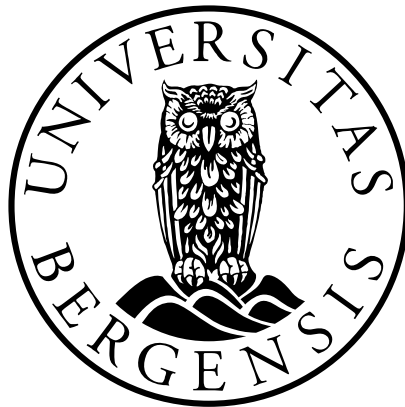


Opphavers eksklusive rett til å overføre verket til allmennheten

*En analyse av EU-domstolens tolkning av
artikkel 3 (1) i opphavsrettsdirektivet*

Kandidatnummer: 213034

Antall ord: 13957



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

INNHOLDSFORTEGNELSE

1. INNLEDNING	3
1.1. TEMA	3
1.2. BAKGRUNN	3
1.3. AVGRENSNING	4
1.4. METODE	5
1.5. BEGREPSAVKLARING	6
1.5.1. <i>Opphaver</i>	6
1.5.2. <i>Overføringsretten</i>	7
1.5.3. <i>Originære- og sekundære overføringer</i>	7
1.5.4. <i>Internett</i>	8
1.5.5. <i>World Wide Web</i>	8
1.6. FREMSTILLINGEN VIDERE.....	9
2. OPPHAVSRETTSDIREKTIVET	10
2.1. INNLEDNING	10
2.2. FORMÅL	10
2.3. EN OVERSIKT OVER ARTIKKEL 3 (1)	11
2.3.1. <i>EU-domstolens tolkning av artikkel 3 (1)</i>	12
2.3.2. <i>Fraværet av konsumpsjonsvirkning knyttet til overføring av verket</i>	13
3. VILKÅRENS MATERIELLE INNHOLD	15
3.1. «OVERFØRING»	15
3.1.1. <i>Innledning</i>	15
3.1.2. <i>Generelt</i>	15
3.1.3. <i>Originære overføringer</i>	16
3.1.3.1. <i>Innledning</i>	16
3.1.3.2. <i>Aktive overføringer av verket</i>	16
3.1.3.3. <i>Tilrådighetsstilling av verket</i>	17
3.1.4. <i>Sekundære overføringer</i>	18
3.1.4.1. <i>Sekundære aktive overføringer av verket</i>	18
3.1.4.2. <i>Sekundær tilrådighetsstilling av verket</i>	19
3.1.5. <i>Den tekniske fremgangsmåten</i>	23
3.1.6. <i>Kritikk</i>	27
3.1.6.1. <i>Innledning</i>	27
3.1.6.2. <i>Brukerens rolle</i>	27
3.1.6.3. <i>Kategoriseringen av lenker</i>	29
3.1.6.4. <i>Det kvalifiserende kriteriet</i>	30
3.1.7. <i>Oppsummering</i>	31
3.2. «ALLMENNHETEN»	32
3.2.1. <i>Vilkårets innhold</i>	32
3.2.2. «Nytt publikum».....	33
3.2.2.1. <i>Tilrådighetsstilling av verket på WWW</i>	33
3.2.2.2. <i>Tilrådighetsstilling av utstyr</i>	34
3.2.3. <i>Kritikk</i>	36

3.2.3.1. Innledning.....	36
3.2.3.2. Introduksjon av en konsumpsjonsvirkning ved utleggelse på internett.....	36
3.2.3.3. Forholdet til Bernkonvensjonen artikkel 5 (2).....	38
3.3. OPPSUMMERING	39
4. DE KVALIFISERENDE KRITERIENES FORENLIGHET MED BERNKONVENSJONEN	41
4.1. INNLEDNING	41
4.2. «NYTT PUBLIKUM»	41
4.3. «DEN TEKNISKE FREMGANGSMÅTEN»	44
4.4. FORSLAG TIL ALTERNATIVE LØSNINGER.....	46
5. ARTIKKEL 3 (1) OG ÅVL. § 2.....	49
5.1. BEHOV FOR ENDRING?	49
5.2. FREMTIDEN	49
KILDER	51

1. Innledning

1.1. Tema

Oppgavens tema er EU-domstolens tolkning av artikkel 3 (1) i direktiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 «om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationsområdet» - opphavsrettsdirektivet. Bestemmelsen gir opphaver en eksklusiv rett til å tillate eller forby tilgjengeliggjøring av hans åndsverk til allmennheten gjennom trådbunden og trådløs overføring, samt tilrådighetsstillelse av verket slik at publikum selv velger tid og sted. Oppgavens formål er å avdekke innholdet i artikkel 3 (1) samt behandle sentrale deler av kritikken rettet mot EU-domstolens tolkning av bestemmelsen.

Opphavsrettsdirektivet er innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVII.¹ Hovedformålet med EØS-avtalen er å utvide EUs indre marked til å omfatte EFTA-statene slik at disse utgjør en integrert del av det indre markedet. Opphavsrettslige rettigheter spiller en betydningsfull rolle i relasjon til de fire friheter Dette gjør temaet særlig interessant med tanke på de muligheter den teknologiske utviklingen gir oss. For norsk rett betyr dette at store deler av utviklingen av opphavsretten skjer i regi av EU og EU-domstolen.²

1.2. Bakgrunn

Som følge av den teknologiske utviklingen har opphavers rettigheter kommet i en presset stilling. En faktor som er av stor betydning i dette henseende er internettets utbredelse. Internett har gjort det mulig for bedrifter og private å foreta aktive overføringer og tilrådighetsstillelse av verket overfor allmennheten. Denne bruken av verket krever få ressurser fra overførerens side med både tanke på økonomiske ressurser og tid som går med til overføring. Dette har naturligvis ført til at omtrent samtlige brukere av internett i dag

¹ EØS-komiteens beslutning nr. 110/2004 , 09. juli 2004

² NOU 2012: 2 «Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU», del III, kap. 20 punkt 20.13

foretar handlinger som er å karakterisere som overføringer av opphavers åndsverk. Eneretten til å tillate overføringer av verket er av stor økonomisk verdi for opphaver.

Til tross for den teknologiske utviklingen som i stor fart endrer samfunnet formuleres det opphavsrettslige lovverket generelt slik at tilgjengeliggjøring både ved bruk av den klassiske kringkastingen via satellitt og kabel og overføringer som benytter internett omfattes av samme bestemmelse etter norsk rett og internasjonal rett, herunder EU-retten. Den hurtige teknologiske utviklingen har vist seg vanskelig å følge for lovgiver. Resultatet er gråsoner som både sluttbruker og personer som ønsker å gjøre nytte av andres arbeid kan bruke for å nytte resultatet av opphavers innsats uten at opphaver får et vederlag for dette. En slik rettstilstand er ikke ønskelig og vil stride mot de prinsipper opphavsretten bygger på.

Åndsverk blir i stort omfang tilgjengeliggjort uten opphavers samtykke gjennom programvarer som Popcorn Time, gjennom utleggelse av verket på streamingsider, fildelingssider mv. Samtidig finner det sted bruk av opphavers åndsverk uten hans eller hennes eksplisitte samtykke som havner i en gråsoner der hensyn til opphaver må veies opp mot samfunnsinteresser. Felles for flere av tilgjengeliggjøringshandlingene som benyttes i dag er at de foretas av privatpersoner og at overføringen benytter internett og lenker for å koble sluttbrukeren til verket. Lenkeproblematikken kommer i en særstilling fordi en lenke ikke forteller noe om hvem som har verket i sin besittelse grunnet de muligheter internett og World Wide Web gir brukeren. Samtidig utgjør lenker en vital del av nyhetsmedier og sosiale medier der informasjon og ytringer spres i stor fart. Ytrings- og informasjonsfrihet er grunnleggende rettigheter i dagens moderne samfunn og opphavsretten berører informasjonsflyten og dermed ytringsfriheten.

1.3. Avgrensning

Grunnet avhandlingens ordgrense er det ikke plass til omfattende utgreiinger om de forpliktelser som følger de internasjonale konvensjoner som berører opphavsretten. I denne oppgaven rettes søkelyset særlig mot BK art. 11bis(1) og den rett opphaver er gitt etter denne bestemmelsen.

Opphavers enerett til eksemplarfremstilling og problemstillinger knyttet til midlertid reproduksjon blir ikke berørt i denne oppgaven. Eksemplarfremstillingsretten har nær tilknytning til en del av de problemstillinger som oppstår i forbindelse med tilgjengeliggjøring av verket. EU-domstolen tar i disse dager stilling til om en skolejentes nedlastning og opplastning av et opphavsrettslig beskyttet bilde i forbindelse med en skoleoppgave utgjør en «overføring til allmennheten» i henhold til gjeldende EU-rett.³ Bundesgerichtshof, Tysklands øverste føderale høyesterett for sivil- og straffesaker, unnlot å be EU-domstolen ta stilling til hvorvidt det her har funnet sted en eksemplarfremstilling, men vi kan håpe at domstolens svar berører dette enten direkte eller indirekte.

1.4. Metode

Store deler av utviklingen av norsk opphavsrett skjer i dag i EU-systemet som følge av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Årsaken til dette er at opphavsretten faller innenfor kjerneområde i avtalen, nemlig de fire friheter. Praksis fra EU-domstolen står helt sentralt i utviklingen av opphavsretten i EU/EØS. Det er EU-domstolen og denne alene som står for den autoritative tolkningen av EU-retten. Domstolen anser det ikke bare som en rett å utvikle EU-retten, men at den også har en plikt til å gjøre dette.⁴ Avgjørelsene EU-domstolen treffer på opphavsrettens område er prejudisielle avgjørelser angående bestemmelsers materielle innhold. Dette er nedfelt i TFEU art. 267.⁵ Avgjørelsene treffes som regel i avdeling bestående av tre eller fem dommere. Ved behandlingen av spørsmål som er særlig viktig behandles saken i plenum.

Plenumsavgjørelser vil i utgangspunktet ha større rettskildemessig verdi. En svakhet ved EU-domstolens avgjørelser er imidlertid at dissens blant dommerne ikke kommer frem i domsavsigelsen.⁶ Tilstedeværelse av dissenterende dommere vil påvirke domsavsigelsens

³ C-161/17 – Saken er ikke ferdigbehandlet.

⁴ Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, 2011 s. 55

⁵ Treaty on the Functioning of the European Union

⁶ Sejersted mfl., s. 236

innhold ved at det må inngås kompromisser for å komme frem til et resultat flertallet kan akseptere.⁷ Resultatet av dette er at formuleringer i domsavsigelsene kan ha et tvetydig og uklart innhold. Den negative konsekvensen vil kunne avhjelpest av senere praksis fra domstolen, men en slik avklaring kan ta lang tid avhengig av flere faktorer.

Opphavsrettsdirektivet bygger på prinsipper og bestemmelser som er å finne i tidligere vedtatte direktiv.⁸ EU-domstolen har slått fast at begrepet «overføring til allmennheten» må gis likt innhold på tvers av direktivene så fremt annet ikke følger av det enkelte direktiv.⁹ Dette synspunktet ble bekreftet i REHA, en sak som ble avgjort i Stor avdeling hvor det følger at «overføring til allmennheten» har samme innhold i opphavsrettsdirektivet og utleiedirektivet.¹⁰ Saker som gjelder tolkning av andre direktiver enn opphavsrettsdirektivet vil følgelig også være av relevans.

Internasjonale konvensjoner har satt rammen for utviklingen av artikkel 3 (1) i opphavsrettsdirektivet. Dette innebærer at bestemmelsen så langt det er mulig skal tolkes i samsvar med Bernkonvensjonen (BK), WIPO Copyright Treaty (WCT), og TRIPS-avtalen.¹¹ EU er forpliktet til å følge de prinsipper som er nedfelt i Bernkonvensjonen som medlem av WCT. Dette følger av WCT artikkel 1 (4). Uavhengig av dette danner Bernkonvensjonen grunnlaget for WCT og TRIPS. Dette viser Bernkonvensjonens relevans ved behandling av opphavsrettslige problemstillinger.

1.5. Begrepsavklaring

1.5.1. Opphaver

Det arbeides i disse dager med å modernisere og forenkle lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk - åndsverkloven. I den forbindelse har det blitt foreslått å ta i bruk det

⁷ Sejersted mfl., s. 136 petitavsnittet

⁸ Opphavsrettsdirektivets fortale 20. avsnitt

⁹ FAPL 184-188

¹⁰ REHA 31

¹¹ FAPL 189

kjønnsnøytrale begrepet «opphaver» framfor den nå gjeldende betegnelsen «opphavsmann».¹² En slik endring av språkdrakten er i tråd med de trender vi ser i samfunnet i dag. Begrepsfornyelsen innebærer ingen realitetsendring. I tråd med forarbeidene vil jeg ta i bruk «opphaver» i min oppgave.

1.5.2. Overføringsretten

Fremføringsbegrepet som anvendes i åndsverkloven § 2 andre ledd bokstav c) omfatter et større spekter av fremføringshandlinger sammenlignet med opphavsrettsdirektivets artikkel 3 (1). Ettersom avhandlingen retter seg mot EU-domstolens tolkning av nevnte artikkel vil jeg benytte begrepet «overføringsretten». Der det faller naturlig vil begrepet «tilgjengeliggjøringsretten» også anvendes. Overføringsretten og tilgjengeliggjøringsretten gis i denne sammenheng samme materielle innhold.

1.5.3. Originære- og sekundære overføringer

Opphavers enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten innebærer at enhver som ønsker å gjøre bruk av opphavers verk overfor allmennheten må innhente hans samtykke. EU-domstolens utvikling av artikkel 3 (1) har imidlertid ført til at samtykke under noen omstendigheter ikke er nødvendig. For at dette skal være tilfelle må den nye overføringen være avledet en tidligere gjennomført overføring. Jeg finner det hensiktsmessig å omtale disse overføringshandlingene som originære- og sekundære overføringer. Dette er begreper som ikke har blitt anvendt i teorien, men som etter min mening er nødvendig for å frem hva som faktisk skal vurderes etter artikkel 3 (1).

Originære overføringer er selvstendige i den forstand at vedkommende som foretar overføringen er i besittelse av opphavers verk. Om vedkommende har fått opphavers samtykke til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten er ikke relevant i dette henseende.

¹² Prop. 104 L (2016-2017) s. 11, tredje avsnitt.

En person som laster opp en låt av sin favorittartist på sin egen nettside har gjennomført en originær overføring. Den som lenker til denne sangen gjennom bruk av innbyggingslenker eller andre former for lenker har gjennomført en sekundær overføring. Sistnevnte er avhengig av at en annen har gjennomført en overføring før ham. Det er uten betydning hvor mange som har gjennomført originære og sekundære overføringer av opphavers verk. Hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret.

1.5.4. Internett

Det er naturlig å omtale internett som et globalt omspennende nettverk bestående av mindre nettverk som har til felles at de kommuniserer med hverandre og tillater flyt av informasjon. En analogi som kan være til hjelp er å se for seg internett som et svært nettverk av veier. Veiene tillater transport mellom byer og land. Konstruksjonen «internett» har laget en plattform hvor informasjon kan distribueres over hele verden ved et enkelt tastetrykk.

Internettet er desentralisert. Dette innebærer at ingen har kontroll over internettet. Den underliggende overføringsteknologien som benyttes, TCP/IP, er begge åpne protokoller som er tilgjengelig for alle. Alle som ønsker kan dermed koble seg til internett dersom de ønsker uten at noen andre i realiteten kan forhindre dem. At alle kan koble seg til internett og gjennom WWW legge ut materiale er en del av årsaken til de opphavsrettslige problemstillinger som har oppstått i dag. Samtidig viser dette det som er så fantastisk med internett nemlig at enhver kan koble seg til internett og legge ut det de ønsker på World Wide Web uten å måtte søke om godkjennelse fra en overordnet myndighet.

1.5.5. World Wide Web

Når vi surfer på nettet anvender vi en nettleser. Vi finner adressefeltet og taster inn adressen til nettaviser og sosiale medier. Fremkomstmiddelet som lar oss navigere på internett er World Wide Web – heretter omtalt som WWW. WWW ble utviklet av Sir Tim Berners-Lee da han jobbet ved CERN. Han ønsket å lette tilgangen til informasjon gjennom å skape en

felles standard for utleggelse av informasjon på internett.¹³ Resultatet ble språket HTML – HyperText Markup Language. Et HTML-dokument angir en nettsides struktur og gir brukeren muligheten til å publisere sine verk, vise grafikk, henviser til andres nettsider og implementere andres nettsider i sin egen.¹⁴ Et HTML-dokument gjør ingen forskjell mellom ulike former for lenking. I HTML-dokumentet består lenken av en henvisning til en URL (webadressen) hvor ressursen som ønskes fremvist på nettsiden ligger lagret.¹⁵

1.6. Fremstillingen videre

Den videre fremstillingen er delt i fire deler. Oppgaven behandler i kapittel 2 opphavsrettsdirektivets formål, de hensyn direktivet søker å ivareta og det generelle utgangspunktet for tolkningen av artikkel 3 (1). Det materielle innholdet i overføringsvilkåret og vilkåret om at overføringen må være rettet mot en allmennhet behandles i kapittel 3. I dette punktet vil leseren også bli introdusert for de to alternative kvalifiserende kriteriene som må være oppfylt for at en sekundær overføring skal være en «overføring til allmennheten» i henhold til direktivet. I kapittel 4 behandles kriterienes forenlighet med Bernkonvensjonen. Oppgaven avsluttes med behandling av forholdet mellom artikkel 3 (1) og åndsverkloven § 2 i kapittel 5.

¹³ https://www.w3.org/wiki/The_history_of_the_Web - avsnittet «The creation of World Wide Web» (Besøkt 12.04.18)

¹⁴ <https://www.w3.org/standards/webdesign/htmlcss> (Besøkt 12.04.18)

¹⁵ Store norske leksikon: snl.no, søkeord: «url»

2. Opphavsrettsdirektivet

2.1. Innledning

I kapittel 2.2 behandles opphavsrettsdirektivets formål sammen med de hensyn direktivet søker å ivareta. Dette er nødvendig for å forstå hvorfor EU-domstolen har tolket artikkel 3 (1) som den har gjort. De brede retningslinjene for tolkning av Artikkel 3 (1) behandles i kapittel 2.3.

2.2. Formål

Direktivet kom som en følge av et behov for å skape en generell og fleksibel ramme for den videre utviklingen av opphavsretten i informasjonssamfunnet.¹⁶ Direktivet har som formål å øke rettssikkerheten gjennom å skape et høyt beskyttelsesnivå for intellektuelle eiendomsretter herunder opphavers rettigheter. Sentralt står regulering andres utnyttelse av opphavers åndsverk i digitale formater. Opphavsrettsdirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv, dette innskrenker norske domstolars handlingsrom. EU-domstolen har tolket opphavsrettsdirektivet slik at medlemslandene ikke har anledning til å gi et sterkere vern for opphaver enn det som kan utledes av artikkel 3 (1).¹⁷

Formålet med opphavsrettsdirektivet er å harmonisere lovverket i medlemslandene for å fremme utviklingen av informasjonssamfunnet i Europa. Et harmonisert regelverk innad i EU vil fremme utvikling og markedsføring av nye varer og tjenester, samt skape nye former for utnyttelse av verk og hvordan disse verk skapes.¹⁸

Direktivet har et tosidig formål. Gjennom direktivets bestemmelser er formålet å sikre opphaver inntekt gjennom et sterkt vern av opphavers interesser. Opphaver er interessert i å bevare kontrollen over verket for å verne om verkets økonomiske verdi. Og man skal ikke

¹⁶ Opphavsrettsdirektivets forale 2. avsnitt

¹⁷ Svensson 34 flg.

¹⁸ Opphavsrettsdirektivets forale 2. avsnitt

undervurdere den kunstneriske verdien som ligger i denne retten.¹⁹ Gjennom å sikre opphaver et sterkt vern skapes incentiver for å investere i teknologi som inngår i skapelsesprosessen og utbredelse av verket.²⁰ Dette leder oss inn på det andre sentrale formålet med direktivet – ivaretagelse av samfunnshensyn. Gjennom å skape et velbygget rammeverk vil direktivet skape grobunn for økonomisk vekst til nytte for samfunnet gjennom verdiskapelse og nye arbeidsplasser. EU har uttrykkelig uttalt at direktivet skal respektere grunnleggende rettsprinsipper som ytrings- og informasjonsfriheten – to viktige verdier i dagens samfunn.²¹ Bruk av åndsverk til å fremme kultur og bruk av åndsverk til utdanningsformål er også viktige interesser direktivet tar hensyn til.²²

Et vel gjennomtenkt opphavsrettslig regelverk vil dermed skape synergieffekter langt utover den positive virkningen verket har for opphaver selv. Vi ser at samfunnshensynet er fasettert – samfunnets interesser vil på enkelte områder sammenfalle med opphavers interesser, på andre områder vil det til enhver tid eksistere en interessekonflikt.

2.3. En oversikt over artikkel 3 (1)

Artikkel 3 (1) gir opphaver eneretten til å tillate eller forby trådbunden eller trådløs overføring av vedkommendes verk til allmennheten. Innunder denne retten faller også tilrådighetsstillelse av verket på en slik måte at allmennheten selv velger tid og sted. Rettigheten gjelder allmennhetens åndelige opplevelse av verket i motsetning til rådighet over fysiske eksemplarer av verket. Bestemmelsen gir opphaver retten til å styre andres bruk av hans åndsverk rettet mot det offentlige. EU-domstolen omtaler rettigheten som en preventiv rett.²³ I praksis betyr dette at opphaver med artikkel 3 (1) i hånd kan forhindre andre i å bruke verket på en måte som krenker hans rettigheter etter bestemmelsen. Det er således ikke et krav om at en overføring faktisk har funnet sted. Utgangspunktet er klart: opphaver har den eksklusive

¹⁹ *Ibid.*, 10. avsnitt

²⁰ *Ibid.*, 2. og 4. avsnitt

²¹ *Ibid.*, 3. avsnitt

²² *Ibid.*, 14. avsnitt

²³ REHA 30

retten til å tillate overføringer av sitt verk. Foreligger det ikke et samtykke må lovligheten av en overføring rettet mot offentligheten ha støtte i direktivet.

«Overføring til allmennheten» er et begrep som skal tolkes vidt for å sikre høy grad av beskyttelse for opphaver.²⁴ Begrepet er autonomt og skal gis likt innhold i nasjonal rett.²⁵ En vid tolkning av opphavers enerett er nødvendig for å sikre at opphavere får vederlag for andres anvendelse av deres åndsverk, samt for å sikre de økonomiske interesser til de som investerer i produksjon av åndsverk og teknologi tilknyttet dette.²⁶

Etter gjeldende EU-rett skal det alltid foretas en individuell og konkret vurdering om en overføring til allmennheten i henhold til direktivet har funnet sted. Momentene skal vurderes individuelt og relasjon med de øvrige momenter. Begrunnelsen for dette er at momentene vil gjøre seg gjeldende med ulik styrke avhengig av sakens faktum.²⁷ På denne måten gis artikkel 3 (1) et bredt nedslagsfelt og en fleksibilitet som gjør at bestemmelsen kan tilpasses hvert enkelt tilfelle noe som er nødvendig som følge av bestemmelsens generelle utforming. På den andre siden har EU-domstolens frie tilnærming til tolkningen av bestemmelsen skapt en del usikkerhet med tanke på hva som er den riktige fremgangsmåten ved behandling av saker som omhandler artikkel 3 (1).

2.3.1.EU-domstolens tolkning av artikkel 3 (1)

Grunnet denne usikkerhet rundt innholdet i artikkel 3 (1) behandlet EU-domstolen i 2016 REHA i Stor avdeling med 13 dommere. Basert på tidligere saker behandlet av EU-domstolen ble det i REHA lagt til grunn at artikkel 3 (1) oppstiller to kumulative inngangsvilkår. Det må ha funnet sted en «overføring av verket», og denne overføringen må ha vært rettet mot en «allmennhet».²⁸

²⁴ ITV Broadcasting 20, SGAE v. Rafael Hoteles 36, FAPL 186, og Opphavsrettsdirektivets fortale 23. avsnitt

²⁵ REHA 28

²⁶ Opphavsrettsdirektivets fortale 10. og 11. avsnitt

²⁷ REHA 35

²⁸ REHA 37

Domstolen oppstiller videre to alternative kvalifiserende kriterier. Ett av disse må være oppfylt for at en sekundær overføring skal krenke artikkel 3 (1). Dersom overføringen er å anse som originær, vil den alltid krenke opphavers enerett dersom opphaver ikke har samtykket til overføringen. Dette følger direkte av ordlyden. Domstolen presiserer ikke sine saker at overføringen må være sekundær, men uttalelsene om at verket må bruke en annen teknisk fremgangsmåte eller nå ut til et nytt publikum må sees i sammenheng med faktum i sakene som behandles. Samtlige saker gjelder sekundær bruk av en originær overføring. Det første kriteriet retter seg mot den tekniske fremgangsmåten overføringen benytter.

Overføringer som innebærer en retransmisjon av verket og som benytter en annen teknisk fremgangsmåte krever i prinsippet opphavers samtykke.²⁹ Kriteriet blir behandlet sammen med overføringsbegrepets øvrige materielle innhold i kapittel 3.1 Det andre kriteriet retter seg mot den delen av allmennheten overføringen retter seg mot. Overføringer som benytter samme tekniske fremgangsmåte må nå ut til et nytt publikum for at overføringen skal være en «overføring til allmennheten» i henhold til direktivet.³⁰ Ved vurderingen av hvorvidt overføringen når ut til en ny allmennhet er det også relevant om vedkommende som står for overføringen har et formål om profit.³¹ Nytt publikum kriteriets innhold behandles i kapittel 3.2.2

2.3.2. Fraværet av konsumpsjonsvirkning knyttet til overføring av verket

Et sentralt forhold som skiller opphavers tilgjengeliggjøringsrett fra de andre rettighetene opphaver har til verket er at tilgjengeliggjøringsretten formelt ikke konsumeres. Dette er uttrykkelig nedfelt i opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (3). Årsaken til dette er at når et verk gjøres tilgjengelig via digital og analog overføring inntreffer ingen faktiske forhold som hindrer den som foretar tilgjengeliggjøringen i å foreta fremtidige overføringer av verket. Fraværet av konsumpsjonsvirkninger gir opphaver kontroll over all overføring av verket så

²⁹ REHA 39

³⁰I REHA 45 omtaler domstolen spesifikt radioutsendte verk. Senere praksis fra domstolen har tolket dette utsagnet generelt se I Ziggo 28 og Filmspeler 33

³¹ REHA 49

lenge verket har opphavsrettslig beskyttelse og så lenge opphaver ikke overdrar denne rettigheten. Fraværet av konsumpsjonsvirkningen gjelder bare for overføringer rettet mot allmennheten. Overføringer som er rettet mot det private området omfattes ikke av artikkel 3 (1). Fraværet av konsumpsjonsvirkning for tilgjengeliggjøringsretten viser tilbake til de grunnleggende hensyn opphavsretten søker å ivareta, nemlig opphavers interesse til å bevare kontroll over verket og sikre vederlag for sitt arbeid. EU-domstolens bruk av nytt publikum kriteriet har blitt utsatt for kritikk. Denne kritikken retter seg blant mot det mange mener er en konsumpsjonsvirkning der opphaver legger sitt verk ut på internett uten å ilegge restriksjoner på andres bruk av verket. Denne kritikken behandles i punkt 3.1.5.

3. Vilkårenes materielle innhold

3.1. «Overføring»

3.1.1. Innledning

I det følgende vil rammene for overføringsbegrepet behandles i kapittel 3.1.2. Originære overføringer behandles i kapittel 3.1.3 Sekundære overføringer behandles i kapittel 3.1.4. Det kvalifiserende kriteriet som retter seg mot den tekniske fremgangsmåten behandles i kapittel 3.1.5 Kritikkk rettet mot overføringsbegrepet behandles til slutt i kapittel 3.1.6

3.1.2. Generelt

For å kunne konstatere at artikkel 3 (1) har blitt krenket må det ha funnet sted en overføring av verket. Utgangspunktet er at enhver overføring til en allmennhet som ikke befinner seg på stedet overføringen finner sted fra omfattes av opphavers enerett.³² Tilrådighetsstillelse av fysisk utstyr som muliggjør overføringer er i henhold til direktivet ikke tilstrekkelig.³³ I forarbeidene til åndsverkloven brukes tilrådighetsstillelse av datamaskiner på biblioteker som et eksempel på tilfeller som ikke er å regne som en overføring av verket selv om brukere av maskinene kan skaffe seg tilgang til åndsverk.³⁴ Begrepet er teknologinøytralt i den forstand at det er uten betydning hvilken teknisk fremgangsmåte som anvendes for å overføre verket.³⁵ Overføringer gjennom kabelnettet, satellittoverføringer, overføringer over internett og andre overføringer omfattes av artikkel 3 (1). Utover dette er ikke gir ikke direktivet en uttømmende

³² Opphavsrettsdirektivets fortale 23. avsnitt

³³ Opphavsrettsdirektivets fortale 27. avsnitt

³⁴ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005), s.140 8. avsnitt

³⁵ C-403/08 – C-429/08 193

definisjon av overføringsbegrepet.³⁶ Begrepets innhold må fastlegges på bakgrunn av direktivets formål.³⁷

Artikkel 3 (1) tar sikte på å gjennomføre de forpliktelser som følger av WCT artikkel 8. En av nyvinningene i denne konvensjonen var at overføringsbegrepet ble utvidet til å også omfatte tilgjengeliggjøring av verket på en slik måte at publikum selv velger tid og sted.³⁸ Såkalt «on-demand» tilgjengeliggjøring. En tilsvarende formulering er også tatt inn i opphavsrettsdirektivet. At overføringsbegrepet skal tolkes utvidende følger derfor direkte av ordlyden. Av hensyn til opphavers interesser er det tilstrekkelig at overføringshandlingen har potensiale til å nå ut til allmennheten. Det stilles derfor ikke et krav om at verket rent faktisk har blitt overført til allmennheten.³⁹

3.1.3. Originære overføringer

3.1.3.1. Innledning

Originære overføringer krever alltid opphavers samtykke. Disse overføringene gjennomføres av den som har verket i sin besittelse. Bare dersom overføringen faller inn under unntakstilfellene i artikkel 5 (3) kan originære overføringer finne sted uten opphavers samtykke. Kjentegnet ved disse overføringene er at de er selvstendige - vedkommende som står for overføringen kan til enhver tid kan avslutte overføringen av denne konkrete versjonen av verket. At slike overføringer krever samtykke er et direkte utslag av forbudet mot konsumpsjonsvirkninger nedfelt i artikkel 3 (3). Originære overføringen deles i to kategorier: aktive overføringer og tilrådighetsstillelse av verket. Disse kategoriene blir gjennomgått i det følgende.

3.1.3.2. Aktive overføringer av verket

³⁶ ITV-Broadcasting, 21 og 22

³⁷ Opphavsrettsdirektivet 23

³⁸ Opphavsrettsdirektivets forale 15. avsnitt

³⁹ Svensson 19

Den naturlige språklige forståelsen av ordet «overføring» er at et objekt , gjennom en handling, overføres fra A til B.⁴⁰ I dette henseende er A en person som har et åndsverk i sin besittelse, B er en allmennhet som A retter overføringen av verket mot. Som tidligere nevnt er et grunnleggende trekk ved rettigheten etter artikkel 3 (1) at den gjelder overfor en allmennhet som ikke befinner seg på stedet overføringen finner sted fra, uavhengig av den teknologi overføringen benytter. A kan benytte seg av internett for å overføre verket, han kan kringkaste verket gjennom kabelnettet, han kan overføre verket gjennom satellitt, han kan ta i bruk radiobølger også videre. Begrepet kan tilpasse seg den teknologi som til enhver tid benyttes. Aktive overføringer innebærer at mottakere av signalene får oppleve det som til enhver tid overføres fra det tidspunkt de slår på sitt mottaksutstyr og overføringen varer så lenge A ønsker.

3.1.3.3. Tilrådighetsstillelse av verket

Verket kan også gjøres tilgjengelig på en slik måte at allmennheten selv velger tid og sted for opplevelse av verket. Den teknologiske utviklingen har ført til at åndsverk kan stilles til rådighet for allmennheten på et vidt spekter av plattformer. De fleste av oss har i dag en boks under tv-en levert av en tilbyder av tv-kanaler som gjør det mulig å se tidligere sendte programmer når man selv ønsker. Slike løsninger er tilgjengelig for kunder som bruker parabol og kunder som benytter kabelnettet. Tilrådighetsstillelse av åndsverk og andre verk er også en vital del av WWW. På WWW er all tenkelig informasjon og underholdning tilgjengelig ved et tastetrykk. Den som har et åndsverk i sin besittelse kan ved bruk av denne teknologien stille verket til rådighet for andre on-demand. I likhet med aktive overføringer som er originære er det sentrale vurderingstemaet i slike tilfeller om overføringen når ut til en allmennhet. Det er nokså uproblematisk å konstatere om en overføring har funnet sted. Har A gjort det mulig for allmennheten å oppleve verket? Dersom svaret er ja er artikkel 3 (1) krenket.

⁴⁰ For den leser som ikke jobber med opphavsrettsrettslige problemstillinger i daglige er det greit å påpeke at det i dette henseende er snakk om den «åndelige opplevelsen» av verket i motsetning til overføring av råderetten til verket knyttet til et fysisk objekt.

3.1.4. Sekundære overføringer

EU-domstolen har gjennom sin utvikling av artikkel 3 (1) utvidet overføringsbegrepet betydelig. Denne utvidelsen retter seg mot overføringer som er av sekundær karakter. Kjennetegnet ved disse formene for overføringer er at de er uselvstendige og avhengig av tidligere gjennomførte overføringer. Sekundære overføringer deles på lik linje med originære overføringer inn i aktive overføringer og tilrådighetsstillelse av verket.

3.1.4.1. Sekundære aktive overføringer av verket

Kjennetegnet ved en sekundær aktiv overføring er at den er simultan, uendret og uforkortet. Dersom dette ikke er tilfellet må overføringen anses som en originær overføring fordi den må anses som en selvstendig uavhengig overføring. Sekundære aktive overføringer kan deles i to ulike former for overføringer som reiser ulike problemstillinger.

Man har de overføringer som benytter den samme tekniske fremgangsmåten som den originære overføringen, og overføringer som benytter en annen teknisk fremgangsmåte. For at overføringer som benytter den samme tekniske fremgangsmåten skal utgjøre en overføring til allmennheten i henhold til art. 3 (1) må de nå ut til et nytt publikum. Dette vil bli gjennomgått under i kapittel 4.2. Når dette er tilfelle er det ved vurderingen av overføringsvilkåret tilstrekkelig å avklare om vedkommende for det første har mottatt et signal og for det andre om vedkommende har sendt dette signalet videre. Dersom svaret er ja på begge spørsmål har vedkommende overført verket.⁴¹

Der den sekundære overføringen benytter seg av en annen teknisk fremgangsmåte må en stilles seg de samme spørsmålene. Men her vil det kvalifiserende kriteriet være nettopp den tekniske fremgangsmåten overføringen benytter. Dette kriteriet behandles under i kapittel 3.1.5. Av rettspraksis fra EU-domstolen finnes to særlig relevante saker som omhandler overføringer som benytter en annen teknisk fremgangsmåte. AKM og ITV Broadcasting. Disse sakene behandles i et større omfang under i kapittel 3.1.5 som omhandler det

⁴¹ Til støtte for dette se SGAE v. Rafael Hoteles, REHA, Phonogram Ireland.

kvalifiserende kriteriet «annen teknisk fremgangsmåte» sitt materielle innhold (AKM), og i kapittel 4.3 som omhandler nevnte kriteriets forenlighet med Bernkonvensjonen (ITV Broadcasting). Her nøyer jeg meg med å behandle domstolens uttalelser angående hva som er relevant ved vurderingen av om en overføring har funnet sted. I ITV Broadcasting kom EU-domstolen at overføringsvilkåret var oppfylt fordi selskapet TVC tok i bruk en teknisk fremgangsmåte for overføringen som skilte seg fra den tekniske fremgangsmåten den originære overføringen benyttet.⁴² TVC sin anførsel om at deres handling bare innebar en forbedring av signalene førte ikke frem. I AKM overførte selskapet Zürs.net satellittoverføringer foretatt av andre gjennom sitt kabelnett. Også her la EU-domstolen til grunn at en overføring hadde funnet sted fordi Zürs.net benyttet en annen teknisk fremgangsmåte.⁴³

Både originære- og sekundære aktive overføringer er nokså uproblematisk rettslig sett med tanke på vurderingen om en overføring har funnet sted. Domstolens utvidende tolkning av overføringsbegrepet har fått konsekvenser for hva som er å anse som en sekundær tilrådighetsstillelse av verket og som derfor er en overføring til allmennheten etter direktivet.

3.1.4.2.Sekundær tilrådighetsstillelse av verket

Det er under denne kategorien EU-domstolens utvidende tolkning av overføringsbegrepet virkelig er synlig. Den teknologiske utviklingen har ført til at verk som er tilgjengelig på internett gjennom bruk av WWW når ut til enormt mange mennesker. EU-domstolen valgte trolig av denne grunn å kategorisere bruk av lenker som en overføring i henhold til opphavsrettsdirektivet. Dette ble først gjort i Svensson og til tross for sterk kritikk har denne definisjonen blitt gjentatt i Bestwater og GS Media. Denne kritikken behandles i kapittel 3.1.6.3

⁴² ITV Broadcasting 26

⁴³ AKM 26

Begrunnelsen for EU-domstolens kategorisering er at lenker muliggjør on-demand tilgang til verket - brukeren av lenken får tilgang til verket på det sted og til den tid han eller hun selv ønsker.⁴⁴ Lenker på WWW utgjør en sekundær overføring når lenken viser til et verk lagt ut av en annen person. Lenken fører brukeren av denne til den plassering verket har på internett gjennom WWW. Den som lastet opp verket og som senere sto for spredningen av verkets plassering på nettet foretok en originær overføring. Både den originære og sekundære overføringen gir allmennheten tilgang til åndsverket til den tid og til det sted de selv ønsker. Senere praksis har vist at det er uten rettslig relevans om lenken er av typen hypertekstlenke eller innbyggingslenke.⁴⁵ Det har blitt anført i juridisk teori at lenken for at den skal anses som en «overføring» må lede brukeren direkte til åndsverket.⁴⁶ EU-domstolens utvidelse av overføringsbegrepet i Ziggo og Filmspeler som behandles under kan tas til inntekt for at et slikt krav til nærhet ikke eksisterer.

Gjennom Ziggo og Filmspeler har EU-domstolen valgt å tolke overføringsbegrepet til å åpne for en samlet vurdering av om en overføring har funnet sted. Denne samlede vurderingen innebærer at handlinger som rent faktisk etter den naturlige forståelsen av ordet «overføring» ikke overfører verket er nettopp en overføring i henhold til direktivet. EU-domstolen har kommet til at salg av mediebokser med forhåndsinstallert programvare og administrering av nettsider faller inn under overføringsbegrepet i artikkel 3(1). Felles for disse sakene er at den originære overføringen benyttet internett og bruk av lenker for å gjøre verket tilgjengelig. Det finnes imidlertid ingen holdepunkter for å anta at den utvidende tolkningen utelukkende strekker seg til overføringer som tar i bruk internett.

Sentralt i EU-domstolens utvidende tolkning av overføringsbegrepet står brukerens rolle – altså den som gjør verket tilgjengelig for allmennheten. Ved å vektlegge brukerens rolle har EU-domstolen introdusert et moment som innebærer en vurdering av brukerens kunnskap. Dette betyr i praksis at brukerens kunnskap angående konsekvensene av hans handlinger er relevant ved vurderingen av hvorvidt en overføring har funnet sted. I Filmspeler ble salg av hardware med forhåndsinstallert programvare som hentet ned opphavsrettslig beskyttet

⁴⁴ Svensson 19 og 20

⁴⁵ GS Media 40

⁴⁶ Jan Rosén, «Unionsdomstolen på kollisionskurs med internasjonell opphovsrätt», Nordiskt Immateriellt Rättskydd, 2014 nr. 6, s. 662 første avsnitt.

materiale fra internett gjennom bruk av lenker likestilt med en brukers utleggelse av lenker til åndsverk på en nettside.⁴⁷ At selgeren forut for salget installerte programvare som hentet verk lagt ut på internett uten opphavers tillatelse medførte at handlingen ikke var å anse som en ren tilrådighetsstillelse av «fysiske fasiliteter» som faller utenfor overføringsbegrepet.⁴⁸

Vedkommende hadde kjennskap til konsekvensene av sine handlinger, nemlig at han ga sin kunder tilgang til verk uten opphavers tillatelse – en tilgang som hans kunder ikke ville hatt uten hans handlinger.⁴⁹

Domstolens avgjørelse i Svensson og Filmspeler la grunnlaget for avgjørelsen i Ziggo der overføringsbegrepet nok en gang ble utvidet til å også omfatte administrering av nettsider som inneholder lenker til opphavsrettslig beskyttet materiale lagt ut på internett uten opphavers samtykke.

Hoge Raad der Nederlanden (Nederlands øverste domstol) la frem spørsmålet om et nettsted som «thepiratebay» (TPB) foretar en overføring til allmennheten i henhold til art. 3, (1). Forholdet skilte seg fra sakene om lenking da spørsmålet her rettet seg mot selve nettsiden som lenkene befant seg på. Internetttilbyderen Ziggo mfl. ble av rettighetsorganisasjonen Stichting Brein tatt for retten. Rettighetsorganisasjonen la frem påstand om at Ziggo måtte pålegges å blokkere de domenenavn og IP-adresser fildelingsplattformen TPB benyttet for å hindre at siden medvirket til krenkelse av opphavsretten og nærliggende rettigheter. Etter artikkel 8 i opphavsrettsdirektivet må medlemsstatene sikre at opphavere kan nedlegge forbud mot handlinger som krenker opphavers rettigheter. Domstolen måtte derfor ta stilling til innholdet i art. 3 (1) for å avklare om slike sider krenker bestemmelsen.

EU-domstolen kom frem til at begrepet «overføring til allmennheten» i artikkel 3, (1) omfatter tilrådighetsstillelse og forvaltning av internettsider som ved bruk av indeksert meta-informasjon om opphavsrettslig beskyttede åndsverk gir nettstedets brukere tilgang til

⁴⁷ Filmspeler 37 og 38

⁴⁸ Opphavsrettsdirektivets forale 27. avsnitt

⁴⁹ Filmspeler 41

åndsverk via en søkemotor som finner frem verk som deretter kan deles innenfor rammene av et såkalt peer-to-peer nettverk – nettverk som anvender BitTorrent-teknologi.

Administratorens rolle var avgjørende for at nettstedets brukere fikk tilgang til verkene. Det faktum at administratorene indekserte torrent-filene i forskjellige kategorier basert på filtype, innhold, popularitet og sjanger, samt sørget for vedlikehold av siden ved å slette døde lenker og flytte verk som var blitt plassert feil, tilsa at administreringen av nettsiden gikk utover den blotte tilrådighetsstillelse som ikke omfattes av artikkel 3 (1). Domstolen konkluderte med at det i denne saken hadde funnet sted en overføring i henhold til art. 3 (1). Det ble lagt til grunn at handlinger foretatt med positiv kunnskap om konsekvensene – at vedkommendes kunder eller publikum får tilgang til åndsverk – utgjør en tilrådighetsstillelse av verket i henhold til artikkel 3 (1).⁵⁰ Dette kan tas til inntekt for at terskelen for å konstatere at det har funnet sted en overføring er lavere enn tidligere antatt.

EU-domstolens praksis viser at det skal legges til grunn at det har funnet sted en overføring i henhold til direktivet der brukeren med kjennskap til handlingens konsekvenser gir allmennheten tilgang til beskyttede verk, dette gjelder særlig der publikum uten brukerens handling ikke ville hatt tilgang til det beskyttede verk eller vanskelig ville hatt denne tilgangen.⁵¹

Gjennomgangen over viser at sekundær tilrådighetsstillelse av verket omfatter et bredt spekter av handlinger som ligger i ytterkanten av hva man vanligvis legger i overføringsbegrepet. Den utvidende tolkningen av overføringsbegrepet er i opphavers interesse. For å unngå urimelige resultater har EU-domstolen samtidig med utvidelsen av overføringsbegrepet skapt nytt publikum kriteriet som på mange måter skaper en balanse mellom opphaver og samfunnets interesser. Dette kriteriet behandles under kapittel 4.2 som omhandler vilkåret «allmennhet» sitt materielle innhold. Før vi kommer til dette skal det kvalifiserende kriteriet som retter som mot den tekniske fremgangsmåten den sekundære overføringen benytter behandles.

⁵⁰ Ziggo, 32-34

⁵¹ GS Media 35, Ziggo 26, FAPL 196, Phonogram Ireland 31, Tannlegepraksis 82, Filmspeler 31

3.1.5. Den tekniske fremgangsmåten

Dersom den sekundære overføringen benytter en teknisk fremgangsmåte som skiller seg fra den originære overføringen tilsier dette for det første at det har funnet sted en overføring og for det andre trekker dette i retning av at overføringen krever opphavers samtykke.⁵²

EU-domstolen har på ingen måte uttrykkelig definert hva de legger i dette kriteriet. Ordlyden kan tolkes dithen at overføring via internett, kringkasting via kabel, og kringkasting via satellitt, er tre forskjellige tekniske fremgangsmåter slik EU-domstolen ser ut til å legge til grunn i *ITV Broadcasting*. En annen måte å tolke kriteriet på er måten sluttbruker konsumerer verket slik *ALAI* mener.⁵³

EU-domstolen gjør i *ITV Broadcasting* et skille mellom overføring via «jordbasert tv-utsendelse» og overføring på internett og slår fast at dette er to ulike tekniske fremgangsmåter for å overføre verk til allmennheten.⁵⁴ I *Filmspeler* likestilte EU-domstolen overføring av verk gjennom bruk av lenker med salg av mediespillere som gjennom installert programvare benytter seg av lenker for å hente verk som ligger tilgjengelig på internett.⁵⁵ Løsningen i *Filmspeler* taler for at alle overføringshandlinger som benytter internett som den underliggende overføringsteknologien må regnes for å benytte samme tekniske fremgangsmåte. I samme retning trekker domstolens resultat i *REHA* og *SGAE v. Rafael Hoteles* som begge tok i bruk kringkastede signaler og overføre disse til sine kunder.

⁵² *REHA* 39

⁵³ ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE, «"New public" Criterion Report and Opinion», 17. september 2014, punkt 5, s. 20, nest siste avsnitt

⁵⁴ *ITV Broadcasting* 26

⁵⁵ *Filmspeler* 37 flg.

I både Filmspeler og Ziggo fremstilles kriteriet som likeverdig med nytt publikum kriteriet.⁵⁶ Men kriteriets selvstendige betydning i relasjon til nytt publikum kriteriet er uklart. EU-domstolen har i saken AKM åpnet for å vektlegge «implisitt samtykke» ved vurderingen av en eventuell krenkelse av art. 3 (1). Dette endrer rettstilstanden som tilsynelatende ble avklart i REHA.⁵⁷ At opphaver må gi sitt samtykke til overføring av åndsverket som er skapt er et helt grunnleggende element i opphavsretten, men verken opphavsrettsdirektivet eller internasjonale konvensjoner inneholder formelle krav til samtykket. EU-domstolen har i AKM lagt til grunn at implisitt samtykke kan være tilstrekkelig dersom det finnes holdepunkter for å anta at det publikum den sekundære overføringen retter seg mot var omfattet av opphavers samtykke til den originære overføringen.

I AKM la Handelsgericht Wien (Handelsretten i Wien, Østerrike) for EU-domstolen blant annet frem spørsmål om opphavsrettsdirektivet art. 3 (1) skal forstås slik at en simultan, fullstendig og uendret sekundær overføring i kabel til samme allmennhet som den originære overføringen som ble foretatt av en nasjonal kringkaster ved bruk av satellitt utgjør en «overføring til allmennheten» i henhold til denne bestemmelsen.

AKM er en organisasjon for kollektiv forvaltning av opphavsrettigheter i Østerrike. Zürs.net (Zürs) eier og driver et kabelnettverk hvor selskapet transmitterer tv- og radiosendinger som er tilgjengelig for samtlige innbyggere i Østerrike fra Österreichischer Rundfunk (ORF), Østerrikes offentlige kringkaster, og transmisjoner fra andre radio- og fjernsynsselskaper som befinner seg utenfor landegrensene.

Etter gjeldende EU-rett slik den ble lagt til grunn i REHA er det klart at det i denne saken fant sted en overføring og at denne overføringen var rettet mot en allmennhet. Det faktum at Zürs benyttet seg av en «annen teknisk fremgangsmåte» enn den opprinnelige sendingen skulle tilsi at Zürs foretok en overføring til allmennheten i henhold til art. 3 (1). Domstolen la i tråd med tidligere praksis til grunn at «overføring til allmennheten» består av to kumulative vilkår, at overføringsbegrepet omfatter enhver overføring uavhengig av den tekniske prosessen, og at

⁵⁶ Se Ziggo 28 og Filmspeler 33

⁵⁷ Til støtte for at den tekniske fremgangsmåten er av selvstendig betydning se GS Media 37, Filmspeler 33, Ziggo 28, VCAST 43

anvendelse av teknisk fremgangsmåte enn den opprinnelige i prinsippet krever samtykke fra opphaver.⁵⁸ Dette er metoden som ble anvendt i REHA.

Deretter la domstolen til grunn at sekundære overføringer til en allmennhet begått av andre enn den opphaver opprinnelig samtykket til å kringkaste verket, bare krenker opphavers eksklusive rett når den når ut til et «nytt publikum».⁵⁹ AKM sin bruk av en annen teknisk fremgangsmåte ved deres sekundære overføring i forhold til den originære overføringen tok domstolen til inntekt for at en overføring hadde funnet sted og nøyet seg med det uten at det ble gitt en nærmere forklaring angående hva som skilte denne saken fra for eksempel ITV Broadcasting der domstolen la avgjørende vekt på den ulike overføringsteknologien som ble anvendt ved den sekundære overføringen.⁶⁰⁶¹

Domstolen tok så stilling til om overføringen nådde ut til et nytt publikum. I likhet med ITV Broadcasting gikk Zürs sin overføring ut til en allmennhet omfattet av den opprinnelige kringkastingen. Domstolen la avgjørende vekt på at opphaver var klar over at overføringen kunne mottas av alle innenfor Østerrikes landegrense. Den påfølgende overføringen foretatt av Zürs gikk dermed ikke til et nytt publikum. Opphavers enerett var derfor ikke krenket.⁶²

Det ser ut til at EU-domstolen innfortolker et implisitt samtykke fra opphavers side som innebærer at enhver overføring som skjer (1) samtidig med overføringen opphaver har samtykket til, (2) som er fullstendig og uendret, og som (3) når ut til den samme allmennheten, ikke krenker artikkel 3 (1). Det vises til REHA avsnitt 45 og med det SGAE v. Rafael Hoteles og FAPL.⁶³ Felles for disse sakene er at de gjelder en originær overføring via kabel og satellitt – som fanges opp og sendes videre til et nytt publikum via mottaksapparater satt ut i virksomhetenes lokaler. I både REHA, SGAE v. Rafael Hoteles og FAPL kommer

⁵⁸ AKM 22 og 23

⁵⁹ AKM 25

⁶⁰ AKM 26

⁶¹ ITV Broadcasting 26

⁶² AKM 30

⁶³ AKM 25

domstolen til at samme tekniske fremgangsmåte ble anvendt. I AKM tar den opprinnelige overføringen foretatt av ORF i bruk satellittoverføring. Med andre ord skjedde overføringen ikke gjennom bruk av kabel. Faktum i AKM skiller seg ytterligere fra de nevnte dommene da AKM gjelder sekundær aktiv overføring av verket i tråd, mens de andre sakene gjelder sekundære aktive overføringer til mottaksapparater utplassert av de som sto for den sekundære overføringen. Dette kan tas til inntekt for at implisitt samtykke bare er anvendelig der den sekundære overføringen bare gjelder videresending av signalet slik at handlingen kan likestilles med forsterking av signalet.

Løsningen i AKM er imidlertid ikke uten rettslig forankring. Det vises til uttalelser i SGAE v. Rafael Hoteles angående forholdet mellom art. 3 (1) og BK art.11bis1)ii.⁶⁴ SGAE v. Rafael behandles utfyllende i kapittel 4.2. Her er det tilstrekkelig å gjengi resultatet av EU-domstolen sin tolkning av nevnte artikkel. EU-domstolen kom til at artikkelen indirekte legger til grunn nytt publikum kriteriet. Formålet med å vise til art. 11bis1)ii i AKM var å få frem at opphaver etter konvensjonens bestemmelse har enerett til å tillate eller forby enhver offentlig gjengivelse av verket foretatt av andre enn den opprinnelige.⁶⁵

Avgjørelsen i AKM bygger videre på domstolens avgjørelse i Soulier/Doke⁶⁶⁷ hvor domstolen fremhever at art. 3 (1) ikke stiller krav til hvordan samtykke fra opphaver gis.⁶⁸ Avgjørelsen i Svensson brukes som argument for at implisitt samtykke under noen forhold vil være tilstrekkelig.⁶⁹ Som vi skal se under i kapittel 3.2.2 tok domstolen i Svensson opphavers samtykke til fri utleggelse på WWW til inntekt for at opphaver tok i betraktning samtlige av internettets brukere.

Domstolen erkjenner at betingelsene som må være tilstede for å anvende implisitt samtykke som grunnlag for at en overføring ikke skal stride med direktivet må fastsettes nøye. For at

⁶⁴ AKM 21

⁶⁵ AKM 19

⁶⁶ C-301/15

⁶⁷ Avgjørelsen i AKM ble fattet av tre dommere i Åttende avdeling. De samme tre dommerne fattet beslutningen i Soulier/Doke

⁶⁸ Soulier/Doke 35

⁶⁹ Soulier/Doke 36

implisitt samtykke skal være anvendelig må opphaver være klar over tredjemanns potensielle bruk av verket i fremtiden på tidspunktet hvor han samtykker til den originære overføringen.⁷⁰

EU-domstolens tolkning av art. 3 (1) i AKM innskrenker betydningen av kriteriet «teknisk fremgangsmåte» ved å gi nytt publikum kriteriet anvendelse også i de tilfeller den sekundære overføringen benytter en annen overføringsteknologi. Usikkerheten domstolen har skapt gjennom denne avgjørelsen er på tidspunktet oppgaven skrives ikke avklart.

3.1.6. Kritik

3.1.6.1. Innledning

Overføringsbegrepets rekkevidde har blitt utsatt for kritikk, og bekymringer har vært reist angående hvilken virkning dette kan ha på informasjons- og ytringsfriheten. Den utvidende tolkningen av overføringsbegrepet reiser en del problemstillinger. For det første innebærer tolkningen et markant avvik fra den naturlige forståelsen av ordlyden. Selv om tolkningen i og for seg er i tråd med direktivets formål vil bestemmelsen gis et omfang som vil kunne stride mot samfunnets rettsfølelse. Et annet aspekt er at tolkningen i stor grad i varetar opphavers interesser på bekostning av samfunnets interesser. Ved å kategorisere handlinger som anses som normale i dag, her tenker jeg særlig på bruk av lenker på WWW, innskrenkes handlingsrommet for ytrings- og informasjonsspredning. Dette er viktige verdier i dagens samfunn.

Kritikk rettet mot brukerens rolle og hans kunnskap knyttet til hans handlinger behandles i kapittel 3.1.6.2. Kritik rettet mot domstolens kategorisering av lenker behandles i kapittel 3.1.6.3. I kapittel 3.1.6.4 behandles kritikk rettet mot det kvalifiserende kriteriet.

3.1.6.2. Brukerens rolle

⁷⁰Soulier/Doke 38-39

I General Advokatens forslag til løsning i GS Media bemerkes det at det er den som først legger ut åndsverket på internettet som foretar den egentlige overføringen og at enhver lenke til den egentlige overføringen i realiteten er en henvisning til denne.⁷¹ Han viser så til FAPL og poengterer at det avgjørende i denne saken var innehaveren av restaurantens avgjørende rolle i hendelsesforløpet. Hans handling var en nødvendig betingelse for at fotballsendingen nådde ut til et nytt publikum, nemlig hans gjester. Dette er ikke tilfelle ved lenking til andres nettsider da verket er tilgjengelig for alle også når lenken ikke tas i betraktning.⁷² General Advokatens mener at brukerens rolle bare er relevant ved vurderingen av om det foreligger en overføring.⁷³ EU-domstolen har lagt til grunn at brukerens rolle også er relevant når det skal vurderes om overføringen når ut til et nytt publikum.

Introduksjonen av et kunnskapsmoment som skal inngå i vurderingen av hvorvidt en person har overført et verk harmonerer dårlig med gjeldende norsk rett. Gode grunner taler for at EU-domstolens formuleringen ikke må tas på ordet. Den danske oversettelsen av Ziggo benytter ordet «kendskap», mens den engelske oversettelsen bruker «knowledge», prosessspråket i denne saken var nederlandsk og det ble der benyttet begrepet «welbewust van de gevolgen» som oversatt til norsk betyr «klar over konsekvensene». For at EU-domstolens tolkning av artikkel 3 (1) skal harmonere med norsk rett bør EU-domstolens uttalelse tolkes slik at det må foretas en objektiv vurdering av brukerens handlinger. Formålet med EU-domstolens utvidende tolkning må være å gjøre bestemmelsens rekkevidde mer omfattende ved å fange opp et større spekter av handlinger, ikke å introdusere et kunnskapselement som skal være avgjørende for hvorvidt det har funnet sted en overføring. Tredjemanns handling vil skade opphavers interesser uavhengig av vedkommendes kunnskap om handlingens konsekvens og det sentrale er ikke å straffe den som står for overføringen, men å få overføringen til å opphøre. Ved å legge til grunn en objektiv vurdering av brukers handlinger unngår man også konflikt med norsk praksis der det tradisjonelt først vurderes hvorvidt en handling krenker den aktuelle bestemmelsen og dersom dette er tilfellet om vedkommende har handlet forsettlig eller uaktsomt.

⁷¹ General Advokatens forslag til løsning i GS Media, 54.

⁷² General Advokatens forslag til løsning i GS Media, 56 og 57

⁷³ General Advokatens forslag til løsning i GS Media, 59

3.1.6.3. Kategoriseringen av lenker

Kritikk har også blitt rettet mot kategoriseringen av lenker som en overføring i henhold til direktivet. Flere mener at de ulike formene for lenker bør ha ulik rettslig virkning.⁷⁴

Bakgrunnen for denne kritikken er at lenker kan fungere som rene henvisninger til verkets plassering på internett gjennom bruk av en hypertextlenke, eller de kan anvende en innbyggings teknikk som innebærer at brukeren automatisk får tilgang til materialet uten at han eller hun flyttes over til en annen nettside. Når brukeren trykker på en hyperlenke av typen henvisningslenke vil vedkommende overføres til webadressen lenken viser til. Ved anvendelse av henvisningslenker er lenkens rolle å spre verket ved å skape en ny vei til verket. Lenken henviser brukeren av WWW videre til nettsiden hvor verket han ønsker ligger. En farlig konsekvens av å se alle lenker som en overføring er at dette isolert sett åpner for at rettighetshavere av materiale på siden det lenkes til kan nekte å bli henvist til. Dette vil være et fundamentalt brudd på ytringsfriheten slik skaperen av WWW har uttalt på sin nettside.⁷⁵ Lenker til avisartikler og andre kilder til informasjon er enormt viktig for å sikre en opplyst befolkning og bør ikke tas for gitt. En opplyst befolkning er viktig for et velfungerende demokrati.

Ved bruk av innbyggingslenker (av enkelte omtalt som «inline lenker») vises objektet direkte på nettsiden brukeren befinner seg på. Denne formen for lenker kan deles videre i to underkategorier: Rammelenker og direktelenker. En nettside kan ved hjelp av spesifikke koder i HTML-dokumentet deles inn i flere «rammer» hvor hver ramme består av en nettside som HTML-dokumentet lenker til. Normalt kan brukeren navigere fritt på nettsidene innad i de ulike rammene. Ved anvendelse av slike lenker vil brukeren ofte forstå at ressursen stammer fra en annen nettside. Direktelenker skiller seg fra vanlige lenker ved at slike lenker implementerer objektet det lenkes til direkte på nettsiden. Brukeren av nettsiden vil normalt ikke være i stand til å se at objektet skiller seg fra andre objekter på siden uten å sjekke den

⁷⁴ Olav Torvund, «Enerett til lenking – en keiser uten klær?» NIR nr. 5 2008 s. 441 flg. , ALAI «Hyperlinking Report and Opinion», 17. juni 2015, punkt 2

⁷⁵ <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html>

bakenforliggende kodingen i HTML-dokumentet. Slike lenker krever heller ingen interaksjon med brukeren av nettstedet for at objektet skal vises på nettsiden. Lenken henter automatisk inn det objektet adressen viser til. Dersom objektet flyttes til en annen adresse, eller objektet slettes, vil lenken dø og objektet vil ikke lenger vises. Hensynet til ytrings- og informasjonsfriheten gjør seg ikke gjeldende i like stor grad dersom man definerer anvendelse av innbyggings-lenker som en overføring fordi man fortsatt kan henviser til de nettsider hvor verket finnes. Hensynet til samfunnets interesser ivaretas i stor grad med denne løsningen. Det samme kan imidlertid ikke sies om opphavers interesser. En slik løsningen innebærer at den som ønsker lett kan omgå forbudet ved å benytte seg av andre lenketyper.

Lenker reiser en del særlige problemstillinger som ikke gjør seg gjeldende ved andre overføringer. Årsaken til dette er at bruk av lenker er blitt en helt vanlig del av menneskers liv. Samtidig fører den tekniske løsningen WWW anvender til at den som lenker ikke trenger annet enn verkets lokalisering på internett for å bruke verket, og verkets plassering forteller ingenting om opphaver har samtykket til utleggelsen. EU-domstolen har derfor valgt en annen løsning for lenker som skiller seg fra tilfeller der overføringen knytter seg utplassering av mottaksapparater og tradisjonelle aktive overføringer. Løsningen knytter seg til nytt publikum kriteriet som behandles i kapittel 3.2.2.

3.1.6.4. Det kvalifiserende kriteriet

Hva gjelder det kvalifiserende kriteriet som omhandler den tekniske fremgangsmåten overføringen benytter er ALAI av den oppfatning at kringkasting til et mottaksapparat er en form for teknisk fremgangsmåte, mens overføringen fra mottaksapparatet til en allmennhet utgjør en annen form for teknisk fremgangsmåte.⁷⁶ Dette illustrerer ALAI sin grunnleggende uenighet angående domstolens tolkning av Bernkonvensjonen. ALAI hevder at Bernkonvensjonen ikke åpner for å vektlegge hvilken teknisk fremgangsmåte som blir anvendt ved overføringen og står fast ved at det relevante er hvem som foretar overføringen. For opphaver må det sentrale være at regelverket sikrer vedkommende vederlag for bruk av

⁷⁶ ALAI (2014) punkt 5, s. 20, nest siste avsnitt

verket. Kritikken rettet mot dette kriteriet gjelder primært dets forenlighet med internasjonale konvensjoner. Dette behandles i kapittel 4.

3.1.7. Oppsummering

Den rettslige konsekvensen av EU-domstolens utvidende tolkning av overføringsbegrepet er at den gir overføringsbegrepet et meget bredt nedslagsfelt. Forhold som tradisjonelt har vært ansett som medvirkende handlinger som bidrar til en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling kan nå med loven i hånd konfronteres direkte. Den utvidende tolkningen er i opphavers interesse da flere forhold vil fanges opp av artikkel 3 (1) slik at alternative tilnærmelser som for eksempel anvendelse av erstatningsbetinget medvirkningsansvar ikke lenger er nødvendig. Altså vil flere handlinger i seg selv kunne utgjøre en krenkelse. Samtidig fører den utvidende tolkningen til at flere handlinger som i utgangspunktet er ønskelig tilsynelatende omfattes av opphavers enerett. Den utvidende tolkningen vil i stor grad være med på å sikre opphavers interesser. Opphaver sitter med sterke kort som kan brukes for å sikre vederlag for hans eller hennes arbeid. Løsningen er i tråd med de rimelighets og rettferdighetsbetraktningene som ligger til grunn for rettigheten.⁷⁷ Det er i tråd med den allmenne rettsfølelse å ha et regelverk som sikrer at den som skaper noe gjennom egen innsats får høste fruktene av det skapte. For at opphaver skal ha anledning til å høste fruktene fullt ut er det likeså nødvendig å ha regler som forhindrer andres snylting på opphavers innsats. EU-domstolen omtaler eneretten til å overføre verket til allmennheten som en «preventiv rett». Eneretten skal gjøre det mulig for opphaver å forby brukere av verket i å handle på en måte som gjør verket tilgjengelig for allmennheten.⁷⁸ En utvidet tolking av overføringsbegrepet er i tråd med dette. Trolig har EU-domstolen valgt denne løsningen for å oppfylle formålet med opphavsrettsdirektivet – nemlig å harmonisere deler av opphavsretten i EU/EØS. Utviklingen av overføringsbegrepet viser klart at EU-domstolen har full tro på nytt publikum kriteriet i det den utvidende tolkningen

⁷⁷ Ole-Andreas Rognstad, Birger Stuevold Lassen, «Opphavsrett», 2009 s. 31.

⁷⁸ REHA 30

griper inn i forhold som ellers ville blitt fanget opp ved anvendelse av erstatningsbetingende medvirkningsansvar slik Høyesterett gjorde i Napster-dommen.⁷⁹

3.2. «Allmennheten»

3.2.1. Vilkårets innhold

For at en overføring skal krenke opphavers enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten må overføringen være rettet mot en «allmennhet». EU-domstolen har slått fast at begrepet «allmennhet» er et autonomt begrep som skal gis likt innhold innen EU/EØS.⁸⁰ At overføringen må være rettet mot en allmennhet for at eneretten skal anses krenket innebærer at opphavers enerett begrenses til overføringer rettet en gruppe mennesker som ikke kan karakteriseres som privat. Ordlyden gir imidlertid ikke tilstrekkelig veiledning. Etter norsk rettspraksis har det sentrale vært om gruppen overføringen var rettet mot er å anse som «offentlig».⁸¹ EU-domstolens tilnærming til opphavers enerett innebærer en mer fleksibel helhetlig vurdering sammenlignet med løsningen Høyesterett tidligere har lagt til grunn ved at EU-domstolen åpner for å vektlegge andre momenter når man skal avgjøre om en krenkelse har funnet sted.

Det følger av EU-domstolens praksis at en overføring er rettet mot en allmennhet der den kan mottas av et *ubestemt* antall potensielle personer og der dette antallet personer er *betydelig*.⁸² At overføringen må kunne mottas av et ubestemt antall potensielle personer innebærer at overføringen rettes mot «alle» i motsetning til en begrenset gruppe av privat karakter.⁸³ Et «betydelig antall personer» innebærer at allmennheten avgrenses nedad mot grupper som er for liten til at det kan kalles en allmennhet uavhengig av at gruppen ikke kan karakteriseres

⁷⁹ Høyesterett anvendte riktignok det strafferettslige medvirkningsbegrepet og har blitt kritisert for dette i juridisk teori blant annet av Ole-Andreas Rognstad «Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-saken», *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2005, punkt 3.

⁸⁰ SGAE v. Rafael Hoteles 31

⁸¹ Rt-1970-1172 «Roys Place», Rt-1953-644 «Bedriftsmusikk»

⁸² REHA 41

⁸³ REHA 42

som privat.⁸⁴ Det skal legges vekt på antallet personer som har tilgang til verket samtidig og antallet personer som har tilgang til overføringen etter hverandre.⁸⁵ På denne måten vil for eksempel avspilling av musikk i taxier nå ut til en allmennhet selv om svært få personer gis tilgang til verket samtidig avhengig av taxiens seteplasser.

3.2.2. «Nytt publikum»

Nytt publikum kriteriet innskrenker rekkevidden av artikkel 3 (1) ved at kriteriet motvirker effekten av domstolens utvidende tolkning av overføringsbegrepet gjennom å oppstille et krav om at den sekundære overføringen må nå ut til et nytt publikum opphaver ikke tok i betraktning da han samtykket til den originære overføringen.⁸⁶⁸⁷ I denne vurderingen spiller brukerens rolle og brukerens formål om profitt en sentral rolle. Det er praktisk å foreta et skille mellom overføringer som tar i bruk WWW og overføringer som knytter seg til tilrådighetsstillelse av fysiske apparater med en tilhørende sekundær overføring til disse apparatene. Årsaken til dette er at disse ulike formene for tilgjengeliggjøring reiser ulike krav til brukeren.

3.2.2.1. Tilrådighetsstillelse av verket på WWW

Ved tilrådighetsstillelse av åndsverk gjennom bruk av lenker på WWW står brukerens kunnskap angående verkets lovlighet sentralt. Spørsmålet er her om brukeren visste eller burde visst at samtykke til utleggelse av verket på internett ikke var gitt. I Svensson kom EU-domstolen til at ettersom verket var lagt ut på nettet med opphavers samtykke uten noen form for restriksjoner som begrenset tilgangen til nettsiden var overføringen rettet mot samtlige av internettets brukere.⁸⁸ Der verket er lagt ut uten opphavers samtykke vil enhver lenke til dette åndsverket i utgangspunktet krenke opphavers rettighet.⁸⁹ EU-domstolen har imidlertid

⁸⁴ REHA 43

⁸⁵ REHA 44

⁸⁶ Axhamn «Internet Linking and the Notion of “New Public”», *Nordiskt Immateriellt Rättskydd*, 2014 nr. 2, s. 130

⁸⁷ REHA 45

⁸⁸ Svensson 25-28

⁸⁹ GS Media 43

erkjent at det i stor grad vil være vanskelig, og i enkelte tilfeller umulig, for brukere av WWW å vite om verket de lenker til er lagt ut på internett med opphavers samtykke. Dersom enhver lenking til verk lagt ut uten opphavers samtykke skal føre til et opphavsrettslig brudd vil dette være begrensende for ytrings- og informasjonsfriheten. En slik tolking vil også rokke ved balansen mellom opphaver og samfunnet for øvrig i strid med opphavsrettsdirektivets formål. Derfor har EU-domstolen lagt til grunn at der brukeren legger ut lenken til verket uten mål om økonomisk inntjening må opphaver bevise at brukeren visste eller burde visst at verket lenken viser til var lagt ut ulovlig.⁹⁰ Dette innebærer at opphaver kan informere bruker om at samtykke ikke er gitt. Brukeren har da kunnskap om at lenken viser til et verk som er tilgjengeliggjort uten opphavers samtykke. Dersom lenken ikke fjernes anses opphavers rett som krenket. For å ivareta opphavers interesser har EU-domstolen tillagt tilstedeværelsen av profitt hensyn rettslig relevans. Dersom skaperen av lenken gjør dette med formål om økonomisk inntjening har denne personen en undersøkelsesplikt som innebærer at vedkommende må undersøke om verket ligger ute på nettet med opphavers samtykke. Hvor langt denne undersøkelsesplikten går beror på den konkrete sak. Dersom lenken viser til materiale som ligger tilgjengelig på internett uten opphavers samtykke har lenkeren altså bevisbyrden på sin side. Denne personen må vise at han ikke visste eller burde vite at han lenket til et verk tilgjengeliggjort uten opphavers samtykke.⁹¹ Dersom nettsiden verket er lagt ut på krever medlemskap eller hindrer tilgang på andre måter vil lenker som omgår restriksjonen krenke opphavers rett.⁹²

3.2.2.2. Tilrådighetsstillelse av utstyr

Ved tilrådighetsstillelse av fysiske apparater står brukerens kunnskap om handlingens konsekvens i sentrum. Det skal her vurderes om brukeren med intensjon overfører verket til mottaksapparater som står til rådighet for hans kunder. Er det en tilfeldighet at brukerens kunder får tilgang til verket eller er overføringen rettet mot dem.⁹³ I dette henseende er spørsmålet om brukeren gjennom sine handlinger sikrer eller forbedrer allerede eksisterende signaler eller om hans handling er en nødvendig forutsetning for at et «nytt publikum» får

⁹⁰ Analogisk tolkning av GS Media 48 og 49

⁹¹ GS Media 51

⁹² GS Media 50

⁹³ REHA 47 og 48.

tilgang til verket.⁹⁴ Kommer man til at hans handlinger sikrer eller forbedrer allerede overførte signaler foreligger det ikke en overføring til allmennheten fra hans side.⁹⁵

Utviklingen av nytt publikum kriteriet åpner for å vektlegge overføringens virkning på verkets iboende økonomiske verdi. Tilgjengeliggjørings- og eksemplarframstillingsretten blir ofte omtalt som økonomiske rettigheter. Riktignok er det gjennom disse rettighetene opphaver gis muligheten til å realisere verkets økonomiske verdi, men dette må anses som en ønskelig bivirkning snarere enn det primære formålet. Det sentrale er at opphaver har en enerett til å råde over verket og rett til å overføre denne rettigheten. Tilstedeværelsen av formål om profitt ved overføring av verket til allmennheten er «ikke avgjørende», men inngår som et «ikke irrelevant moment» i helhetsvurderingen.⁹⁶ Tilstedeværelse av formål om profitt er ikke bare relevant ved vurderingen av brukerens kunnskap, momentet er også relevant som et *ikke ubetydelig* moment ved den generelle vurdering av hvorvidt en overføring rettet mot en allmennhet kvalifiserer til å krenke opphavers tilgjengeliggjøringsrett.

Betydningen av profittsyn illustreres godt ved å sammenligne tannlegepraksis-saken og SGAE v. Rafael Hoteles som begge gjaldt virksomheters avspilling av musikk og tv-signaler for sine respektive kunder. I Tannlegepraksis ble EU-domstolen forelagt spørsmål om musikkavspilling gjennom radioutstyr i tannlegepraksisens venterom utgjorde en overføring til allmennheten. Domstolen la blant annet vekt på at musikkavspillingen ikke gjør en tannlegepraksis mer attraktiv for deres kunder, kundene er der av helt andre årsaker.⁹⁷ EU-domstolens avgjørelse kan tas til inntekt for at slik avspilling av opphavers åndsverk i tannlegepraksisens ikke har en negativ innvirkning på verkets økonomiske verdi. Motsatt konkluderte domstolen i SGAE v. Rafael Hoteles der de fant det klart at kundene ville finne hotellet mer attraktivt dersom radio- og tv-utstyr ble gjort tilgjengelig for dem og at tilrådighetsstillelsen av disse var gjort nettopp for å øke attraktiviteten og dermed hotellets inntjening. Deler av verdien verket tilførte hotellet burde da tilfalle opphaver. Ved å følge

⁹⁴ SGAE v. Rafael Hoteles 42, REHA 46

⁹⁵ REHA 45 og 46

⁹⁶ REHA 49

⁹⁷ Tannlegepraksis 97

EU-domstolens resonnement ser vi at profittmomentet i den rettslige vurderingen er et spørsmål om overføringen av verket til allmennheten gjør foretaket mer attraktivt for publikum og følgelig om dette i positiv forstand påvirker inntjeningen. En slik slutning trekker også domstolen i REHA-saken der det uttales at overføringen skjer med vinning for øye der «brukeren kan drage en økonomisk fordel af denne spredning, som er knyttet til attraktiviteten og følgelig til den større besøgsfrekvens i det etablissement, hvori brukeren foretager denne spredning».⁹⁸

3.2.3. Kritikk

3.2.3.1. Innledning

I det følgende blir kritikk som omhandler kriteriets tilsynelatende introduksjon av konsumpsjonsvirkninger i kapittel 3.2.3.2. Deretter behandles Roséns synspunkt om at krav om restriktive foranstaltninger ved utleggelse av verket på WWW innebærer et indirekte formelt krav stikk i strid med Bernkonvensjonen i kapittel 3.2.3.3. I kapittel 3.2.3.4 omtales synergien kriteriet gir og hvor EU-domstolens tolkning av vilkårenes materielle innhold samlet sett er en god løsning.

3.2.3.2. Introduksjon av en konsumpsjonsvirkning ved utleggelse på internett

Nytt publikum kriteriet innebærer altså et krav om at den sekundære overføringen må rettes mot en allmennhet som skiller seg fra den allmennhet den opprinnelige overføringen var rettet mot. Den rettslige konsekvensen av denne tolkingen av «allmennhet» innebærer at dersom overføringen benytter internett og lenker som den tekniske fremgangsmåten og lenken viser til et verk som ikke underlagt restriksjoner fører kriteriet til at eneretten tilsynelatende konsumeres stikk i strid med artikkel 3 (3).

En sentral side av kritikken er at nytt publikum kriteriet introduserer en svak form for konsumpsjon av opphavers tilgjengeliggjøringsrett.⁹⁹ Det følger eksplisitt av artikkel 3(3) at

⁹⁸ REHA 51

⁹⁹ Se blant annet Rosén og Ole-Andreas Rognstad «The CJEU's Recent Findings on Digital Exhaustion and Linking and their Impact on Nordic Copyright Law», *Nordiskt Immaterielt Rättskydd*, 2015 nr. 6, 2015.

eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten ikke konsumeres ved første overføringen eller tilrådighetsstillelse av verket. Flere er av den oppfatning at anvendelse av nytt publikum kriteriet ved tilrådighetsstillelse på internett innebærer en konsumpsjon av opphavers enerett til å gjøre verket tilgjengelig på internett gjennom WWW.¹⁰⁰ Kriteriet griper inn i opphavers tilgjengeliggjøringsrett ved at det tillater lenking til verk som er lagt ut med opphavers samtykke uavhengig av opphavers syn på saken. Dette kan føre til begrensninger for opphaver med tanke på hvordan opphaver kan realisere verkets økonomiske verdi.

Det er imidlertid unaturlig å definere virkningen nytt publikum kriteriet medfører som en konsumpsjon av tilgjengeliggjøringsretten på internett. Opphaver beholder fortsatt kontrollen over verket ved at opphaver når som helst kan velge å trekke verket fra internett eller begrense tilgangen på WWW. Hensynet til opphavers interesser ivaretas på denne måten samtidig som samfunnet får gjøre nytte av verk så lenge opphaver lar verket ligge åpent på WWW. Konsumpsjonsvirkningen som tillegges fysiske eksemplarer av verket er ikke direkte overførbart på den digitale utbredelsen av verket. Konsumpsjonsvirkningen som inntreffer ved sprednings og visningsretten knytter seg til det enkelte eksemplar. Tanken er at opphaver gjennom salget av verket i fysisk format har hatt muligheten til å realisere verkets økonomiske verdi. Opphavsrettslige betraktninger kan ikke rettferdiggjøre innskrenkninger i den frie rådighet som følger eiendomsretten. Denne tankegangen er ikke direkte overførbart på digitale versjoner av verket eller rettene sagt digital fremvisning av verket. ALAI argumenterer for at nytt publikum kriteriet gjør det umulig for opphaver å tilby eksklusive lisenser,¹⁰¹ dette er ikke riktig da nytt publikum kriteriet retter seg mot lenking til den opprinnelige utleggelsen av verket, ikke eksemplarfremstilling og utleggelse av verket et annet sted uten opphavers samtykke, dette vil være en ulovlig eksemplarfremstilling. En eventuell lisensiering kan dermed gi tredjemann rett til å laste opp verket på egne servere og

¹⁰⁰ ALAI (2014) s. 2, Rosén 663

¹⁰¹ ALAI (2014), s. 16 andre avsnitt

dermed kontrollere kvalitet og andre faktorer – noe som har vist seg særdeles viktig for forbrukere.¹⁰²

Rognstad har hevdet at EU-domstolens avgjørelser kan tas til inntekt for at nytt publikum kriteriet i materiell forstand innfører et konsumpsjonsprinsipp og videre at løsningen kan ha en negativ virkning på opphavers mulighet til inntekt indirekte gjennom reklame på nettsiden fordi andre fritt kan benytte innbyggingslenker på sin nettside.¹⁰³ Dette er i og for seg et godt argument, men opphaver står fritt til å velge den forretningsmodellen han foretrekker. Å gjøre verket fritt tilgjengelig innebærer at verket har potensiale til å bli eksponert for hele verden. «Å gå viralt» er et relativt nytt fenomen som kan bringe opphaver store inntekter dersom opphaver tar vare på den. Dette er selvfølgelig ikke et tungtveiende argument i seg selv, men det illustrer godt de muligheter som internett og WWW gir opphaver.

3.2.3.3. Forholdet til Bernkonvensjonen artikkel 5 (2)

Rosén er av den oppfatning at EU-domstolens uttalelse i GS Media om at opphaver kan legge verket ut på internett bak en restriktiv foranstaltning innebærer at den opphavsrettslige beskyttelsen opphaver skal ha i henhold til internasjonale opphavsrettslige konvensjoner underlegges en formalitet i strid med Bernkonvensjonens artikkel 5 (2).¹⁰⁴

Veiledningsdokumentet til Bernkonvensjonen omtaler forbudet mot at opphavsrettslig beskyttelse underlegges en form for formalitet som et forbud mot at nasjonal lov oppstiller formelle krav for beskyttelse. Eksempler på slike formaliteter er krav om innmeldelse av verkets eksistens til et offentlig organ eller betaling av registreringsavgift.¹⁰⁵ Heller ikke det nye veiledningsdokumentet «Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related rights Terms». utarbeidet av WIPO inneholder en slik forståelse som Rosén legger til grunn. Hensynet til samfunnets

¹⁰² Det finnes ingen nyere statistikk som viser en klar nedgang i piratkopiering. Enkelte hevder faktisk det motsatte se: <https://www.tek.no/artikler/piratkopiering-pa-internett-er-storre-enn-noensinne/433326>. Antallet abonnenter på tjenester som Netflix og Spotify viser imidlertid et annet bilde. Brukervennlig tilgang og høy kvalitet verdsettes av forbrukerne.

¹⁰³ Rognstad (2015) s. 631

¹⁰⁴ Rosén

¹⁰⁵ Veiledningsdokumentet punkt 5.5, s. 33

interesser og mangelen på andre rettskilder som støtter opp under Roséns synspunkt taler for at EU-domstolens tolkning ikke er uriktig.

3.3. Oppsummering

Den utvidende tolkingen av overføringsbegrepet har gitt opphaver særdeles sterke kort på bekostning av samfunnets interesser. Dette gjelder særlig hvilke handlinger brukere kan foreta på internett i tilknytning åndsverk uten å krenke opphavers eksklusive rett til å gjøre verket tilgjengelig. Opphavsretten må avgrenses på en slik måte at den ikke er til hinder for ytringsfriheten og den frie meningsutveksling.¹⁰⁶ I GS Media uttalte EU-domstolen at direktivet søker å balansere mellom rettighetshavernes interesser og på den andre siden brukere av beskyttede verks interesser og deres grunnleggende rettigheter, herunder ytrings- og informasjonsfrihet.¹⁰⁷ Nytt publikum kriteriet åpner for en nyansert helhetsvurdering som tar hensyn til opphavers krav på vederlag. Løsningen skaper god balanse mellom opphavsrettsdirektivets formål om å skape incentiver for å skape åndsverk og hensynet til utbredelse av åndsverk.¹⁰⁸ Samtidig fører kriteriets fleksibilitet til rettslig usikkerhet med tanke på hvilken aktivitet som potensielt krenker opphavers enerett. Det er ikke åpenbart at virksomheter som deler likhetstrekk med tannlegepraksisen i saken nevnt over skal unntas fra vederlagsplikten. Dersom EU-domstolen skal bevege seg bort fra nytt publikum kriteriet må den samtidig innskrenke rekkevidden av overføringsbegrepet for å beholde balansen mellom interessene opphavsrettsdirektivet søker ivaretatt.

Roller til kriteriet som retter seg mot den tekniske fremgangsmåten den sekundære overføringen benytter er i dag ikke avklart. Dagens utvikling fører til en sammensmelting av de ulike mediene.¹⁰⁹ Mulighetene som de ulike overføringsteknologien gir sluttbrukeren sammenfaller i mye større grad enn tidligere som følge av den teknologiske utviklingen.

¹⁰⁶ Opphavsrettsdirektivets fortale 3. og 31. avsnitt

¹⁰⁷ GS Media 31

¹⁰⁸ Axhamn, s.131

¹⁰⁹ NOU 1999:26 «Konvergens Sammensmelting av tele-, data- og mediesektorene»

Dersom implisitt samtykke får fotfeste i nasjonal rettspraksis vil kriteriets betydning reduseres.

4. De kvalifiserende kriterienes forenlighet med Bernkonvensjonen

4.1. Innledning

Kraftig kritikk har blitt rettet mot EU-domstolens tolkning av Bernkonvensjonens artikkel 11bis(1) og de vilkår domstolen har utviklet basert på denne tolkningen. Den anerkjente organisasjonen ALAI har rettet sterk kritikk mot EU-domstolen og er fundamentalt uenig i «nytt publikum» som har sitt utspring i tolkningen av konvensjonen. Kriteriet inngår som et kvalifiserende element i vilkåret «allmennhet». Behandlingen av kritikken rettet mot nytt publikum kriteriet leder oss videre inn på det andre kvalifiserende kriteriet som omhandler den tekniske fremgangsmåten anvendt ved den sekundære overføringen.

4.2. «Nytt publikum»

Nytt publikum kriteriet ble i SGAE v. Rafael Hoteles formulert av EU-domstolen for første gang. EU-domstolen ble av Audencia Provincial de Barcelona blant annet forelagt spørsmål om installering av tv-apparater som mottar kabel- og satellittsignaler gjennom hotellets kabler var en overføring til allmennheten i henhold til art. 3 (1).¹¹⁰

Sakens faktum var som følger: Hotellkjeden Rafal ga sine kunder tilgang til tv- og radiokanaler gjennom utplassering av tv og radio på hotellets gjesterom og i fellesarealet. SGAE, en organisasjon som har som formål å ivareta opphavere og utgiveres interesser gikk til sak og hevdet at utplassering av tv og radio på hotellet utløste en vederlagsplikt fordi hotellet foretok en overføring til allmennheten.

¹¹⁰ SGAE v. Rafael Hoteles 40-42

EU-domstolen kom frem til at utplasseringen av tv og radio på hotellrommene i tillegg til distribuering av radio- og tv-signaler til mottaksapparatene samlet sett medførte at det hadde funnet sted en overføring til allmennheten i henhold til direktivet.

Domstolen fant støtte for tolkningen av artikkel 3 (1) i Bernkonvensjonens art. 11bis(1)ii. Etter å ha konstatert at hotellets gjester utgjorde en allmennhet viste EU-domstolen til nevnte bestemmelse om at rettighetshavere har eneretten til å tillate nye overføringer av samme verk begått av andre enn den opprinnelige kringkaster. Domstolen tolket ordlyden dithen at denne påfølgende overføringen var rettet mot et annet publikum enn den opprinnelige, altså et «nytt publikum».¹¹¹

Ytterligere støtte for denne tolkningen fant EU-domstolen i det ikke rettslig bindende veiledningsdokumentet for tolkning av Bernkonvensjonen utformet av WIPO.¹¹² Veiledningsdokumentet inneholder en passasje som beskriver hvilke forhold som faller inn under art. 11bis(1)iii. Denne bestemmelsen gir opphaver eneretten til å tillate overføring til allmennheten der overføringen skjer gjennom bruk av analoge apparater som tv og radio. I følge dokumentet omfatter bestemmelsen situasjoner der den private mottaker av kringkastingen avspiller sendingen utenfor det private området for et nytt publikum. Når opphaver gir kringkaster sitt samtykke til å kringkaste verket tar han bare i betraktning det «direkte publikum».¹¹³ Når brukerens handling gir en ny allmennhet tilgang til verket regnes ikke dette som en ren mottakelse av kringkastingen, men som en selvstendig handling som gir et nytt publikum tilgang til verket. EU-domstolen tar veiledningsdokumentet til inntekt for at det eksisterer et prinsipp om at opphaver bare tar i betraktning det direkte publikum og at dette prinsippet er anvendbart også i situasjoner som omfattes av BK art. 11bis(1)ii.¹¹⁴

ALAI er av den oppfatning at bestemmelsen ikke innebærer en vurdering av hvem som mottar overføringen, men *hvem som står for den nye overføringen*.¹¹⁵ ALAI mener at forståelsen som ble lagt til grunn – at en overføringen foretatt av en annen enn den opprinnelige overfører

¹¹¹ SGAE v. Rafael Hoteles 40

¹¹² Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic works (Paris Act, 1971)

¹¹³ *Ibid.*, 68-69

¹¹⁴ Avsnitt 41

¹¹⁵ ALAI 2014 punkt 3, s. 9-10

automatisk når ut til et annet publikum og dermed et nytt publikum - ikke er logisk holdbar¹¹⁶ Likeså er de av den oppfatning at iii) ikke kan tas til inntekt for at avspilling over et høytaleranlegg eller tv når ut til et nytt publikum. De er av den oppfatning at det i slike tilfeller har funnet sted en ny overføringshandling.¹¹⁷ Passasjen i veiledningsdokumentet kan etter deres mening ikke tas til inntekt for at det finnes et prinsipp om at opphaver bare godkjenner overføring til et direkte publikum, og at passasjen bare gir argumenter for hvorfor et vederlag kan kreves i disse tilfellene.¹¹⁸

Artikkel 11bis (1) deler opphavers eksklusive rett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten i tre deler. Etter i) har opphaver eneretten til å autorisere kringkasting av verket til allmennheten, ii) gir opphaver eneretten til å autorisere ny overføring av samme verk av en annen enn den opprinnelige overfører - den legger indirekte til grunn at eneretten ikke konsumeres etter den første tilgjengeliggjøringen, og iii) gir opphaver eneretten til å autorisere tilgjengeliggjøring for allmennheten ved hjelp av overføringer som gir allmennheten direkte tilgang til verket gjennom sine egne sanser. Bestemmelsen gir ingen nærmere definisjon av «allmennheten» og den vektlegger heller ikke hvem som mottar overføringen, men hvem som foretar overføringen slik ALAI påpeker. En svakhet ved Bernkonvensjonen er at den uttrykker opphavsrettslige prinsipper tilpasset tilstanden før den teknologiske utviklingen skjøt fart. Den teknologiske utviklingen har gjort overføring av verket tilgjengelig for vanlige forbruker og samtidig åpnet for større aktivitet fra forbrukernes side samt et større spekter av kringkastere. Verken WCT, WPPT eller opphavsrettsdirektivet selv nevner uttrykkelig at allmennheten som mottar overføringen er relevant når man skal vurdere om overføringsretten er krenket. Samtidig utelukker ikke de nevnte konvensjonene denne mulige tolkning. Ved å innfortolke et kriterium som innebærer at overføringen må nå ut til et nytt publikum for at opphavers enerett etter art. 3 (1) skal krenkes gjøres bestemmelsen mer fleksibel ved at flere momenter er av relevans. I dag kan hvem som helst overføre et verk til allmennheten. Gjennom tilgang til en datamaskin kan private i samtid sende ut åndsverk til

¹¹⁶ ALAI 2014 punkt 4, s. 11

¹¹⁷ ALAI 2014 punkt 4b, s. 13-14

¹¹⁸ ALAI (2014) punkt 4c, s. 17.

alle brukere av internett eller gjøre verk tilgjengelig slik at enhver som ønsker tilgang til verket selv velger tid og sted. Tiden der overføring av verk krevde enorme ressurser og var forbeholdt store kringkastingsselskaper er over. Nytt publikum kriteriet må som nevnt sees i sammenheng med EU-domstolens utvidende tolkning av overføringsbegrepet. Disse to momentene trekker i hver sin retning. Der nytt publikum kriteriet ivaretar samfunnets interesser – herunder ytrings- og informasjonsfriheten - gjennom å fjerne rettslige hindringer som står i veien for bruk av verket rettet mot allmennheten, gir den utvidende tolkningen av overføringsbegrepet opphaver muligheten til å hindre en del bruk som etter den naturlige forståelsen av begrepet «overføring» ikke er å anse som en overføring. Slik sett kan nytt publikum kriteriet sees på som et direkte utslag av opphavsrettsdirektivets formål som er å bevare en rimelig balanse mellom opphavers interesse og samfunnets interesser representert av den enkelte bruker.¹¹⁹

4.3. «Den tekniske fremgangsmåten»

Det kvalifiserende kriteriet «annen teknisk fremgangsmåte» ble først introdusert i Svensson. Kriteriet er basert på domstolens tidligere uttalelser om forståelsen av art. 3 (1) i blant annet ITV Broadcasting.¹²⁰

I ITV Broadcasting ga selskapet TVCatchup (TVC) sine kunder tilgang til tv-sendinger kringkastet gjennom kabel- og satellitt på internett. ITV Broadcasting med flere kringkastet tv-sendingene sine gratis innenfor Storbritannia. Inntekten sikret selskapene gjennom reklameinntekter. TVC sin forretningsmodell gikk ut på å gjøre gratissendingene tilgjengelig på internett. Gjennom en sporingsfunksjon på sin nettside forsikret TVC seg om at deres kunder oppholdt seg innenfor Storbritannia slik at deres tilgjengeliggjøring ikke nådde ut til et nytt publikum.

High Court of Justice (England og Wales) stilte for EU-domstolen blant annet spørsmål om retten til å autorisere overføring av verket til allmennheten i art. 3 (1) omfatter overføring av

¹¹⁹ Opphavsrettsdirektivets fortale avsnitt 31

¹²⁰ Svensson, 24

verket ved hjelp av streaming over internett av en annen enn den som opprinnelig overførte verket til allmennheten, når den nye overføringen når ut til det samme publikum som opphaver tok i betraktning når han godkjente den opprinnelige overføringen.

At opphavsrettsdirektivets fortale avsnitt 23 slår fast at tilgjengeliggjøringsretten gjelder enhver overføring for et ikke tilstedeværende publikum, og at denne retten ikke konsumeres, jf. art. 3 (3), tok domstolen til inntekt for at den lovgivende makt i EU har hatt som formål å gi opphaver eneretten til å samtykke til enhver transmisjon eller retransmisjon av verket, som gjør bruk av en spesifikk teknisk fremgangsmåte.¹²¹

Domstolen fant støtte for sin tolkning av art. 3 (1) i Satellitt og kabeldirektivet¹²² art. 2 og 8 som stiller krav om nytt samtykke ved samtidig, uendret og uforkortet viderespredning av verket via satellitt eller kabel av sendinger som inneholder åndsverk, selv om disse verkene kan mottas i samme dekningsområdet. Ettersom TVC benytter seg av en «annen teknisk fremgangsmåte» for å spre verk som tidligere har blitt overført via kabel- og satellittoverføring, nemlig internett, la domstolen til grunn at dette er å anse som en «overføring» i henhold til art. 3 (1).¹²³ Siden overføringen tok i bruk en annen teknisk fremgangsmåte var det unødvendig å ta stiling til om overføringen nådde ut til et nytt publikum.¹²⁴

ALAI er av den oppfatning at kriteriet har som sin primære funksjon å nøytralisere virkningen av nytt publikum kriteriet.¹²⁵ De påpeker at dersom kriteriet tas på ordet vil en organisasjon som hadde rett til å gjennomføre den første overføringen gjennom bruk av fremgangsmåten «x» krenke opphavsretten dersom den bruker fremgangsmåten «y».¹²⁶ ALAI er av den oppfatning at å vektlegge den tekniske fremgangsmåten innebærer at det enkelte

¹²¹ ITV Broadcasting 23 og 24

¹²² 93/83/EF Direktiv om samordning av visse bestemmelser vedrørende opphavsrettigheter og opphavsbeslektede rettigheter i forbindelse med radio- og tv-utsendelse via satellitt og viderespredning pr. kabel.

¹²³ ITV Broadcasting 26

¹²⁴ ITV Broadcasting 39

¹²⁵ ALAI 2014 punkt 5, s. 19.

¹²⁶ ALAI 2014 punkt 5, s. 20 siste avsnitt og s. 21 første og andre avsnitt.

kringkastingsselskap må skaffe opphavers samtykke både for overføring i tråd og trådløs overføring. Etter Satellitt- og kabeldirektivet art. 10 har kringkastingsselskap som har innhentet samtykke fra opphaver om overføring av verk gjennom bruk av satellitt også rett til å foreta overføringer gjennom kabelnett uten at nytt samtykke må innhentes. For andre typer overføringer bør utnyttelsen av verket følge av avtalen mellom partene. Av hensyn til opphavers interesse er nok denne løsningen god fordi den krever opphavers samtykke dersom verket skal overføres på en annen måte enn den opprinnelige overføringen. At opphaver har samtykket til at verket overføres via tradisjonelle tv-kanaler, kan ikke tas til inntekt for at verket kan overføres gjennom Snapchat.

Å tillegge overføringsteknologien avgjørende vekt ved fastleggelsen av hvorvidt artikkel 3 (1) krenkes har ikke direkte støtte i BK art. 11bis1, men retningen samfunnet utvikler seg i med tanke på større grad av interaktivitet mellom brukere og skapere av åndsverk at taler for at Bernkonvensjonen ikke tolkes for innskrenkende da dette effektivt vil sette en stopper for alle ny tanker som ikke finner sin støtte direkte i konvensjonens ordlyd. Ved å innfortolke et slikt vilkår setter man for det første et krav til kringkaster og avtalen mellom kringkaster og opphaver. Dersom kringkaster ønsker å overføre verket på forskjellige måter bør dette fremgå av avtalen. Ikke alle problemstillinger bør løses gjennom opphavsrettslige bestemmelser.

4.4. Forslag til alternative løsninger

Flere jurister er av den oppfatning at nytt publikum kriteriet er et resultat av at EU-domstolen ønsker å gjenopprette balansen mellom hensynet til opphaver på den ene siden og samfunnshensyn på den andre siden etter forskyvningen i favør opphaver som har oppstått som følge av den markante utvidelsen av overføringsbegrepet i forhold til slik begrepet tradisjonelt har blitt tolket forut for den teknologiske utviklingen.¹²⁷

Anvendelse av erstatningsbetinget medvirkningsansvar slik Høyesterett løste RT-2005-41 «Napster-dommen», er med EU-domstolens løsning utelukket. Anvendelse av erstatningsbetinget erstatningsansvar vil bare være praktisk mulig på handlinger som i

¹²⁷ Se Axhamn, s. 665 punkt 3,

handlingsspekteret ligger utenfor de handlinger som ble ansett som overføringshandlinger i Ziggo og Filmspeler. Avstanden mellom den faktiske tilgjengeliggjøringshandlingen og vedkommendes medvirkende handling vil være markant slik at anvendelse av solidaransvar vil stride mot rettsfølelsen.

At opphavsrettsdirektivet er et harmoniseringsdirektiv samt det voksende behovet for å regulere distribusjon av åndsverk digitalt har nok medvirket til løsningen EU-domstolen falt ned på. Harmonisering av materielle regler innenfor opphavsretten ligger i kjernen av de fire friheter som reguleres av EØS-avtalen. Det samme kan ikke sies om godt etablerte erstatningsrettslige prinsipper.

En annen løsning som har blitt diskutert er om det mulig å innfortolke et samtykke til visse former for bruk. Høyesterett var i Napster-dommen ikke villig til å velge denne løsningen og begrunnet dette med konsekvenshensyn. Heller ikke ALAI ønsker en slik løsning. De påpeker at Bernkonvensjonens medlemsland har ulik oppfatning av hva implisitt samtykke innebærer. Videre vil for eksempel opphavers samtykke til at søkemotorer indekserer opphavers nettsider ikke nødvendigvis fortelle noe om hvilken øvrig bruk opphaver tillater. Og opphavers samtykke til at det lenkes fra side A vil ikke nødvendigvis bety at hun godtar at det lenkes fra side B.¹²⁸ Samlet sett gjør dette at en løsning basert implisitt samtykke ikke skaper den forutsigbarhet som ønskes både for opphaver selv og brukere av verket. EU-domstolen har gjennom sin tolkning av art. 3 (1) i AKM åpnet for å vektlegge implisitt samtykke ved vurderingen av om en sekundær overføring når ut til et nytt publikum. Det er klart at det ikke var på denne måten ALAI ønsket å implementere dette momentet.

ALAI argumenterer sterkt for en løsning basert på kollektive avtalelisenser og bruk av eksisterende teknologi.¹²⁹ Løsningen innebærer at henvisningslenker tillates mens innbyggingslenker og enkelte dyplenker skal ilegges en lisensavgift for den bruk av verket

¹²⁸ ALAI (2015) punkt 1

¹²⁹ ALAI (2015) Punkt 2

lenker gjør.¹³⁰ For å sikre informasjonsfriheten foreslår ALAI å gjøre unntak for nyhetsartikler og sitater.¹³¹ Det arbeides i disse dager med et nytt direktiv «om opphavsrett på det digitale indre marked».¹³² Forslaget inneholder blant annet en bestemmelse, artikkel 11, som krever at den som lenker til nyhetsartikler gjennom bruk av såkalte «thumbnails» må innhente en lisens fra utgiveren.¹³³

Som Rognstad har uttalt har det vist seg vanskelig å implementere tradisjonell opphavsrettslig tankegang på forhold unikt for informasjonsalderen.¹³⁴ De eiendomsrettslige betraktninger som ligger bak konsumpsjonsvirkningene for sprednings og visningsretten knytter seg til fysiske objekter. Den som kjøper en ting skal ha den fulle rett til å gjøre hva han eller hun vil med den tingen. Et slikt syn passer dårlig for verk som er tilgjengeliggjort i digitalt format. Slike verk kan kopieres i det uendelige uten at verkets kvalitet forringes. Bare dens potensial med tanke på økonomisk realiserbar verdi vil bli påvirket. Det er her jeg mener nøkkelen til nytt publikum kriteriet ligger samtidig som er det er dens store svakhet. Ved å legge vekt på profittsyn innskrenkes opphavers eksklusive rett til å råde over verket der bruken ikke gjør inngrep i verkets økonomiske verdi samtidig er løsningen rimelig fordi opphaver bevarer kontrollen over verket. EU-domstolens tolkning av artikkel 3 (1) gir den et bredt nedslagsfelt og en fleksibilitet som gjør bestemmelsen anvendelig i alle saker. For å få dette til har hensynet til forutsigbarhet for både bruker og opphaver fått mindre plass.

¹³⁰ ALAI (2015) Punkt 2, a og b

¹³¹ ALAI (2015) Punkt 3, a og b

¹³² «*Copyright in the single digital market*», 2016/0280(COD)

¹³³ Denne rettigheten skal etter forslaget vare i 20 år etter førstegangs utgivelsen. Forslaget blir trolig ikke vedtatt med dette innholdet. Forslaget behandles nå i EU-systemet og forventes at en ny versjon offentliggjøres 20. eller 21. juni 2018. En løsning basert på avtalelisenser innebærer i praksis at WWW må overvåkes og at store ressurser må iverksettes. En slik løsning kan fungere, men det spørs om kan forsvares når man ser på forholdet mellom nytte og ressursbruk.

¹³⁴ Rognstad, (2015) punkt 1.

5. Artikkel 3 (1) og åvl. § 2

5.1. Behov for endring?

Overføringsretten direktivet oppstiller er hjemlet i åvl. § 2, andre ledd bokstav c) - opphaver har eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten gjennom fremføring av verket offentlig. Åndsverkloven oppstiller retten til eksemplarfremstilling og retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten som opphavers to rettigheter, andre ledd bokstav a) til c) og tredje ledd er således bare eksempler på ulike former for tilgjengeliggjøring av verket.¹³⁵Tilgjengeliggjøringsbegrepet i åvl. § 2 første ledd er derfor tilpasningsdyktig i den forstand at den omfatter alle former for tilgjengeliggjøring av åndsverk. Den praktiske konsekvensen av dette er at EU-domstolens utvikling av artikkel 3 (1) i opphavsrettsdirektivet ikke umiddelbart krever endringer av åvl. § 2. Bestemmelsen ble endret til dagens ordlyd i 2005 for å imøtekomme de endringer opphavsrettsdirektivets artikkel 3 (1) medførte. Endringen innebar en tilføyelse av fjerde ledd om opphavers enerett til å overføre verket «i tråd eller trådløst til allmennheten...på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket». Det er i forarbeidene presisert at fjerde ledd bare er ment å gi praktiske eksempler på hva som faller inn under bokstav c). Fjerde ledd har således ingen selvstendig betydning.¹³⁶

5.2. Fremtiden

I forslaget til ny åndsverklov har Kulturdepartementet foreslått å endre § 2 tredje ledd til å også omfatte alternativet «overføring til allmennheten» i ny bokstav d) slik at bestemmelsen inneholder en fjerde underkategori for tilgjengeliggjøring for allmennheten i. Begrunnelsen

¹³⁵ Napster.no 42

¹³⁶ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) s. 140 åttende avsnitt

for dette er å føre kategorien «verket fremføres offentlig» i samsvar med slik begrepet brukes i det daglige.¹³⁷ Nye bokstav d) om «overføring til allmennheten» vil samsvare med artikkel 3 (1), og fremføring av verket ved bruk av tekniske hjelpemidler for et tilstedeværende publikum vil omfattes av bokstav c). Endringen vil ikke føre med seg en realitetsendring.¹³⁸ Om denne endringen har noe for seg kan diskuteres. Fordelen begrepet «fremføring» gir er at det på en bedre måte leder leseren av lovteksten til å forstå at råderetten over verket ikke overføres. Norsk lovgivningstradisjon tilsier at ordlyden i åndsverkloven holdes kort og konsis, derfor bør EU-domstolens utvikling av artikkel 3 (1) behandles av lovgiver i forarbeidene slik at artikkel 3 (1) tilpasses norske forhold.

¹³⁷ Prop.104 L (2016-2017)

¹³⁸ Prop.104 L (2016-2017) s. 10 siste avsnitt

Kilder

Litteratur

- ALAI (2014) ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE, «"New public" Criterion Report and Opinion», <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf>, 17. september 2014 (Sist besøkt 21.05.18)
- ALAI (2015) ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE, «Hyperlinking Report and Opinion», <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/201503-hyperlinking-report-and-opinion-2.pdf>, 17. juni 2015 (Sist besøkt 21.05.18)
- Axhamn , Johan, «Internet Linking and the Notion of "New Public"», *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2014 nr. 2, s. 110-132
- Rognstad (2005) Rognstad, Ole-Andreas, «Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-saken», *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2005 nr. 4, s. 344-370.
- Rognstad (2009) Rognstad, Ole-Andreas, Birger Stuevold Lassen, *Opphavsrett*, 2009
- Rognstad (2015) Rognstad, Ole-Andreas, «The CJEU's Recent Findings on Digital Exhaustion and Linking and their Impact on Nordic Copyright Law», *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2015 nr. 6, s. 624-631
- Rosén Rosén, Jan, «Unionsdomstolen på kollisionskurs med internasjonell opphovsrätt», *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2014 nr. 6, s. 660-667

Sejersted mfl.	Sejersted, Fredrik, Finn Arnessen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, <i>EØS-RETT</i> , 3. utgave (2011)
Torvund	Torvund, Olav, «Enerett til lenking – en keiser uten klær?», <i>Nordiskt Immateriellt Rättskydd</i> , 2008 nr. 5, s. 417-443
Guide to the Berne Convention	Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic works (Paris Act, 1971), Genève 1978.
New Guide to the Berne Convention	WIPO «Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related rights Terms», Genève, 2004

Traktater og konvensjoner

Bernkonvensjonen (BK)	Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 9. September 1886. Sist revidert i Paris, 24. juli, 1971
WCT	WIPO Copyright Treaty. Vedtatt i Genève 20. desember 1996
TRIPS-avtalen	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty. Vedtatt I Genève 20. desember 1996

EU-direktiver

<i>Opphavsrettsdirektivet</i>	2001/29/EF av 22. mai 2001 «om harmonisering av visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet»
<i>Satellitt- og kabeldirektivet</i>	93/83/EF av 27. september 1993 «om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-utsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel»

EU-domstolens avgjørelser

<i>SGAE v. Rafael Hoteles</i>	Sak C-306/05 (<i>Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA.</i>) – ECLI:EU:C:2006:764
<i>FAPL</i>	Sak C-403/08 (<i>Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others</i>) og C-429/08 (<i>Karen Murphy v Media Protection Services Ltd</i>) – ECLI:EU:C:2011/631
<i>Tannlegepraksis</i>	Sak C-135/10 (<i>Soceità Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso</i>) – ECLI:EU:C2012:140
<i>Phonogram Ireland</i>	Sak C-162/10 (<i>Phonographic Performance (Ireland) Limited v Ireland and Attorney General</i>) – ECLI:EU:C2012:141
<i>ITV Broadcasting</i>	Sak C-607/11 (<i>ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchUp Ltd</i>) – ECLI:EU:C:2013:147
<i>Svensson</i>	Sak C-466/12 (<i>Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB</i>) - ECLI:EU:C:2014:76
<i>Bestwater</i>	Sak C-348/13 (<i>BestWater International GmbH v Michael Mebes and Stefan Potsch</i>) ECLI:EU:C:2014:2315
<i>REHA</i>	Sak C-117/15 (<i>Reha Training Gessellschaft für Sport und Unfallrehabilitation mbH v GEsselsschaft für musikalsche Auffürings – und mechanische Vervielfältugybsreche eV</i>) – ECLI:EU:C:2016:379
<i>GS Media</i>	Sak C-160/15 (<i>GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others</i>) - ECLI:EU:C:2016:644
<i>Soulier/Doke</i>	Sak C-301/15 (<i>Marc Soulier and Sara Doke v Premier minister and Ministre de la Culture et de la Communication</i>) – ECLI:EU:C:2016:878

AKM Sak C-138/16 (*Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM) v Zürs.net Betriebs GmbH*) – ECLI:EU:C2017:218

Filmspeler Sak C-527/15 (*Stichting Brein v Jack Frederik Wullems*) – ECLI:EU:C:2017:300

Ziggo Sak C-610/15 (*Stichting Brein v. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*) - ECLI:EU:C:2017:456

VCAST Sak C-265/17 (*VCAST Limited v RTI SpA*) – ECLI:EU:C:2017:913

Norske rettskilder

Åndsverkloven Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk mv.

EØS-komiteens beslutning EØS-komiteens beslutning nr. 110/2004 , 09. juli 2004

Napster.no Rt-2005-41

Roys Place Rt-1970-1172

Bedriftsmusikk Rt-1953-644

NOU 2012: 2 «Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU»

NOU 1996: 26 «Konvergens Sammensmelting av tele-, data- og mediesektorene»

Prop. 104 L (2016-2017) Forslag til ny åndsverklov, lagt frem 04.05.17

Andre kilder

General advokatens forslag til løsning i GS MEDIA ECLI:EU:C2016:221

TFEU Treaty of the Functioning of the European Union, Lisboa, 13. desember 2007

CSDM «*Copyright in the single digital market*», 2016/0280(COD), endringsforslaget behandles av

Internett sider

https://www.w3.org/wiki/The_history_of_the_Web - Besøkt 12.04.18

<https://www.w3.org/standards/webdesign/htmlless> - Besøkt 12.04.18

<https://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html> - Besøkt 28.05.18

<https://www.tek.no/artikler/piratkopiering-pa-internett-er-storre-enn-noensinne/433326> - Besøkt 28.05.18