleire medlemsland, og at berre den som bygger ervervet sitt på avtale med

⁵⁸ UsedSoft-dommen avsnitt 79.

⁵⁹ UsedSoft-dommen avsnitt 71

opphavsmannen kan klassifiserast som ein rettmessig ervervar.⁶⁰ Dette argumentet avviste domstolen, då ei slik tolking ville uthóle spreingsretten sin konsumpsjonsregel og gjere den verknadslaus, ved at opphavsmannen vil kunne hindre vidare utnytting av brukte eksemplar.⁶¹

Vidare måtte nedlastinga av opphavsmannen si nettside reknast som «necessary to enable the new acquirer to use the program», jf. art. 5(1). Programvaredirektivet gav dermed den naudsynte heimel til eksemplarframstilling for sluttbrukaren som bygde tilgangen sin på vidareasal etter konsumpsjon av spreingsretten. EU-domstolen konkluderte dermed at Oracle sine opphavsrettslege einerettar til spreing og eksemplarframstilling ikkje var krenka.

4. DIGITALE OVERFØRINGAR – AVGRENSA KONSUMPSJONSREGEL KNYTT TIL FRAMFØRINGSRETTE?

4.1. Problemet

Som nemnt i punkt 1.2. er det sentrale spørsmålet i denne oppgåva om det kan stillast opp ein regel i norsk rett om rett til vidareformidling av verk som i første omgang er gjort tilgjengeleg ved digital overføring. Drøftingane under dei føregåande punkt er naudsynte for å få godt grep om bakteppet for problemstillinga, då ein slik regel vil rokke ved det som kan seiast å vere noko av fundamentet i opphavsretten, nemleg skiljet mellom ulike utnytingsmåtar. Det er særleg UsedSoft-dommen, som er gjort greie for under punkt 3, som gjer det legitimt å vurdere ein konsumpsjonsregel for digitale overføringar.

Løysingsmodellen som vil bli gjort greie for i fortsetjinga tek utgangspunkt i konsumpsjonsregelen for spreingsrett i åvl § 19. Sentralt i vurderinga av om denne føresegna kan gi heimel for konsumpsjon av digitale overføringar er tolking av formuleringa: «er et eksemplar solgt», jf. første ledd. Er desse vilkåra oppfylt, kan det aktuelle eksemplaret «spres vidare» til ålmenta, jf. same føresegn.

4.2. Foreslått løysing

⁶⁰ At «lawful acquirer» er eit kontraktsrettsleg fenomen er/var oppfattinga i Irland, Frankrike og Italia, jf. avsnitt 82 i UsedSoft-dommen.

⁶¹ UsedSoft-dommen avsnitt 82 og 83.

4.2.1. Kan åvl § 19 gi heimel for konsumpsjon av digitale overføringar?

Det er særleg vilkåret «solgt» i åvl § 19 første ledd som aktualiserer grensdraginga mellom framføringsretten og spreingsretten, og som vil vere gjenstand for behandling i det følgjande. Den naturlege forståing av vilkåret er at eigedomsretten til eit verkseksemplar må vere overdratt for at regelen skal gjere seg gjeldande. Dette vil tilsynelatande ekskludere framføringar. Framføringsomgrepet er likevel mangearta, og vil omfatta vidt forskjellige situasjonar. Ein kan difor ikkje allereie av lovteksten utelukke at verkseksemplar som er framført, ikkje er «solgt». Tradisjonelt har imidlertid vilkåret blitt forstått dit hen at eigedomsretten til eit fysisk verkseksemplar må vere overdratt gjennom bruk av spreingsretten. Dette er også føresetnaden i lovførearbeida som uttalar i relasjon til konsumpsjonsregelen i § 19 at «[i] likhet med direktivet gjelder eneretten til spredning bare åndsverk som er innarbeidet i et fysisk produkt som er gjenstand for omsetning som en vare.»⁶² Spørsmålet om konsumpsjon av digitale overføringar har ikkje vore reist for norske domstolar, og utover uttalen i lovførearbeida er det få autorative rettskjelder som gir bidrag til tolkinga. Ein må difor sjå hen til framand rett ved løysinga av spørsmålet, noko som også kan legitimerast ytterlegare av EU-retten si sentrale stilling på dette rettsområdet.

Åndsverkloven gjennomfører InfoSoc-direktivet. Dette direktivet inneheld reglar om framføringsrett, spreingsrett og konsumpsjon som svarar til reglane i åndsverkloven. I art. 4(2) er det bestemt at «[t]he distribution right shall not be exhausted [...] except where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent». Artikkelen bestemmer at opphavsmannen sin spreingsrett er konsumert ved den første omsetjinga av verkseksemplaret. I fortalen til direktivet, punkt 29 er det presisert at konsumpsjonsregelen er avgrensa til å gjelde for eksemplar av åndsverk som er «incorporated in a material medium». Det same er sagt i dei såkalla «agreed statements» til WIPO Copyright Treaty art. 7, som InfoSoc-direktivet gjennomfører.⁶³ Standpunktet om å nekte konsumpsjon av programvare som er tilgjengeleggjort ved digitale overføringar, og som ikkje ville innebere noko overdraging av fysisk gods, synest på denne bakgrunn å ha eit solid rettskjeldemessig grunnlag.

På den andre sida er programvare, som er tema i denne oppgåva, regulert i eit eige EU-direktiv, Programvaredirektivet. Dette direktivet er ikkje gjennomført i åndsverkloven, med unntak for visse reglar knytt til eksemplarframstillingsretten. Dette direktivet sondrar

⁶² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 27.

⁶³ http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456 (sist besøkt 8. mai 2014).

tilsynelatande ikkje mellom framføringsretten og spreingsretten når det gjeld programvare, og inneheld berre reglar om «distribution», og konsumpsjon av denne retten. I UsedSoft-dommen tolka EU-domstolen Programvaredirektivet slik at retten til «distribution» var konsumert ved at programvare var gjort tilgjengeleg for nedlasting på Internett, samstundes med at det blei inngått evigvarande brukslisens. Dette var ein handlingsmåte som måtte likestillast med sal, og det var utan betyding at handlinga kanskje ville blitt klassifisert som framføring etter InfoSoc-direktivet. I eit obiter dictum blei det, som nemnt under punkt 3.2.1., også uttala at eigedomsoverdraginga av programvaren måtte medføre at handlingsmåten også etter InfoSoc-direktivet måtte reknast som utøving av spreingsretten, slik at konsumpsjonsregelen ville gjere seg gjeldande.⁶⁴

For at norsk rett skal unngå å kome i motstrid med EU-retten, kan det difor vere grunn til å tolke reglane i åvl, særleg § 19, utvidande når det er programvare som er gjenstand for konsumpsjon. Dette vil vere i samsvar med Norge si forplikting til å implementere EU-rettslege direktiv og forordningar etter EØS-avtalen art. 7, og prinsippet om direktivkonform tolking av lover med berøringsflate mot EU- og EØS-retten. Desse synspunkta må haldast opp mot lovførearbeidsuttalane.

Uttalen i dei norske lovførearbeida er klare og utvitydige. Dette er eit moment som generelt aukar betydinga deira. Det er ein klar lovgjevarintensjon som kjem til uttrykk. På den andre sida er uttalane i sterk uoverenskomst med EU-domstolen si avgjersle i UsedSoft-dommen, og dermed også gjeldande rett etter Programvaredirektivet. I tilfelle der nasjonale rettskjeldefaktorar peikar i ei anna retning enn internasjonale reglar, er det av sentral betyding om motstriden er resultat av eit bevisst eller ubevisst val hos lovgjevaren.⁶⁵ I Ot.prp. nr. 79 (1991-1992) er det på side 4 generelt uttalt at:

«bare dersom Stortinget helt klart har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold, vil norske domstoler føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten.»

Dette er uttaler som ikkje relaterer seg til tolkinga av åndsverkloven i lys av EU-retten, men som har generell betyding ved lovtolking. Ved tilkomsten og vedtakinga av Programvaredirektivet i 2009 såg ikkje norsk lovgjevar behov for å gjere endringar i

⁶⁴ UsedSoft-dommen avsnitt 52

⁶⁵ Arnesen og Stenvik (2009) side 98.

åndsverkloven, då det blei gått utifrå at lova allereie var i samsvar med det nye direktivet. Programvaredirektivet var ei vidareføring av det tidlegare edb-direktivet frå 1991, som er gjennomført i åndsverkloven. Når innhaldet i Programvaredirektivet, etter EU-domstolen si avgjersle, viste seg å vere noko anna, har ikkje norsk lovgjevar teke stilling til spørsmålet. Dette svekker den rettskjeldemessige vekta av uttalane i lovførearbeidet.

Imidlertid er det ikkje gitt at den norske forståinga av ein regel må vike for den forståinga som er lagt til grunn i ein internasjonal domstol. Det har vore diskutert om ein regel som har fått sitt innhald fastlagt gjennom etterfølgjande praksis, har like stor vekt som rettskjeldefaktor som ein regel som meir eller mindre klart kan lesast ut av den vedtekne direktivteksten.⁶⁶ Eit argument i denne diskusjonen er at sterk vektlegging av den domstolsskapte regelen i realiteten inneber ei overføring av lovgjevingskompetanse til internasjonale organ, utover det som var intensjonen ved tilslutninga til EØS-avtalen. Den utpenslinga av innhaldet i direktivtekstar som skjer i EU-domstolen, er ein aktivitet som materielt tilsvarar lovgjeving. Dette kan tilseie varsemd med å legge for mykje vekt på slike reglar ved fastlegginga av innhaldet i norsk lov. Høgsterett har likevel i stor grad opna for at utvikling som har funne stad i internasjonale domstolar kan leggest til grunn i norsk rett i Rt. 2006 s.1473 (Livbøye). Her blei ein internasjonal regel med eit innhald som i vesentleg grad bygde på seinare praksis ved ein internasjonal domstol, og som var i strid med ein tidlegare høgsterettsdom,⁶⁷ tillagt avgjerande vekt. Dette talar for at UsedSoft-dommen kan tilleggest avgjerande vekt ved tolkinga av åvl § 19.

Løysinga av problemet om konsumpsjon av digitale overføringar må etter dette byggje på ei breiare vurdering av grensdraginga mellom framføringsretten og spreingsretten. Ved å oppretthalde synet på digital overføringar som ein del av framføringsretten, og ved å oppretthalde dei klare skiljeveggane mellom desse to utnyttingsformene, vil resultatet bli ei grunnleggjande forskjellig regulering av situasjonar der verk vert overført digitalt, og kor verk vert overdratt får hand til hand. Rognstad er skeptisk til at det er grunnlag for ei slik ulik rettsleg regulering, då det vil førekomme situasjonar med så mange fellestrekk at det er mogleg å rettferdiggjere ei lik rettsleg handsaming.⁶⁸ Når det i følgjande skal vurderast om skiljeveggane mellom spreingsretten og framføringsretten bør oppretthaldast, eller om

⁶⁶ Arnesen og Stenvik (2009) side 85.

⁶⁷ Rt. 1998 s.1809 (BUD-dommen)

⁶⁸ Rognstad (2003) s. 455 flg.

digitale overføringer i visse tilfelle kan klassifiserast som utøving av spreingsrett, er uttalen til Mads Bryde Andersen treffande:

«Oppgaven må derfor være at udskille de «digitale» tilfælde, der minder mest om den fysiske overdragelse (og som derfor må betragtes som spredninger, jf. § 2, stk. 3 nr. 1, og følge de almindelige konsumptionsregler) fra de, der må inrubiceres på anden vis.»⁶⁹

Det er nærliggande å trekke ein parallell til den første problemformuleringa i UsedSoft-dommen:

«[W]hether and under what conditions [can] the downloading from the internet of a copy of a computer program, authorised by the copyright holder, [...]give rise to exhaustion of the right of distribution».⁷⁰

Sjølv om desse to formuleringane ikkje er fullstendig samanfallande, er essensen at dei legg opp til ei vurdering av kva omstende som kan medføre at digitale overføringer må reknast som spreing i konsumpsjonsregelen si tyding.

Rognstad tar i sin artikkel frå 2003 til orde for at det kan vere gode grunnar til å likestille digitale overføringer med tradisjonell spreing når dei ulike distribusjonsformene framstår som reine alternativ til kvarandre. Dette er det lett å vere einig i, men det kan vere grunn til å likestille digitale overføringer også når kunden ikkje like gjerne kunne møtt opp hos forhandlaren og kjøpt programvaren over disk.

4.2.2. Digitale overføringer og forholdet til vilkåret «solgt» i åvl § 19

I UsedSoft-dommen var det sentralt at den digitale overføringa måtte klassifiserast som eit sal. Klassifisering som sal må dei digitale overføringane oppnå når dei i realiteten inneber ei overdraging av eigedomsrett til verket, og det samstundes vert betalt ei vederlag. Dette vil ofte vere tilfelle med tidsuavgrensa brukslisensar, i tillegg til tilfelle der det er avtalt eller føresett mellom partane at kunden ved overføringa vert eigar av eksemplaret, så lenge det vert betalt eit vederlag. Dette er presisert i avsnitt 45 i dommen, kor det vert bestemt at overføringa må reknast som overføring av eigedomsrett når den skjer «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 which it is the proprietor.» I dette ligg at overføringa må skje

⁶⁹ Andersen (2005) side 316.

⁷⁰ UsedSoft-dommen avsnitt 35.

mot eit vederlag som tilsvarar den økonomiske verdien til verket. Det kan vere tilfelle kor verket vert overført digitalt utan noko vederlag, men at kunden betalar for lisensen til å bruke programmet. I denne samanhengen er det viktig å ha i mente EU-domstolen sin uttale om at tilgjengeleggjeringa og lisenstildelinga må sjåast på som ein udeleg heilskap i relasjon til den rettslege klassifiseringa av handlingsmåten.⁷¹

Uttalen om at opphavsmannen må få betaling som tilsvarar verdien av verket, oppnar for betraktningar om at digital overføring mot «underpris» kan tilseie at ervervaren får færre utnytingsrettar. På denne bakgrunn vil det vere mogleg å inngå lisensavtalar med vilkår som seier at overføringa skjer til ein pris som ikkje svarar til verket sin økonomiske verdi, og at verket av den grunn ikkje kan vidareformidlast i kraft av konsumpsjonsregelen.⁷² Ein annan sak er at det vil kunne vere vanskeleg å fastslå kva som vil vere betaling som svarar til den økonomiske verdien til verket. Det må her bli tale om ei skjønnsam og komparativ analyse, kor transaksjonspraksis for den aktuelle programvaretypen vil stå sentralt. Digitale overføringar som ikkje inneber overdraging av eigedomsrett og passande vederlag, er det mindre grunn til å likestille med tradisjonell spreining. Dette vil særleg gjelde abonnementsmodellar, kor kunden får ein tidsavgrensa rett til bruk, mot eit vederlag som ligg under salspris, og som periodevis må fornyast.

Det er vidare viktig å forstå, og bruke, konsumpsjonsregelen i lys av teknologisk utvikling og bransjepraksis. Sjølv om konsumpsjonsregelen blei utvikla i relasjon til introduksjonen av ein spreingsrett for fysiske eksemplar, må ikkje ein sjå denne som eit dogme.⁷³ Konsumpsjonsmetaforen er snarare ei nemning på problemet, og løysinga, knytt til bortfall av opphavsrettsleg einerett ved første gangs utnytting. Den må nyttast for å realisere formålet med regelen: å oppnå ein rimeleg og passande balanse mellom opphavsmannen sin einerett og ålmenta si interesse i verksstilgang og verksutnytting. I dag er digitale overføringar ei utbreidd distribusjonsform, og det er all grunn til å tru at dette er ei utvikling som vil forsterkast i dei komande åra. For at konsumpsjonsregelen skal henge med i utviklinga, er det viktig at denne kan vere fleksibel. I denne samanhengen må konsumpsjonsføresegna sitt salsomgrep, og for så vidt også eksemplaromgrep, underleggjast ei vid tolking. UsedSoft-dommen avsnitt 49 inneheld ei treffande formulering i så måte:

⁷¹ UsedSoft-dommen avsnitt 44.

⁷² Clarke (2013) side 460-469, på side 466-467.

⁷³ Om dette, sjå punkt 2.3.

«Således som Generaladvokaten har anført [...] skal begrebet 'sælges' [...] fortolkes bredt, således at det omfatter alle former for markedsføring af en vare, der kendetegnet ved tildeling af en brugsret til en kopi af et edb-program for et ubegrænset tidsrum mod en engangsbetaling, der gør det muligt for indehaveren af ophavsretten at opnå et vederlag, der svarer til den økonomiske værdi av kopien af det værk, som han ejer, idet den effektive virkning af denne bestemmelse eller ville blive bragt i fare».⁷⁴

Eit motargument mot å la vilkåret «solgt» omfatte digitale overføringar, som er særleg framheva av Rognstad, er det faktum at ein ved å utvide området for konsumpsjonsregelen i åvl § 19, pressar vilkåra til å omfatte situasjonar den ikkje er meint å regulere.⁷⁵ Etter føresegna skjer konsumpsjon ved sal eller overdraging, og det er difor lagt til grunn at konsumpsjonen finn stad før eksemplaret har nådd ein sluttbrukar. Konsumpsjonsregelen gjer seg gjeldande allereie ved overgangen frå opphavsmannen til ein forhandlar. Dette er grunngeve med at opphavsmannen ikkje bør ha høve til å kontrollere handelen i forhandlarleddet, sjå punkt 3.2.1. over. Det gir lite fornuft å overføre dette til den digitale situasjon, kor verket også vil passere «mellommenn», i form av tenesteleverandørar (engelsk: internet service providers), ved opplasting på serverar på Internett, og difor meiner Rognstad konsumpsjonsregelen ikkje kan gjere seg direkte gjeldande. Desse betraktningane er EU-domstolen i UsedSoft-dommen ikkje einige i. Etter dommen inntrer konsumpsjonen i og med eigedomsovergangen, og denne er betinga av at opphavsmannen får rimeleg vederlag. Mellom opphavsmannen og tenesteleverandøren står det ikkje noko forhold som skulle tilseie at det har skjedd ei overdraging av eigedomsrett, og problemet aktualiserer seg ikkje.

Etter dette må vilkåret «solgt» i åvl § 19 første ledd kunne tolkast utvidande i tilfelle av digitale overføringar som svarar til tradisjonelle eigedomsoverdragingar.

4.2.3. Digitale overføringar og forholdet til vilkåret «eksemplar» i åvl § 19

I relasjon til dette vilkåret kan det visast til tidlegare drøftingar i oppgåva. I norsk rett har den tradisjonelle oppfatninga vore at eit fysisk eksemplar må ha blitt overdratt, men EU-domstolen slo i UsedSoft-dommen fast at konsumpsjonsregelen i Programvaredirektivet art. 4(2) måtte gjelde også for verk som var gjort tilgjengeleg gjennom digital overføring. Om betydinga av dommen visast til drøftinga under punkt 4.2.1.

⁷⁴ Dette sitatet vert attgjeve på dansk grunna den presise formuleringa i denne versjonen.

⁷⁵ Rognstad (2003) side 462-463.

Det viktigaste argumentet mot å avgrense konsumpsjonsregelen til å gjelde for fysiske eksemplar, og dermed utelukke digitale overføringer, er det store potensialet for vidareformidling i den digitale situasjonen. Ved overdraging av fysiske eksemplar gir formidlaren frå seg si rådighet over verket, men ved digitale overføringer er det data som vert overdratt, og formidlaren kan behalde sin verkstilgang. Dette poenget kan illustrerast ved uttalen i UsedSoft-dommen avsnitt 70:

«An original acquirer who resells a tangible or intangible copy of a computer program for which the copyright holder's right of distribution is exhausted[...] must, in order to avoid infringing the exclusive right of reproduction of a computer program [...] make its own copy unusable at the time of its resale.»

At vidareformidlaren må fjerne sin eigen verkstilgang for å lovleg kunne vidareseleje verket i kraft av konsumpsjonsregelen var gjeldande oppfatning også før dommen. På denne måten vil den totale bruken av verket vere konstant, uavhengig av kven som sit på 'eksemplaret', og vidareformidlinga medfører ikkje ein stor trussel for opphavsmannen sin marknadssdel. Annleis ville det vore om kvar enkelt ervervar av verkseksemplar kunne auke talet lovlege brukarar, ved å vidareseleje og samtidig halde fram med eigen bruk. Denne avgrensinga legg opp til vanskelege bevissspørsmål, noko som også blei framheva av Oracle i UsedSoft-dommen.⁷⁶

Det er særleg på denne bakgrunn det har blitt argumentert mot å tillate konsumpsjon av digitale overføringer. Dette argumentet for avgrensing av konsumpsjonsregelen kan imidlertid angripast, då det ikkje synest å ta høgde for nyansane i dei faktiske omstendene og moglegheitene moderne teknologi ber med seg. Å vurdere om formidlaren har fjerna sin eigen verkstilgang vil vere vanskeleg både når det er tale om fysiske eksemplar og digitale overføringer.⁷⁷ Etter privatbruksregelen i åvl § 12 vil ervervaren kunne framstille kopiar til privat bruk, så det er ikkje gitt at tilgangen vert fjerna i og med overdraginga av eit fysisk eksemplar. Dette er framheva i UsedSoft-dommen avsnitt 79:

«[A]scertaining whether such copy has been made unusable may prove difficult. However, a copyright holder who distributes copies of computer program on a material medium such as CD-ROM or DVD is faced with the same problem, since it is only with great difficulty that he can make sure that the original acquirer has not

⁷⁶ UsedSoft-dommen avsnitt 79.

⁷⁷ Rognstad (2014) side 335-341.

made copies of the program which he will continue to use after selling his material medium.”

Moderne teknologi gjer det imidlertid legitimt å trekke den slutning at kontrollen med vidareformidlaren sin verkstilgang vil vere enklare når det er tale om digitale overføringar. Som framheva av EU-domstolen vil opphavsmenn kunne gjere bruk av tekniske beskyttelsessystem.⁷⁸ Det kan i denne samanheng namnast at Amazon har blitt tildelt patent for «forward-and-delete»-teknologiar, som inneber at verkstilgangen kan fjernast automatisk idet ei digital vidareformidling finn stad.⁷⁹ Argumentasjonen rundt potensialet for vidareformidling og behalden verkstilgang kan difor tvert imot takast til inntekt for rettsleg likestilling mellom fysiske overdragingar og digitale overføringar av verk, og ikkje for å grunngi ei avgrensing av konsumpsjonsregelen til å berre gjelde fysiske eksemplar.

Eit særleg framtreiande argument i UsedSoft-dommen for å likestille digitale overføringar og tradisjonelle spreining i relasjon til konsumpsjonsregelen, er prinsippet om den intellektuelle eigedomsrett sin særlege gjenstand. Dette argumentet synes også å vere den reelle grunngjevinga for domsresultatet.⁸⁰ Dette prinsippet blei nytta av EU-domstolen også før vedtakinga av ulike opphavsrettslege prinsipp, og er i realiteten ikkje noko anna enn namnet på ei rimeleg avgrensing og balansering av den opphavsrettslege beskyttelsen, i høve konkurransereglane i EU, særleg reglane om fri flyt av varer og tenester.⁸¹ I dommen vert prinsippet nytta til å utpense innhaldet i konsumpsjonsregelen, og det vert uttalt at beskyttelsen ikkje må hindre fri vidarespreining utover det som er naudsynt «to safeguard the specific subject-matter of the intellectual property concerned.»⁸² Vidare uttalar domstolen at ein einerett til digital overføring som ikkje vert konsumert, vil setje opphavsmannen i stand til krevje nytt vederlag for kvar nye overføring. Så lenge han har hatt moglegheit til å oppnå passande vederlag ved den første omsetjinga, vil ein slik rett vere i strid med prinsippet om den intellektuelle eigedomsretten sin særlege gjenstand. Digitale overføringar måtte difor likestillast med tradisjonell spreining av fysiske eksemplar, slik at konsumpsjonsregelen kom til bruk. Eksemplarmgrepet omfattar også slike digitale datamengder som er gjenstand for digital overføring. Dette talar sterkt i retning av at det same må gjelde etter åvl § 19.

⁷⁸ UsedSoft-dommen avsnitt 79. Tekniske beskyttelsessystem blir internasjonalt forkorta TPMs eller DRM.

⁷⁹ United States Patent 8 364 595 (29. januar 2013).

⁸⁰ I denne retning også Riis, Schovsbo og Udsen (2013) på side 469.

⁸¹ Til dømes sak C-78/80 (Deutsche Grammophon v. Metro) avsnitt 11.

⁸² UsedSoft-dommen avsnitt 62.

Som argument mot å tillate konsumpsjon av digitale overføringer framhevar Rognstad særleg rettssystematiske omsyn.⁸³ I denne samanheng nemner han det grunnleggjande skiljet mellom overdraging av eksemplar og overdraging av rettar til å råde over «det immaterielle objekt», og korleis dette heng saman med forholdet mellom opphavsrettslege og tingsrettslege rettsposisjonar. Ved tradisjonell spreing av fysiske eksemplar inneber overdraginga også overføring av den tinglege rådigheita over eksemplaret. Om det ikkje skulle eksistere ein regel om rett til vidarespreing, ville det oppstå eit spenningsforhold mellom den opphavsrettslege beskyttelsen og det tingrettsrettslege prinsippet om at den som eig ein ting står fritt til å råde over denne som ein vil. Konsumpsjonsregelen løyser opp dette spenningsforholdet, men tilsvarende betraktningar gjer seg ikkje gjeldande ved digitale overføringer. Ein må imidlertid ha i mente at ein digital konsumpsjon er meint å løyse opphavsrettslege problemstillingar, og at oppløysinga av spenningsforholdet ikkje er den einaste grunngevinga for konsumpsjonsregelen. I UsedSoft-dommen er til dømes ikkje problemet nemnt, domstolen fokuserer berre på balanseringa av opphavsmannen sin einerettsposisjon. Det er nok slik at argumentet styrkar grunnlaget for konsumpsjon i den tradisjonelle spreingssituasjonen, men det kan ikkje takast til inntekt for ei avgrensing av konsumpsjonsregelen mot digitale overføringer. Mads Bryde Andersen er einig i det siste når han skriv at:

«der ingen retssystematisk begrundelse er for at behandle værker, der overdrages i rent digital form, anderledes i relation til konsumptionsadgangen end værker, der overdrages integreret i et medium.»

Etter dette må konklusjonen vere at «eksemplar» i åvl § 19 første ledd i visse tilfelle må tolkast dit hen at digitale overføringer er omfatta. Konsumpsjonsreglen vil difor gjer seg gjeldande, og den som har erverva eit verk etter digital overføring må difor, på visse vilkår, fritt kunne overføre verket vidare.

4.2.4. Vilkår for å kunne nytte retten til vidaresal

Vilkåra for å nytte retten til vidaresal er nemnt tidlegare i framstillinga. Først og fremst må den digitale overføringa kunne likestillast med eit sal. Dette vil vere tilfelle når det i realiteten har skjedd ei overføring av eigedomsrett og funne stad ei betaling av passende vederlag. Vidare er det grunn til å trekke fram vilkåra oppstilt i UsedSoft-dommen avsnitt 69-71, då desse også må gjelde etter norsk rett.⁸⁴ Ein regel om konsumpsjon av digitale overføringer av

⁸³ Rognstad (2003) side 461-462.

⁸⁴ Sjå punkt 3.2.3.

programvare bygger i stor grad på EU-domstolen si tolking av Programvaredirektivet i denne dommen, og den norske regelen må vere samanfallande.

For det første er det, når det første ervervet inneber overføring av fleire digitale kopiar eller brukslisensar, ikkje høve til å splitte opp denne «programvarepakken». Ein ervervar som tileignar seg ein lisenspakke med 25 bruksrettar, slik som i UsedSoft-dommen, men berre har behov for 15, kan såleis ikkje overdra dei overskytande vidare. Konsumpsjonen knyt seg til heile pakken.

Det andre vilkåret EU-domstolen oppstilte, er at den første ervervaren må fjerne sin eigen tilgang til programvaren om han ønskjer å gjere bruk av retten til vidareformidling.⁸⁵ Som nemnt heng desse to avgrensingane tett saman. At vidareformidlaren fjernar sin eigen tilgang er eit grunnleggjande trekk ved konsumpsjonsregelen, og ein av kjepphestane mot å tillate digital konsumpsjon har vore det vanskelege bevisspørsmålet knytt til digitale kopiar i denne samanheng. EU-domstolen meinte at det også ved vidaresal av fysiske eksemplar ville vere vanskeleg å forsikre seg mot at vidareformidlaren har fjerna sin eigen verkstilgang, og fann ikkje at dette var grunn til å behandle dei to situasjonane ulikt.⁸⁶ Vidare vil opphavsmenn kunne gjere bruk av tekniske beskyttelsestiltak for å hindre bruk etter vidaresal. Etter at Amazon blei tildelt patent for digitale «forward-and-delete»-teknologiar tidleg i 2013 er dette problemet til ei viss grad eliminert.⁸⁷ Patentet gjeld tekniske mekanismar som, forenkla, gjer vidareformidlaren sin kopi ubrukeleg ved digital overføring.

For det tredje må den som skal ha rett til å foreta eit vidaresal, ha føretatt ei eksemplarframstilling, jf. avsnitt 71 i UsedSoft-dommen. Dette er det mest interessante problemet i denne samanheng.

4.2.5. Rett til eksemplarframstilling for den som ønskjer å vidareformidle programvare?

4.2.5.1. Åndsverkloven § 39h første ledd

Som det kan utleiast av det vide eksemplaromgrepet, heng spørsmålet om rett til eksemplarframstilling tett saman med spørsmålet om konsumpsjon av digitale overføringar. Ei eksemplarframstilling finn stad ved installeringa av eit program, og etter avsnitt 71 i UsedSoft-dommen, må den som ønskjer å vidareformidle programvare «carry out a new

⁸⁵ UsedSoft-dommen avsnitt 70.

⁸⁶ UsedSoft-dommen avsnitt 79.

⁸⁷ United States Patent 8 364 595 (29. januar 2013).

installation – and hence a new reproduction – of the program». Heimel for å foreta ei eksemplarframstilling kan tenkjast å følgje av den opphavlege avtalen med opphavsmannen, men når dette ikkje er tilfelle, må heimel søkast i regelverket.

Etter både Programvaredirektivet art. 5(1) og åvl § 39h første ledd, har ervervaren av programvare rett til å foreta ei eksemplarframstilling for å kunne «bruke programmet i samsvar med dets formål». Regelen har sin bakgrunn i programvarer sin spesielle eigenart. Ei eksemplarframstilling er ein naudsynt del av den tekniske prosessen som finn stad når programmet vert køyrt på ei datamaskin, og denne eksemplarframstillinga tillét regelverket når køyringa skjer for å bruke programmet i tråd med formålet, herunder feilretting. Eksemplarframstilling i form av kopiering for å utvide utnyttingsmoglegheitene for programvaren, gir føresegna ikkje heimel til.⁸⁸ Den aktør som først og fremst ervervar programvaren for å nytte denne, enten privat eller i ei verksemd, vil ha rett til å foreta eksemplarframstilling. At denne personen vidareformidlar programvaren når han er ferdig med den, eller av andre grunnar ønskjer å realisere verdien som ligg i den, er ikkje problematisk. Problemet reiser seg i relasjon til den aktør som ønskjer å ha ein forretningsmodell som baserer seg på vidareformidling av programvare som først er erverva ved digital overføring. I denne samanheng kan ein tale om «kommersiell eksemplarframstilling», altså der formålet med eksemplarframstillinga aleine er å mogleggjere vidaresal.

Den naturlege forståinga av ordlyden er at føresegna skal sette den lovlege ervervaren i stand til gjere bruk av programvaren. I lys av forarbeidsuttalen som stenger for mangfaldiggjering, må det vere klart at det er den ordinære utnyttinga av programmet som er heimla. Om ein skal innfortolke ein rett til kommersiell eksemplarframstilling i åvl § 39h første ledd, vil dette vere å øve vold mot ordlyden. Heller ikkje i UsedSoft-dommen blei den tilsvarande føresegna i Programvaredirektivet art. 5(1) gitt ei slik tyding. I saka fann det ikkje hos UsedSoft stad noko eksemplarframstilling, det var berre brukslisensar som blei overdratt vidare. Noko heimel for kommersiell eksemplarframstilling kan ikkje utleiast frå åvl § 39h.

Er det, som i UsedSoft-dommen, berre tale om ei mellommannsteneste som formidlar kontakt mellom private som ønskjer å kjøpe og selje brukt programvare, vil det ikkje vere naudsynt med heimel for eksemplarframstilling for tenesteytaren. Det kan imidlertid tenkast at den eksemplarframstillinga som finn stad hos sluttbrukaren har eit indirekte kommersielt formål,

⁸⁸ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) side 22-23.

ved at den er kome i stand etter ei slik teneste, som det vil bli betalt vederlag for. Det primære formålet med eksemplarframstillinga vil i eit slikt tilfelle likevel vere å gjere ordinær bruk av programmet, og ein kan neppe stenge for ein slik praksis ved å vise til ordlyden i åvl § 39h. UsedSoft-dommen støttar ei slik forståing.

4.2.5.2. Kan konsumpsjonen gi heimel til eksemplarframstilling for vidareformidlaren?

Det overordna formålet med konsumpsjonsregelen er å balansere opphavsmannen sin einerettsposisjon til det som er naudsynt og rimeleg. Ved at eineretten vert konsumert, vil ikkje opphavsmannen kunne krevje vederlag frå kvart ledd i omsetjingsrekka, og på denne måten oppnå dobbeltkompensasjon, og heller ikkje styre den vidare skjebnen til programvaren han har brakt på marknaden. For at konsumpsjonsregelen skal ha nokon realitet i dei tilfelle det er tale om kommersiell vidareformidling, er det nøydt å eksistere ein rett for vidareformidlaren til å foreta ei eksemplarframstilling. Det kan vere mogleg å rekne ein slik rett som eit aksessorium til konsumpsjonen. Slike betraktningar er også gjort i dansk teori, men der i relasjon til eksemplarframstilling for sluttbrukaren ved digital konsumpsjon av andre verkstypar.⁸⁹

Synspunktet om å heimle ein rett til eksemplarframstilling i «konsumpsjonsprinsippet» er kontroversielt i den forstand at konsumpsjonsregelen eigentleg berre er knytt til spreingsretten. Ein kan likevel tillate seg å tenke i desse baner fordi konsumpsjonen kan seiast å omfatte dei unyttingsmåtar som er naudsynte for å oppnå ei rimeleg balansering av opphavsmannen si stilling kontra ålmenta, og fordi innhaldet i konsumpsjonsregelen vanskeleg kan fastslåast presist. Det er også eit generelt poeng at ein somme gonger må foreta drastiske endringar av festna oppfatningar, for at ein skal oppnå ei effektiv regulering av nye situasjonar. Særleg må dette siste gjelde opphavsretten i ei tid der distribusjonsformene har endra seg markant. Desse betraktningane har støtte i UsedSoft-dommen, særleg avsnitt 62 og 63. Der det vert framheva at formålet med konsumpsjonsregelen er å avgrense eineretten til vidareformidling til det som er naudsynt for å verne den intellektuelle eigedomsretten sin særlege gjenstand, altså å setje opphavsmannen i stand til oppnå rimeleg vederlag.⁹⁰ I avsnitt 44 vert det også bemarka at overføringa av programvaren er meningslaus om det ikkje også skulle eksistere ein rett til bruk, som altså er betinga av ein rett til eksemplarframstilling.

⁸⁹ Riis, Schovsbo og Udsen (2013) side 473-476.

⁹⁰ Sjå om dette under punkt 3.2.2. og 4.2.3.

Vidare har desse betraktningane støtte i fortalen til WIPO Copyright Treaty, der det er uttala at signaturstatane tar inn over seg behovet for ein effektiv og balansert beskyttelse av opphavsmannen sine interesser, samt behovet for å introdusere nye reglar og tolkingar

*«in order to provide adequate solutions to the questions raised by new economic, social, cultural and technological developments».*⁹¹

Om ein skal fortsetje å gi kraft til konsumpsjonsregelen som avgrensing og presisering av den opphavsrettslege spreingsretten, er ein nøydt å gjere regelen fleksibel nok til å følgje med når formene for distribusjon endrar seg.

EU-domstolen har også tidlegare knytt konsumpsjonsregelen og retten til eksemplarframstilling tett saman. Sak C-337/95 (Dior) gjaldt konsumpsjon på varemerkeretten sitt område.⁹² Domstolen fastslo her at konsumpsjonen omfattar retten til vidaresal med varemerkene påsatt, herunder også ein rett til vise varer, med merker, i reklame. Domstolen uttalte i denne samanheng at opphavsrettsleg beskyttelse av merkene og emballasjen, ikkje kunne føre til eit anna resultat.⁹³ Dommen inneber på denne måten ein konsumpsjon av eksemplarframstillingsretten ved å tillate avbilding i reklame.

Dei nemnde omsyn og eksempel viser korleis konsumpsjonsprinsippet ikkje kan oppfattast som eit dogme, men heller som ei rettsleg løysingsmekanisme, med eit innhald som ikkje skarpt kan fastslås, men som avheng av konsekvensane under dei konkrete omstendene. Ein kan difor ikkje trekke den slutning at kommersiell vidareformidling i kraft av digital konsumpsjon ikkje kan skje, aleine fordi denne vidareformidlinga vil innebere ei såkalla kommersiell eksemplarframstilling. Det er tvert imot haldepunkt for å tillate eksemplarframstilling i kraft av konsumpsjonen, slik at konsumpsjonsregelen også får ein realitet når det er tale om kommersiell vidareformidling.

4.3. Ein avgrensa konsumpsjonsregel for framføringsretten knytt til digitale overføringar av programvare?

Det er gode haldepunkt for å seie at konsumpsjonsregelen i åvl § 19 kan gjere seg gjeldande for digitale overføringar av programvare, slik at ervervaren fritt kan overdra programvaren

⁹¹ http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166#preamble (sist besøkt. 22. mai 2014).

⁹² EU-domstolen sak C-337/95 (Parfums Christian Dior SA og Parfums Christian Dior BV mot Evora BV)

⁹³ Dior-dommen, avsnitt 58.

vidare. Dette kan oppnåast ved å tolke vilkåra «solgt» og «eksemplar» utvidande, i tråd med prinsippet om direktivkonform tolking. Særleg i lys av EU-domstolen si tolking av Programvaredirektivet i UsedSoft-dommen, er det legitimt å kome til ein slik konklusjon. Når overføringa ligg nært opptil den tradisjonelle spreingssituasjonen, ved at opphavsmannen mottar passende betaling, og denne i realiteten overfører eigedomsretten til programvaren, er det liten grunn til å skilje dei to ulike distribusjonsformene. Ved ei slik konkret tilpassing av det opphavsrettslege spreingsomgrepet vil reglane bli fleksible nok til å bøte på dei rettslege utfordringane den teknologiske utviklinga ber med seg.

Etter den føregåande drøftinga, særleg under punkt 4.2.3. må det også vere haldbart å utvide eksemplarmgrepet i åvl § 19 til å omfatta digitale kopiar som er gjenstand for digitale overføringar. Det tradisjonelle skiljet mellom fysiske og digitale 'eksemplar' kan i lys av moderne teknologi og nyare distribusjonsformer ikkje oppretthaldast. Av særleg betyding i denne samanheng er at dei økonomiske og praktiske konsekvensane ved begge distribusjonsformer er like. Opphavsmannen har moglegheit for å tileigne seg passende vederlag i begge situasjonar. Det er heller ikkje slik at moglegheitene for å vurdere om den som vidaresele programvare har fjerna sin eigen verkstilgang, er verre når det tale om digitale kopiar.

Ein generell, uavgrensa rett til vidareformidling av programvare som er erverva ved digital overføring, kan det derimot ikkje opnast for. Som i UsedSoft-dommen må det leggjast band på åtgangen. Dette er i tråd med det opphavsrettslege rasjonale om balanse mellom opphavsmannen og ålmenta sine interesser. Den første ervervaren av programvare kan såleis ikkje mangfaldiggjere eksemplaret sitt, og ved vidareformidling auke den totale bruken av verket som opphavleg blei overført. Dette er ei betraktning som kjem i forlenginga av vilkåret som at vidareformidlaren må fjerne sin eigen verkstilgang for å ikkje krenke opphavsmannen sine eksklusive rettar til eksemplarspreiing og eksemplarframstilling, og er også gitt uttrykk for i UsedSoft-dommen. Avgrensinga om at vidareformidlaren må ha rett til å foreta ei eksemplarframstilling er det liten realitet i, då denne berre vil gjelde for kommersiell vidareformidling, og ein slik framstillingsrett etter føregåande drøftingar kan seiast å følgje av konsumpsjonen.

Løysinga som er argumentert for i denne framstillinga vil rokke ved dei tradisjonelle oppfatningane i norsk rett om opphavsrettslege einerettar til eksemplarspreiing og framføring av verk. Det er likevel ikkje ei berre rettspolitisk vurdering av korleis retten *bør* vere, og det

er ikkje gitt at norske domstolar i framtida vil oppretthalde dei klåre skiljeveggane mellom dei ulike utnyttingsformene. Oppgåva til domstolane er å løyse rettsspørsmål etter gjeldande rett, og gjeldande rett er ikkje noko anna enn

«den beste løysing på rettsspørsmålet, basert på dei rettskjeldefaktorane som har relevans og vekt i saka.»⁹⁴

5. AVSLUTTANDE MERKNADER

Sjølv om det etter mitt syn vil vere mogleg å sameine norsk rett med EU-retten gjennom utvidande tolking av åvl § 19, er det klart at lovgjevar har ei utfordring som må løysast. Ved å introdusere eigne reglar for programvare i åndsverkloven som samsvarar med Programvaredirektivet frå 2009 vil staten oppfylle implementeringsplikta etter EØS-avtalen art. 7. På denne måten vil ein også sleppe å tolke eksisterande reglar til å gjelde utover sitt tiltenkte virkeområde.

For opphavsmenn og programvareprodusentar som ønskjer å behalde rettane sine, ved å komme unna konsumpsjonsregelen, må nøkkelen etter den føregåande drøftinga vere å unngå distribusjonsformer som praktisk og økonomiske kan likestillast med tradisjonelle sal. Tidsuavgrensa brukslisensar i bytte mot eingongsvederlag som svarar til den økonomiske verdien av programvaren må unngåast. Abonnementsmodellar, der kunden mot eit lågare vederlag får tilgang til programvaren, og rett til å bruke denne i ein bestemt periode, kan vere eit mogleg alternativ. Etter ein slik modell må tilgangen periodevis fornyast, og konsumpsjonsregelen vil ikkje bli utløyst.

Det vil vere interessant med framtidige utgreiingar av spørsmålet om ein tilsvarande konsumpsjonsregel for digitale overføringar av andre verkstypar. Ei slik analyse er det dessverre ikkje rom for i ei lita masteroppgåva om temaet digital konsumpsjon av programvare. Også for andre verkstypar er digitale overføringar ei stadig meir aktuell distribusjonsform, og dei praktiske og økonomiske konsekvensane ved slike overføringar er i hovudsak dei same som ved tradisjonell overdraging av fysiske eksemplar. I høve andre verkstypar enn programvare er imidlertid rettskjeldebiletet forskjellig, då desse EU-

⁹⁴ Nygaard (2004) side 152.

rettsleg hovudsakleg vil vere regulert av InfoSoc-direktivet. I UsedSoft-dommen var det særleg fokusert på at Programvaredirektivet var *lex specialis* for programvare. Det er imidlertid interessant at EU-domstolen i dommen føretok ei tolking av InfoSoc-direktivet som kan indikere ei lik løysing på spørsmålet om digital konsumpsjon av andre verkstypar.⁹⁵

⁹⁵ UsedSoft-dommen avsnitt 52.

6. LITTERATUR

Juridiske fagbøker

- Andersen (2005) Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgåve, 1. opplag, København 2005.
- Arnesen og Stenvik (2009) Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode – særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 1. utgåve, Oslo 2009.
- Hagstrøm (2011) Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgåve, Oslo 2011.
- Helset m.fl. (2009) Per Helset m.fl., *Immaterialrett og produktetterligninger mv. etter markedsføringsloven*, 1. utgåve, Oslo 2009.
- Knoph (1936) Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936.
- Kohler (1907) Joseph Kohler, *Unheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907.
- Nygaard (2004) Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Bergen 2004.
- Rognstad (2009) Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 1. utgåve, Oslo 2009.
- Rognstad (1999) Ole-Andreas Rognstad, *Spredning av verkseksemplar – om konsumpsjon av rettigheter i eksemplar av vernede åndsverk*, 1. utgåve, Oslo 1999.
- Schovsbo (2001) Jens Schovsbo, *Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten*, 1. utgåve, København 2001.
- Schovsbo og Rosenmeier (2013) Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. utgåve, København 2013.

Juridiske artiklar

- Clarke (2013) Robert Clarke, «Exhaustion, geographical licensing restrictions and transfer prohibitions: two surprising decisions», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2013 vol. 8 nr. 6, Oxford 2013, side 460-469.

- Koktvedgaard (1970) Mogens Koktvedgaard, «Konsumptionsprincippet indenfor immaterialretten», *Tidskrift utgiven af Juridiska Föreningen i Finland (JFT) 1970*, Helsingfors 1970, side 227.
- Riis (2013) Thomas Riis, «Ophavsrettens fleksibilitet», *Nordiskt Immaterielt Rättsskydd (NIR)*, Nr. 2/2013, Stockholm 2013, side 139-151.
- Riis, Schovsbo og Udsen (2013) Thomas Riis, Jens Schovsbo og Henrik Udsen, «Videresalg af digitale eksemplarer – ændrer UsedSoft-dommen retstilstanden?», *Nordiskt Immaterielt Rättsskydd (NIR) Nr. 5/2013*, Stockholm 2013, side 457-479.
- Rognstad (2003) Ole-Andreas Rognstad, «Konsumpsjon av digitale overføringer – et forslag til en alternativ løsningsmodell», *Festskrift til Mogens Koktvedgaard*, København 2003, side 447-472.
- Rognstad (2014) Ole-Andreas Rognstad, «”Bruktsalg” av digitale filer – noen refleksjoner», *Jon Bing – En hyllest / A tribute*, 1. utgåve, Oslo 2014.
- Rosati (2012) Eleonora Rosati, «Exhaustion also applies to first sale of downloaded software», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2012 vol. 7 nr. 11, Oxford 2012, side 786-788.

Lover og lovførearbeid

Lov 12. mars 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk.

Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter.

Lov 14. mars 2003 nr. 15 om beskyttelse av design.

Lov 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker.

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

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. 79 (1991-1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.

Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk.

NUT 1950:1 Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk

Innst. 1925

SOU 1956:25 (Den svenska upphovsrätts komitten – auktorrättskomitten).

Official Journal of the European Union, Volume 52, 27. november 2009, CE 296/61
(<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.CE.2009.286.01.0061.01.ENG>)
(besøkt: 26. mai 2014).

Direktiv og konvensjonar

Direktiv 2001/29/EF om opphavsrett i informasjonssamfunnet (InfoSoc-direktivet)

Direktiv 2009/24/EF om rettsleg beskyttelse av dataprogram (Programvaredirektivet)

WIPO Copyright Treaty (20. desember 1996)

«Agreed Statements» til WIPO Copyright Treaty

http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456 (sist besøkt 8. mai 2014)

Rettspraksis

Norsk rettspraksis:

Rt. 2005 s. 41 (*Napster*)

Rt. 2006 s. 1473 (*Livbøye*)

Rt. 1998 s. 1809 (*BUD-dommen*)

EU-domstolen:

Sak C-128/11 (*UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp.*) 3. juli 2012 (endå ikkje i Sml.)

Sak C-466/12 (*Svensson m.fl. mot Retriever Sverige AB*) 14. februar 2014 (endå ikkje i Sml.)

Sak C-414-416/99 (*Davidoff, Levi-Strauss*), Sml. 2001 s I-8169

Sak C-78/80 (*Deutsche Grammophon Gesellschaft MBH mot Metro-SB-Grossmärkte GmbH*)
8. juni 1971 (ikkje i Sml.)

Sak C-337/95 (*Parfums Christian Dior SA og Parfums Christian Dior BV mot Evora BV*)
Sml. 1997 s. I-6013.

Sak C-5/08 (*Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening*) Sml. 2009 s. I-6569.

Anna

United States Patent 8 364 595 (29. januar 2013) (<http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect1=PTO1&Sect2=HITOFF&d=PALL&p=1&u=%2Fnethtml%2FPTO%2Fsrchnu.htm&r=1&f=G&l=50&s1=8,364,595.PN.&OS=PN/8,364,595&RS=PN/8,364,595>)
(besøkt: 26. mai 2014).