

UiO : **Det juridiske fakultet**

Yttergrensene for vederlagsretten ved offentlig fremføring av lydopptak

Åndsverkloven § 45b

Kandidatnummer: 581

Leveringsfrist: 25. 04. 2013

Antall ord: 17 771



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING | 1 |
| 1.1 | Oppgavens tema | 1 |
| 1.2 | Problemstillingen..... | 2 |
| 1.3 | Om rettskildesituasjonen | 3 |
| 1.4 | Vederlagsrettens historikk | 6 |
| 2 | VEDERLAGSRETTE FOR OFFENTLIG FREMFØRING AV LYDOPPTAK | 13 |
| 2.1 | Vederlagsrettens plassering i opphavsretten..... | 13 |
| 2.1.1 | Nærstående rettigheter | 13 |
| 2.1.2 | Utøvende kunstneres rettigheter..... | 14 |
| 2.1.3 | Fonogramtilvirkerens rettigheter..... | 16 |
| 2.2 | Hensyn bak regelen | 17 |
| 2.3 | Åndsverkloven § 45b..... | 18 |
| 2.3.1 | Generelt | 18 |
| 2.3.2 | Å gjøre «tilgjengelig» | 18 |
| 2.3.3 | Allmennheten | 20 |
| 2.3.4 | Fremføringsbegrepet | 24 |
| 2.3.5 | Kravet om nærhet mellom handling og verkstilgang | 35 |
| 3 | LEIEBILSAKEN | 37 |
| 3.1 | Kort fremstilling av saken | 37 |
| 3.2 | Hovedspørsmål i saken | 38 |
| 3.2.1 | Problemstillinger | 38 |
| 3.2.2 | Er bilutleieselskapenes handling å anse som «fremføring»? | 38 |
| 3.2.3 | Nærhet mellom handling og verkstilgang | 41 |
| 3.2.4 | Om fremføringshandlingen er «offentlig» | 45 |
| 3.2.5 | Oppsummering..... | 49 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 4 | VEIEN VIDERE | 50 |
| 4.1 | Hvor bør grensen for vederlagsplikt etter § 45b gå? | 50 |
| 4.1.1 | Noen betraktninger | 50 |
| 4.1.2 | En kursendring på gang? | 53 |
| 4.1.3 | En alternativ løsning | 55 |
| 5 | LITTERATURLISTE..... | 59 |
| 5.1 | Litteratur | 59 |
| 5.1.1 | Bøker | 59 |
| 5.1.2 | Artikler | 59 |
| 5.2 | Lovgivning..... | 60 |
| 5.2.1 | Norske lover | 60 |
| 5.2.2 | Utenlandske lover..... | 60 |
| 5.2.3 | Forskrifter..... | 61 |
| 5.3 | Traktater..... | 61 |
| 5.4 | EU-direktiver | 61 |
| 5.5 | Forarbeider..... | 62 |
| 5.5.1 | Norske forarbeider | 62 |
| 5.5.2 | Utenlandske forarbeider | 63 |
| 5.6 | Rettspraksis..... | 63 |
| 5.6.1 | Norsk rettspraksis..... | 63 |
| 5.6.2 | Utenlandsk rettspraksis | 63 |
| 5.7 | Nettressurser | 65 |

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Temaet for oppgaven er vederlagsretten for utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere ved offentlig fremføring av lydopptak, regulert i åndsverkloven av 12. mai 1961 (heretter «åvl».) § 45b.¹ Det vil si den rett til betaling disse gruppene etter loven har når deres prestasjoner utnyttes ved offentlig fremføring.

Den offentlige fremføring som omfattes av vederlagsretten i § 45b er der overføringen skjer på avsenders initiativ, såkalte «aktive overføringer».² Eksempler på dette er den fremføring som finner sted når butikkinnehaveren spiller bakgrunnsmusikk i sine lokaler, eller tradisjonell kringkasting, som NRKs bruk av lydopptak i sine direktesendinger. Her vil henholdsvis butikksinnehaveren og NRK være avsendere. Den utøvende kunstner og tilvirker av lydopptak kan ikke motsette seg denne bruken, men de har et lovfestet krav på vederlag. For å fastlegge omfanget av vederlagsretten for utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere er det avgjørende å trekke grensene for hva som er slik aktiv overføring.

Målet for oppgaven er å fastlegge bestemmelsens innhold og omfang, med særlig fokus på vederlagsrettens yttergrenser, gjennom en analyse av relevant rettspraksis. Jeg avgrenser mot å behandle hele bestemmelsen i § 45b. Det sentrale for oppgaven er første ledd og første punktum i annet ledd. Bestemmelsen er preget av skjønnsmessige vilkår og oppgaven vil særlig ta for seg grensetilfellene hvor det er uklart hvorvidt det er snakk om en «fremføring», og hvorvidt denne har vært «offentlig».³ Jeg vil imidlertid berøre andre deler av bestemmelsen i den grad det er nødvendig for å belyse oppgavens problemstilling.

¹ Begrepene defineres under punkt 2.1 nedenfor.

² Rognstad, 2009 s. 318 jf. Hugenholtz m.fl.(2006) s. 57.

Fremføring «på forespørsel» omfattes derimot ikke av § 45b, mer om dette under punkt 2.3.4

³ Innholdet i begrepene diskuteres under hhv. punkt 2.3.4 og 2.3.3

1.2 Problemstillingen

Hovedproblemstillingen i oppgaven er å fastlegge hvor yttergrensene for vederlagsretten går, det vil si å fastlegge når vilkårene anses oppfylt slik at vederlagsplikten utløses.

Oppgaven har tre deler. Innledningsvis foretar jeg en gjennomgang av vederlagsrettens historikk, ettersom jeg mener dette gir et bilde av den kontinuerlige utvikling på området og danner et viktig bakteppe for oppgaven generelt.

I del 2 vil jeg gi en fremstilling av vederlagsretten i åvl. § 45b ved å redegjøre for de problemstillinger som reiser seg under bestemmelsens vilkår. Her vil det sentrale være hva som ligger i begrepene «tilgjengeliggjøring for allmennheten» og «offentlig fremføring», hvilke forhold som omfattes av fremføringsbegrepet, samt grensdragningen mellom det private og offentlige området. Siktemålet er å problematisere yttergrensene for vederlagsretten gjennom analyse av konkrete tilfeller i rettspraksis, samt å utforske ulike problemstillinger som enda ikke er vurdert av domstolene.

I del 3 illustrerer jeg problematikken rundt vederlagsrettens yttergrenser med utgangspunkt i situasjonen for leiebiler. Jeg vil foreta en analyse av den såkalte «Leiebilsaken» fra Asker og Bærum tingrett, hvor jeg fortløpende kommenterer dommens premisser, herunder rettens vektlegging og vurdering.⁴ Tingrettsdommer har i utgangspunktet begrenset rettskildemessig vekt, og i dette tilfellet er dommen heller ikke rettskraftig ettersom den er anket. Saken er imidlertid godt egnet til å illustrere nettopp hvordan yttergrensene for vederlagsretten stadig flyttes og jeg vil med utgangspunkt i dommen drøfte og belyse problemstillingene i første del av oppgaven.

Avslutningsvis vil jeg komme med noen betraktninger rundt hvor grensene for vederlagsretten bør gå og alternative løsninger for gjennomføringen av denne retten. I tillegg vil jeg

⁴ TAHER-2012-73209

belyse en mulig kursendring på området med utgangspunkt i nyere praksis fra EU-domstolen.

1.3 Om rettskildesituasjonen

I oppgaven anvendes vanlig juridisk metode, altså er utgangspunktet for tolkningen ordlyden i § 45b. Videre vil de øvrige rettskildefaktorene benyttes ved fastleggingen av bestemmelsens innhold. Her følger en kort oversikt over relevante rettskildefaktorer som anvendes i oppgaven.

Innledningsvis er det hensiktsmessig å påpeke at fremføringsbegrepet i § 45b skal tolkes på samme måte som i åvl. § 2.⁵ Bestemmelsen i § 45b ble tilføyd loven i 1990, ordlyden samsvarer i hovedsak med § 2, som har vært nedfelt i loven fra dens tilblivelse i 1961. Dette innebærer at forarbeider, rettspraksis og teori til denne bestemmelsen vil være relevant ved tolkningen av vilkårene i § 45b. Med hensyn til hva som ligger i begrepet «offentlig fremføring» henviser bestemmelsen § 45b til § 2, fjerde ledd, hvor dette er presisert. Begrepet «overføring til allmennheten» introduseres her, og bestemmelsene må leses i sammenheng.

Formuleringen «å gjøre tilgjengelig for allmennheten» ble benyttet allerede i den første åndsverkloven fra 1930, lenge før den individuelle vederlagsretten oppstod.⁶ Dagens åndsverklov bygger i stor grad på denne, og ordlyden ble videreført og presisert i arbeidet med gjeldende åndsverklov. Ot.prp. Nr. 26 (1959-1960) er derfor et viktig forarbeid. Videre er forarbeidene til lovendringen i 1990 sentrale, ettersom det var her den individuelle vederlagsretten ble lovfestet i § 45b. Jeg vil trekke frem Ot.prp. Nr. 36 (1988-1989) og Birger Stuevold Lassens utredning fra 1985, NOU 1985:30, som særlig sentrale. Den siste viktige lovendring med konsekvenser for vederlagsretten kom i 2005, her ble eneretten for offentlig fremføring «på forespørsel» innført i § 2 fjerde ledd tilføyd, og Ot.prp. Nr. 46 (2004-2005) er således et viktig forarbeid. Øvrige forarbeid som berører vederlagsretten og dan-

⁵ Ot.prp. nr. 15 (1999-2000) s. 25

⁶ Tidl. Åndsverklov (1930) § 1

ner rettskildemateriale for tolkning av § 45b er Ot.prp. Nr. 15 (1994-1995) og Ot.prp. Nr. 15 (1999-2000), i tillegg til Innst. O nr. 67 (1999). Forarbeidene henvises til fortløpende i oppgaven, og den nærmere historikken bak bestemmelsen vil bli gjennomgått under oppgavens punkt 1.4.

Rettspraksis om vederlagsrettens yttergrenser er sparsommelig, men ettersom man ved fastlegging av innholdet i vederlagsretten må se hen til fremføringsbegrepet i § 2, vil også Høyesteretts praksis knyttet til denne bestemmelsen være relevant. Det gir et større tilfang av rettspraksis, og relevante dommer vil bli gjennomgått nærmere under de forskjellige kapitlene. Når det gjelder rettspraksis om forståelsen av § 45b vil som nevnt den ankede Leiebilsaken fra Asker og Bærum tingrett danne grunnlag for del 3 av oppgaven, hvor jeg foretar en analyse av denne.

Åndsverklovens anvendelsesområde følger av åvl. § 57 som er et utslag av det alminnelige prinsipp om lovgivningens territoriale avgrensning. Bestemmelsen regulerer anvendelsesområdet for lovens bestemmelser om opphavsrett. Utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere har imidlertid ikke opphavsrettslig beskyttelse for sine prestasjoner, men har rettigheter med så nær tilknytning til opphavsretten at de er plassert i åvl. kapittel 5. Det følger av § 58 at bestemmelsene i kapittel 5 skal gjelde til fordel for «arbeid som er frembrakt av a) norsk statsborger eller person som er bosatt her i riket b) selskap som har norsk styre eller sete her i riket». Altså ligger territorialprinsippet til grunn også her. Åndsverklovens natur er imidlertid ikke av territoriell art, men tvert i mot egnet for fri flyt over landegrensene. Av denne grunn har det internasjonale samarbeidet på opphavsrettens område alltid vært viktig, og også kildematerialet av internasjonal opprinnelse vil være relevant.⁷

På opphavsrettens område er det lang tradisjon for samarbeid mellom de nordiske landene. Samarbeidet begynte allerede i 1938, og målet var enhetlig lovgivning på opphavsrettens

⁷ Rognstad (2009) s. 33

område.⁸ Det fellesnordiske lovsamarbeidet gjør at man kan dra nytte av nabolandenes erfaringer både i regelutviklingen, og ved anvendelsen av regler. Samarbeidet muliggjør at forarbeider og rettspraksis kan bidra til å avklare opphavsrettslige problemstillinger på tvers av landegrensene.⁹ I oppgaven har jeg særlig benyttet meg av rettspraksis fra de øverste domstolene i Sverige, Danmark og Finland. En annen konsekvens av lovsamarbeidet i Norden, er at Norden samlet blir en viktigere og større aktør i de internasjonale fora, dette forholdet vil det imidlertid ikke fokuseres på i oppgaven.¹⁰

Når det gjelder internasjonale konvensjoner på opphavsrettens område har Bernkonvensjonen,¹¹ Romakonvensjonen,¹² og de to WIPO-traktatene (World Intellectual Property Organization) om henholdsvis opphavsrett (WCT)¹³ og utøvende kunstnere og fonogramprodusenter (WPPT)¹⁴ vært av særlig betydning for vederlagsrettens utvikling, noe jeg kommer nærmere inn på i historikken nedenfor.

Gjennom EØS-avtalen får EUs direktiver på området innflytelse på den norske opphavsretten. De viktigste for oppgavens tema er direktivene om henholdsvis opphavsrett og utleie- og utlånsrettigheter.¹⁵ Sistnevnte er fra 1992, og ble gjennomført i Norge i 1995. I 2006 kom en ny utgave av direktivet som konsoliderer det tidligere utleie- og utlånsdirektivet og senere endringer i dette. Tilhørende rettspraksis fra EU-domstolen får dermed også anvendelse og er førende for norske domstoler.

⁸ Karnell (1990) s. 251

⁹ Schovsbo (2008) s. 51

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works
9. september, 1886.

¹² International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations. Roma, 26. oktober, 1961.

¹³ WIPO Copyright Treaty. Geneve, 20. desember, 1996.

¹⁴ WIPO Performances and Phonograms Treaty. Geneve, 20. desember, 1996.

¹⁵ Hhv. EP/Rdir 2001/29/EF og EP/Rdir 1992/100 EF, nå: EP/Rdir 2006/115/EF

Når det gjelder rettsteori er det ikke skrevet særlig mye om vederlagsretten og § 45b, men til gjengjeld er § 2 grundig behandlet, noe som kommer til nytte i oppgaven. Som en følge av opphavsrettens fellesnordiske grunnlag vil også rettsteori fra de øvrige nordiske landene være av relevans for tolkningen av de ulike problemstillingene som følger av oppgaven.

Endelig vil den teknologiske utviklingen på opphavsrettens område, og særlig dens betydning for vederlagsretten gjøre det hensiktsmessig å benytte reelle hensyn for å komme til rimelige løsninger ved tolkning av innholdet i rettsreglene. Jeg vil benytte meg av reelle hensyn, særlig i oppgavens del 3 og 4, til tross for at den rettskildemessige vekt er omdiskutert.

1.4 Vederlagsrettens historikk

Vederlagsretten følger av åvl. § 45b, som ble tilføyd loven i 1990, men har en historie som går lengre tilbake.

Den første internasjonale konvensjon som sikret økonomiske rettigheter knyttet til offentlig fremføring, er Bernkonvensjonen fra 1886. Konvensjonen gjelder beskyttelse av verker og gir opphavsmannen enerett til å råde over spesielle former for overføring til allmennheten av litterære og kunstneriske verk i artikkel 11bis (1) (i-iii). Norge sluttet seg til Bernkonvensjonen i 1896.

I Norge ble «Fond for utøvende kunstnere» etablert allerede i 1957, som en følge av at Stortinget året før hadde vedtatt en midlertidig «Lov om avgift på offentlig fremføring av utøvende kunstners prestasjoner mv.»(fondsloven).¹⁶ Bakgrunnen for at Norge valgte en slik løsning og ikke en ordning med individuell vederlagsrett (subjektive rettigheter) var at det ville kreve et stort og «kostbart administrasjonsapparat for å kunne fordele inntekter

¹⁶ Se Fondets nettsider (ffuk.no) <http://www.ffuk.no/om-ffuk.70865.no.html> (april 2013)

utgifter til den enkelte kunstner i inn- og utland».¹⁷ Loven påla den som offentlig fremfører opptak av utøvende kunstners prestasjoner å betale avgift til fondet, som var satt til å ivareta utøvende kunstnere gjennom tildelinger. Fond for utøvende kunstnere spilte således en meget viktig rolle for rekruttering av utøvende kunstnere helt fra starten av og bidro til å skape større bredde i kunsttilbudet til allmennheten.¹⁸ Utøvende kunstnere hadde ikke hatt noen slik rett i åndsverkloven av 1930, og fondsloven skulle i utgangspunktet være en midlertidig løsning mens arbeidet med ny åndsverklov var underveis. Lovarbeidet var et resultat av behovet for økt regulering på området som en følge av den teknologiske utvikling, i form av utbredelsen av grammofonspillere, radio og TV. Avgiften og stipendordningen skulle avhjelpe den situasjonen utøvende kunstnere befant seg i etter hvert som den teknologiske utvikling gjorde at musikkfremføring i økende grad skjedde ved hjelp av lydopptak og ikke konserter.¹⁹ Loven ble gjort permanent i 1965. Etter loven skulle fondsavgiften deles mellom de utøvende kunstnere og tilvirkere av lydopptak, det vil si plateprodusentene, som en kollektiv vederlagsordning gjennom fondet.

Romakonvensjonen fra 1961 ligger til grunn for utviklingen av den individuelle vederlagsretten internasjonalt. Konvensjonen berører ikke opphavsmennenes rettigheter, men etablerer internasjonalt vern for utøvende kunstners fremføring -, fonogramprodusenters innspilling - og kringkastingsvirksomheters sending av verk, og var den første internasjonale traktat som omhandlet disse gruppenes rettigheter. Konvensjonens artikkel 12 gir disse gruppene rett til «rimelig vederlag» ved fremføring i form av avspillinger av utøvende kunstners prestasjoner på kommersielle lydopptak.²⁰ Norge tiltrådte konvensjonen i 1978, men benyttet muligheten til å gjøre visse unntak, disse forbehold er senere slettet. Artikkel 12 ble oppfylt ved at en del av inntektene fra Fond for utøvende kunstnere gikk til individuelt ve-

¹⁷ Ot.prp. nr. 10 (1956) s. 1

¹⁸ NOU 1985:30 s.71

¹⁹ Gyldendal Rettsdata, note til Fondsloven, ved Harald Bjelke sr.

²⁰ Schönning (2011) s. 297

derlag til fonogramprodusenter. Norge oppfyller i dag konvensjonens krav gjennom bestemmelsen i §§ 42, 45, 45a og 45b.

I Danmark ble vederlagsbyrået Gramex etablert i 1963, som en følge av at den folkekjære sangeren Axel Schiøtz ble syk i 1950 og ikke lenger kunne opptre. Radio og TV brukte imidlertid hyppig lydopptak av hans fremføringer i sine sendinger, og de fleste fant det urimelig at han ikke hadde krav på vederlag for denne bruken.²¹ Konsekvensen ble opprettelsen av Gramex og etableringen av individuell vederlagsrett i Danmark. Weincke trekker også frem det forhold at grammofonindustrien helt siden den danske ophavsretsloven av 1933 hadde hatt rettigheter som satte dem i stand til å kreve vederlag for radioens bruk av plater, som utslagsgivende for at vederlagstanken såpass lett seiret i Danmark.²² Dansk ophavsretslov (OHL) § 68 tilsvarer norsk åndsverklov § 45b, og gir utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere krav på individuelt vederlag når lydopptak fremføres offentlig.

I en offentlig utredning foretatt av professor Birger Stuevold Lassen i 1985, var mandatet at han på fritt grunnlag skulle vurdere i hvilken utstrekning det var mulig å etablere en norsk ordning som innebar individuell vederlagsrett for offentlig bruk av lydopptak, slik ordningen i Danmark hadde vært siden 1963. Han skulle så vidt mulig også redegjøre for de kulturpolitiske, sosiale, administrative og økonomiske konsekvenser en slik ordning kunne antas å få.²³ Utredningen ble igangsatt som følge av en samfunnsutvikling som gjorde at lovgiver så behovet for individuelt vederlag, og det ble fortgang i spørsmålet etter at NRK hadde sendt et program om visesangeren Birgitte Grimstad hvor hennes musikk ble brukt, uten at hun fikk noen kompensasjon for det. Dette ble et vendepunkt for diskusjonen om retten til individuelt vederlag i norsk rett. I denne forbindelse er det verdt å nevne at Grimstad er datter av den danske visesangeren Axel Schiøtz, som i sin tid var grunnen til at man i Danmark opprettet nettopp en individuell vederlagsrett, som beskrevet ovenfor.

²¹ Se Gramex internettider (gramex.dk) <http://www.gramex.dk/Om.aspx> (april 2013)

²² Weincke (1976) s. 127

²³ NOU 1985:30

I utredningen ble betydningen av den sosiale, kulturelle og tekniske utviklingen i årene fra fondsloven ble gitt og frem til 1985 trukket frem som viktig for vurderingen av hvordan en lovgivning på området burde innrettes.²⁴ Videre skisseres ulike modeller for omlegging av den dagjeldende ordning. Fremstillingen konkluderer med at det ikke er ønskelig med et rendyrket fonds- og avgiftssystem, men at heller ikke en ordning med bare subjektive rettigheter er å anbefale.²⁵ Utredningen presenterer ulike blandingsmodeller, og i kapittel 7 fremlegges fire lovforslag med motiver, hvor det antas at én av blandingsmodellene vil være å foretrekke. Utredningen tar imidlertid ikke noe standpunkt til dette ettersom kulturpolitiske hensyn måtte være avgjørende for denne vurdering.²⁶

Resultatet ble en blandingsmodell og åndsverkloven fikk fra 1.1.1990 en ny bestemmelse i § 45b, som både ga utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere krav på vederlag for offentlig fremføring av deres musikk i kringkasting. Departementet mente at det var naturlig å skille ut bruken av lydopptak i kringkastingen som vederlagsberettiget, dette fordi det relativt lett kunne avgrenses fra det eksisterende avgiftsområdet.²⁷ Departementet vektla at en slik ordning lenge hadde eksistert i Sverige og Danmark og der fungerte tilfredsstillende. Videre mente departementet at dette forsvarte opprettelsen av en innkrevnings- og avregningsorganisasjon.²⁸ Det medførte at Gramo ble stiftet som forening 7. juni 1989. Gramo er godkjent av Kulturdepartementet, representerer de utøvende kunstnerne og fonogramproducentene, og krever inn vederlaget på deres vegne.²⁹ Gramo krever inn vederlag for all offentlig fremføring, bortsett fra videresending av kringkastingssendinger.³⁰ Av praktiske

²⁴ NOU 1985:30 s. 38 flg.

²⁵ NOU 1985:30 s. 70-72

²⁶ NOU 1985:30 s. 73

²⁷ Ot.prp. nr. 36 (1988-89) s. 16

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Forskrift til åndsverkloven § 3-2 jf. § 45b(2)

³⁰ For nærmere informasjon se www.gramo.no og www.norwaco.no

årsaker er det også Gramo som krever inn fondsavgiften, og formidler denne videre til fondet, på denne måten må bruker bare forholde seg til en part.³¹ Gramo har ca. 14 000 medlemmer og får inn rundt 139 millioner kroner i vederlagsinntekter årlig.³² Gramo er organisert som forening, i styret sitter representanter fra rettighetshaverorganisasjoner for utøvere og produsenter.³³

For Fond for utøvende kunstnere medførte lovendringen at fondsavgiften ikke lenger kunne kreves fra kringkaster.³⁴ Restauranter, butikker etc. som spilte musikk via radio eller andre tekniske hjelpemidler måtte fortsatt betale avgift til fondet, mens kringkaster måtte betale vederlag til Gramo etter § 45b.³⁵

I 1992 kom utleie og utlånsdirektivet fra EU,³⁶ som stilte krav til nasjonal lovgivning om å etablere rett til vederlag for utøvende kunstnere ved utleie av lydopptak, dette måtte innpasses i nasjonal lovgivning innen 1997.³⁷ Gjennom EØS-avtalen gjaldt dette også Norge. I kjølvannet av direktivet ble spørsmålet om Norges etablerte ordning med fondsavgift for den del av offentlig fremføring som ikke foretas av kringkastingen, oppfylte de krav til nasjonal lovgivning som fulgte av direktivet på dette området. I 1994 bestemte først EU at den eksisterende ordningen kunne bestå, men så kom kontrabeskjeden, idet Brussel etter en nærmere vurdering var kommet til at fondsavgiften ikke var forenlig med direktivets krav om individuell vederlagsrett for den bruken fondsavgiften dekket.

³¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 136

³² Tall for 2012 innhentet fra Gramo

³³ Se Gramos nettsider (Gramo.no) (April 2013)

³⁴ Ot.prp. nr. 36 (1988-89) s. 18

³⁵ *Ibid.*

³⁶ EP/Rdir 1992/100 EF (Nå: EP/Rdir 2006/115 EF)

³⁷ Ot.prp. nr. 15 (1994-95) s. 11

Som en følge av dette ble § 45b sommeren 2000 utvidet til også å gjelde annen offentlig fremføring. Der musikk ble spilt offentlig enten fra CD-spiller eller ved hjelp av radio, TV- eller andre tekniske hjelpemidler, ble nå også butikkeier, kaféier, hotellvert etc. vederlagspliktige til Gramo. I stedet for å avvikle fondsordningen ble løsningen å fortsatt kreve avgift for fremføring av lydopptak som ikke har vern. Dette følger av dagens § 45b, femte ledd, annet punktum. Hva som omfattes av vederlagsretten, eller «Gramo-vederlaget», følger av bestemmelsen i åvl. § 58 sammenholdt med forskrift til lov om åndsverk §§ 6-1 og 6-12. Kort oppsummert vil amerikanske verk falle utenfor og utgjøre mye av grunnlaget for fondsavgiften. Bakgrunnen for en slik løsning var at Fondet ble ansett å ha stor kulturpolitisk betydning, og det var et sterkt ønske om å beholde det for å sikre den bredde og det mangfold som muliggjøres ved at profesjonelle utøvere som bor og har sitt virke i Norge kan søke støtte gjennom Fondet. På den måten sikrer Fondet at landets innbyggere har tilgang til levende utøverprestasjoner i alle utøverkategorier.³⁸ I forarbeidene ble det uttalt at «Dette vil kunne bidra til nyskapning og nye innspillinger på områder som kommersielt sett ikke er interessante, men som det kulturpolitisk sett er viktig å opprettholde og utvikle».³⁹ Videre ville man ved å opprettholde fondsavgiften unngå en vridning av repertoaret til fordel for amerikansk musikk.

Komiteen understreket i sin innstilling at innføringen av avgift på ikke-vernede opptak ikke måtte gå på bekostning av vederlaget for vernede lydopptak.⁴⁰ Dette ble også inntatt i lovteksten i § 45b, annet ledd, siste setning. Videre forutsatte Stortinget at avgiften skal ligge på samme nivå som vederlaget, slik at det ikke blir noen skjevhet i repertoaret på bekostning av norske og europeiske artister.⁴¹ Ut over dette er det ingen veiledning i loven om vederlagets størrelse. Ifølge Romakonvensjonens artikkel 12 og utleiedirektivet artikkel 8, annet ledd, skal vederlaget være «rimelig». Heller ikke dette gir særlig veiledning. Retts-

³⁸ Se Fondets nettsider (ffuk.no) <http://www.ffuk.no/om-ffuk.70865.no.html> (april 2013)

³⁹ Ot.prp. nr. 15 (1999-00) s. 20

⁴⁰ Innst. O. Nr. 67 (1999) s. 3

⁴¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 136

praksis fra EU-domstolen på området er sparsommelig, men i saken Lagerdère Active Broadcast (Lagerdère)⁴² fra 2005 uttaler domstolen i premiss 48, under henvisning til SENA-saken,⁴³ at det er statene som må fastlegge vederlagets størrelse. Gramo-vederlaget kan avtales mellom partene, og bringes alternativt inn for Vederlagsnemnda ved uenighet.⁴⁴

I 1996 ble det, som nevnt, innen rammen av WIPO vedtatt to traktater. I WPPT om utøvende kunstnere- og fonogramprodusenters rettigheter, gjentas vederlagsretten etter Romakonvensjonens artikkel 12. Bestemmelsen i WPPT artikkel 15 skiller imidlertid ut de tilfeller der vedkommende selv velger tid og sted for adgang til lydopptaket som en egen form for tilgjengeliggjøring som omfattes av vederlagsretten. I tillegg kom WCT som for første gang nedfelte en generell rett til overføring til allmennheten, «communication to the public», i artikkel 8, annet ledd.⁴⁵ Norge har ikke tiltrådt traktatene, men de er gjennomført i norsk lovgivning ved norsk gjennomføring av EU-direktiver, ettersom EU har tiltrådt og ratifisert begge to.

Det gjelder spesielt for det såkalte Infosoc-direktivet fra EU, som kom i 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.⁴⁶ Her ble det i artikkel 3 annet ledd klart at utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere skulle ha eneretten til å råde over sine lydopptak hva gjaldt fremføring hvor brukeren selv kunne velge tid og sted for fremføring, såkalt fremføring «på forespørsel» («on demand»). Skillet som ble introdusert i WPPT artikkel 15 fjerde ledd, mellom fremføring på forespørsel og der fremføringen skjer på avsenders initiativ, ble med dette gjennomført. Det medførte den siste lovendringen i § 45b, hvor det ble presisert at vederlagsretten ikke gjelder for overføring på forespørsel og at det kun er der overføringen skjer på avsenders initiativ at veder-

⁴² Sak C -192/04

⁴³ Sak C -245/00

⁴⁴ Åndsverkloven § 35

⁴⁵ Rognstad (2009) s. 177

⁴⁶ EP/Rdir 2001/29 EF. I oppgaven brukes også betegnelsen «Opphavsrettsdirektivet»

lagsretten kommer til anvendelse. Der bruker en selv velger tid og sted for tilgangen på lydopptaket, omfattes fremføringen av eneretten som reguleres i henholdsvis §§ 42 og 45.

Det var altså først i 2005 at bestemmelsen fikk den utforming den har i dag. Fondsavgiften ble videreført på samme måte, og for offentlig fremføring av ikke-vernede opptak skal det fortsatt betales avgift, det følger av fondsloven § 3. I forarbeidene til lovendringen i 2005 understreket lovgiver nok en gang at fondsordningen er kulturpolitisk begrunnet og at denne begrunnelsen for støtten er særlig tungtveiende.⁴⁷

2 Vederlagsretten for offentlig fremføring av lydopptak

2.1 Vederlagsrettens plassering i opphavsretten

2.1.1 Nærstående rettigheter

Opphavsretten gir opphavsmannen beskyttelse for litterære og kunstneriske verk. Opphavsmannen er den personen som har skapt et åndsverk jf. § 1, og som dermed har beskyttelse for sine verk etter § 2. Vederlagsretten som er tema for oppgaven gjelder imidlertid ikke for opphavsmannen, men for utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere. Deres prestasjoner har ikke opphavsrettslig vern, men rettighetene deres er likevel inntatt i åndsverklovens kapittel 5. Disse rettighetene kalles gjerne «nærstående rettigheter» eller «naborettigheter», i tråd med det engelske begrepet «neighbouring rights» eller franske «droits voisins».⁴⁸ Romakonvensjonen artikkel 1 slår fast at den beskyttelse utøvende kunstnere og produsenter får gjennom konvensjonen ikke skal gå på bekostning av opphavsmannens rettigheter. Disse gruppene har sammenlignet med opphavsmannen en noe mer begrenset beskyttelse knyttet til henholdsvis deres personlige fremføring eller tekniske fremstilling av et åndsverk de selv ikke har skapt.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 135/136

⁴⁸ Schönning (2008) s. 553

2.1.2 Utøvende kunstners rettigheter

Utøvende kunstners rettigheter er regulert i åvl. § 42. Bestemmelsen har klare likhetstrekk med reglene om opphavsmannens enerett i § 2, men der det for opphavsmannen er selve verket som er beskyttet, er det den utøvende kunstners personlige fremstilling som oppnår beskyttelse og er omfattet av eneretten i § 42.⁴⁹ Det følger av § 42 første ledd litra a, at utøvende kunstnere råder over fremføringen av åndsverket, det vil si utnyttelse av den direkte fremføringen. Videre følger det av litra b og c at den utøvende kunstner har enerett til å fremstille opptak, og til å gjøre opptaket tilgjengelig for allmennheten.⁵⁰ Det er imidlertid her § 45b kommer inn og de to bestemmelsene utfyller hverandre. Der tilgjengeliggjøringen skjer som offentlig fremføring av lydopptak, på avsenders initiativ, omfattes fremføringen av § 45b. Utøverne har da krav på vederlag, men kan ikke forby tilgjengeliggjøringen. Der fremføringen derimot skjer på en slik måte at den enkelte selv velger tid og sted for tilgangen på opptaket omfattes utnyttelsen av § 42 og forutsetter samtykke fra den utøvende kunstner. Offentlig fremføring av lydopptak reguleres altså av to bestemmelser. Hvilken av de to som kommer til anvendelse avhenger av hvordan tilgangen er gitt.

Et vilkår for vern etter § 42 er at det er et åndsverk som fremføres. Det følger av en antitektisk tolkning av § 42, første ledd, litra c, at dette også gjelder § 45b. Neste spørsmål blir da hva som utgjør et åndsverk. Knoph hevdet at man i åndsverkloven av 1930 kunne utlede visse vilkår for verkshøyde. Det må dreie seg om en «frembringelse», på «det litterære eller kunstneriske området».⁵¹ Disse to vilkår er videreført i dagens åndsverklov § 1, i tillegg mente Knoph at det må være snakk om et uttrykk for «original og individuelt preget åndsvirksomhet» fra opphavsmannens side.⁵² Jeg avgrenser mot en utfyllende tolkning av disse vilkårene, men konstaterer at for at vederlagsretten skal oppstå, må fremføringen kunne knyttes til et åndsverk som oppfyller disse vilkår.

⁴⁹ Rognstad (2009) s. 308

⁵⁰ Rognstad (2009) s. 313.

⁵¹ Knoph (1936) s. 64

⁵² *Ibid.*

Videre er det et vilkår for vederlagsretten (og eneretten) at den prestasjon retten er knyttet til er utført av en utøvende kunstner. Innholdet i «utøvende kunstner» tolkes ved å se hen til legaldefinisjonen i fondsloven § 1, første ledd, annet punktum.⁵³ Begrepet omfatter en som ved sin kunst tolker og levendegjør egne eller andres (vernete eller ikke vernete) åndsverk, hva enten han opptrer alene eller i ensemble.⁵⁴ Rothe hadde i sitt verk «Ophavsrettens Stedbørn» fra 1987,⁵⁵ innvendinger mot begrepsbruken når det gjaldt prestasjonsbeskyttelsen i den danske ophavsretslov, som har tilsvarende utforming som den norske. Han pekte på at Romakonvensjonens engelske og franske betegnelse «performers» og «artistes interprètes ou exécutant», ikke tvinger frem anvendelse av germanismen «utøvende kunstner» idet begrepet bidrar til tolkningstvil. Han mente «opptredende kunstnere» var et bedre alternativ fordi det angir en funksjon og ikke er ladet med kvalitetsallusjoner.⁵⁶ På tross av disse innvendinger er ordlyden i begge lover fortsatt «utøvende kunstnere».

Spørsmålet er om det stilles et profesjonskrav for beskyttelse etter § 42.⁵⁷ Lovens ordlyd og forarbeidene til fondsloven, kan tale for at det innfortolkes et slikt krav. Mot en slik forståelse taler imidlertid Romakonvensjonens ordlyd, hvor beskyttelsen er ment å omfatte «actors ... or other persons who acts».⁵⁸ Også reelle hensyn taler mot et slikt krav, idet opphavsrett tilfaller den som skaper et åndsverk, og det er urimelig dersom det skal innfortolkes et strengere beskyttelseskrav for nærstående rettighetshavere enn for opphavsmenn.⁵⁹

⁵³ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 93

⁵⁴ Ot.prp. nr. 10 (1956) s. 8 annen spalte, Ad § 1 første avsnitt

⁵⁵ Rothe (1987)

⁵⁶ Rothe (1987) s. 107

⁵⁷ Tøien (2002) s. 21 flg.

⁵⁸ Romakonvensjonen artikkel 3(a)

⁵⁹ Tøien (2002) s. 27

2.1.3 Fonogramtilvirkerens rettigheter

«Tilvirker av lydopptak» eller «fonogramtilvirker» vil si den som produserer lydopptaket. Den som trykker opp de fysiske eksemplarene er ikke omfattet av bestemmelsen. Det er med andre ord det første lydopptaket som medfører beskyttelse og ikke den senere kopiering av dette.⁶⁰ Fonogramtilvirker vil i praksis ofte bety plateselskapene, men som en følge av den teknologiske utvikling blir det stadig lettere for artister å produsere opptak på egen hånd.⁶¹ Når det gjelder eneretten for fonogramtilvirkere er denne knyttet til fremstilling og tilgjengeliggjøring av opptaket av et verk jf. § 45. Som for utøvende kunstnere er det, for de tilfeller der den enkelte selv ikke velger tid og sted for tilgangen på opptaket, § 45b som gjelder og fonogramprodusenten kan ikke forby denne fremføringen, men har krav på vederlag.

Det er bruken av «lydopptak» som gir krav på vederlag etter § 45b. Et lydopptak er alle innretninger hvor lyd er overført.⁶² Lydopptak, eller «fonogram», anvendes som en felles betegnelse og omfatter for eksempel grammofonplater, CD-plater, lydbånd og kassetter. Romakonvensjonen definerer i artikkel 3 litra c «phonograms»: «any exclusively aural fixation of sounds of a performance or of other sounds». Et utslag av dette er § 45b, femte ledd, hvor det gjøres unntak fra vederlagsretten for lydfilm. Det uttales i forarbeidene til 1989-loven at «lydfilm» også omfatter de tilfeller der det bare er lydsiden av filmen som utnyttes, og musikkvideoer.⁶³ Begrunnelsen for lydfilm-unntaket er at filmprodusenten allerede har betalt vederlag og at rettighetshaveren ikke skal ha dobbel kompensasjon for bruken av lydopptaket.⁶⁴ I 2011 kom et nytt EU-direktiv som utvider beskyttelsestiden for lyd-

⁶⁰ Romakonvensjonen art. 3, litra c; Schönning (2008) s. 574; Rognstad (2009) s. 316

⁶¹ Rognstad (2009) s. 316

⁶² Schönning (2008) s. 573

⁶³ Ot.prp. nr. 36 (1988-1989) s. 22

⁶⁴ Rognstad (2009) s. 321

opptak fra 50 til 70 år fra datoen for første lovlige utgivelse eller første lovlige offentliggjørelse.⁶⁵ Direktivet vil bli en del av EØS-avtalen og må gjennomføres i norsk rett.

2.2 Hensyn bak regelen

Hensynene bak å etablere en individuell vederlagsrett for offentlig fremføring var flere. For det første tilsa sterke rimelighetshensyn en slik ordning ettersom den teknologiske utvikling medførte at særlig artister mistet store deler av inntektsgrunnlaget.⁶⁶ Plutselig ville folk heller høre på radio eller grammofonplater hjemme i stuen, fremfor å gå på konserter. Det samme gjaldt på kaféer, barer, restauranter og utesteder hvor levende musikk tidligere hadde vært et viktig element. Musikerne mistet disse arenaene til CD-spillere og DJer. Formålet bak vederlagsretten var derfor å kompensere for denne utviklingen og sikre et rimelig vederlag for den faktiske utnyttelsen av artistenes prestasjoner. Videre skulle det fungere som et incentiv som gjorde det lettere å leve som utøvende kunstner og å leve av industrien rundt. Det var også en viktig anerkjennelse av deres prestasjoner på linje med opphavsmannens frembringelse.

Begrunnelsen for at 45b ble skilt ut som en egen vederlagsrett som ikke var underlagt eneretten var imidlertid en forenkling av systemet og «at man ikke kan ha et system der det må innhentes samtykke fra de enkelte rettighetshaverne hver gang en grammofonplate eller lignende skal brukes ved en fremføring utenfor det private område».⁶⁷ Altså var rent praktiske hensyn en avgjørende faktor ved tilblivelsen av § 45b. Det skulle gjøre det enklere (for kringkaster i første omgang) å bruke lydopptak, og samtidig gi utøverne og produsentene nye inntekter.

Samtidig som utøvende kunstnere fremmet sine krav om rettsbeskyttelse i kjølvannet av den teknologiske utvikling på 30-tallet, oppstod en helt ny gruppe rettighetshavere, nemlig

⁶⁵ Rdir 2011/77/EU

⁶⁶ Ot.prp. nr. 36 (1988-1989) s. 15

⁶⁷ NOU 1985:30 s. 59

de som produserte lydopptakene. Snart fremmet også plateindustrien ønske om at også deres produkter, altså grammofonplatene, skulle gis beskyttelse.⁶⁸ Også her ble alminnelige rettfærds- og rimelighetsbetraktninger gjort gjeldende.

2.3 Åndsverkloven § 45b

2.3.1 Generelt

Vederlagsretten følger av åvl. § 45b og gir utøvende kunstnere og tilvirkere av lydopptak krav på vederlag dersom deres prestasjoner «gjøres tilgjengelig for allmennheten ved offentlig fremføring». Systematikken i bestemmelsen blir således at den overgripende beføyelsen «tilgjengeliggjøring for allmennheten» troner øverst. Et underbegrep av dette er «offentlig fremføring», og underbegreper til dette igjen er «overføring til allmennheten» og «kringkasting».⁶⁹ Dette samsvarer som nevnt med begrepsbruken i åvl. § 2 som regulerer opphavsmannens enerett til fremføring. Begrepet «tilgjengeliggjøring for allmennheten» er altså å anse som et slags overbegrep både når det gjelder fremføringsretten og vederlagsretten, og kan grovt sett deles inn i to kumulative hovedvilkår. For det første må det skje en tilgjengeliggjøring, i form av *fremføring*, videre må denne tilgjengeliggjøringen skje med sikte på å nå ut til allmennheten, det må altså være snakk om *offentlig* fremføring.

Et tredje vilkår følger ikke direkte av bestemmelsens ordlyd, men er blitt til gjennom praksis og teori og stiller krav om *tilstrekkelig nærhet mellom handling og tilgang*.

2.3.2 Å gjøre «tilgjengelig»

Det første spørsmålet som reiser seg blir hva som ligger i å gjøre «tilgjengelig». En ren ordlydsfortolkning av begrepet tilsier at det favner vidt. Tilgjengeliggjøring kan skje på et utall forskjellige måter, og med utgangspunkt i en vanlig språklig forståelse er kjernen at man letter adgangen til noe, enten ved å gjøre det lettere å benytte, eller ta del i.

⁶⁸ Weincke (1976) s. 123

⁶⁹ Schönning (2008) s.156

Også i den tidligere åndsverkloven fra 1930 var «tilgjengeliggjøring for allmennheten» en del av opphavsmannens enerett.⁷⁰ Knoph skrev i sitt verk «Åndsretten» fra 1936 at begrepet omfattet «en hvilken som helst måte hvormed allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis, således f.eks. ved utgivelse, offentlig opplesning, fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon og videre gjengivelse gjennom høyttaler».⁷¹ At begrepet skulle omfatte all slags tilgjengeliggjøring var også utgangspunktet i forarbeidene til nåværende åndsverklov.⁷² Forarbeidene vektla begrepets betydning i den foregående lov, og Knophs uttalelser om dette. Med 1961-loven ble tilgjengeliggjøringshandlinger inndelt i tre hovedgrupper, med offentlig fremføring som en av de tre måter tilgjengeliggjøring for allmennheten kunne foregå på og som opphavsmannen skulle råde over etter § 2.⁷³ Videre slo man fast i forarbeidene at et verk gjøres tilgjengelig for allmennheten hver gang det fremføres, såkalt fornyet fremføring.⁷⁴

«Tilgjengeliggjøring for allmennheten» er et teknologinøytralt begrep og har vist seg tilpasningsdyktig i takt med den teknologiske utvikling som stadig finner sted på dette området.⁷⁵ Allerede fra starten åpnet bestemmelsens ordlyd opp for at tilgjengeliggjøring kunne skje ved hjelp av tekniske hjelpemidler, og den teknologiske utviklingen på området var i stor grad bakgrunnen for at bestemmelsen fikk sin teknologinøytrale utforming.⁷⁶ I dommen inntatt i Rt.1953 s. 633 (Bedriftsmusikk) var spørsmålet hvorvidt fremføring av musikk gjennom kringkasting eller grammofon for arbeidere i flere norske bedrifter innebar at musikken ble «tilgjengeliggjort for offentligheten» og dermed utgjorde en opphavsrettskrenkelse. Retten kom til at så var tilfelle og viste i den forbindelse til komitéinnstillingen av

⁷⁰ Tidl. Åndsverklov (1930) § 1

⁷¹ Knoph (1936) s. 92-93.

⁷² Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 16

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s.19

⁷⁶ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 16

1925 hvor nettopp de praktiske fordelene ved å gi eneretten en slik generell utforming ble vektlagt, idet nye former for mangfoldiggjørelse og offentlig fremføring da automatisk vil dekkes av eneretten.⁷⁷

2.3.3 Allmennheten

Det er på det rene at ikke all tilgjengeliggjøring rammes av bestemmelsen, det er kun der tilgjengeliggjøringen skjer med allmennheten for øyet at det kan bli aktuelt med vederlagskrav. Spørsmålet blir etter dette hvor grensene går for når tilgjengeliggjøringen anses å skje for «allmennheten».

Det følger av uttalelser i forarbeidene til loven av 1961 at «allmennheten» skulle forstås på samme måte som «offentligheten» i § 1 i dagjeldende lov.⁷⁸ Dersom man tolker dette anti-tetisk vil det si at der fremføringen skjer privat oppstår ikke vederlagsplikt. Ordlyden i § 45b samsvarer med den i § 2, som ble endret fra «utenfor det private område» til «allmennheten» i 2005, som et resultat av et ønske om samsvar med lovens øvrige regler og andre nordiske lands lovterminologi.⁷⁹ I forarbeidene ble det imidlertid understreket at det ikke var snakk om noen endring i rettstilstanden, og at grensen mellom offentlig og privat fremføring fortsatt må trekkes opp av domstolene etter en konkret vurdering.⁸⁰ De endringer i ordlyd som har blitt foretatt gjennom årene har ikke ment å innebære noen realitetsendring, og den rettstilstand som har utviklet seg gjennom rettspraksis på området, har hele tiden blitt videreført.

Det avgjørende blir dermed hvor grensene går mellom offentlig og privat fremføring, idet det er «offentlige fremføring» som rammes, både av vederlagsretten etter § 45b og av fremføringsretten etter § 2. Etter vanlig språklig forståelse av begrepet «offentlig» trekker ord-

⁷⁷ Rt. 1953 s.633 (s.636-637)

⁷⁸ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 16

⁷⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 22

⁸⁰ *Ibid.*

lyden i retning av at den fremføringen av lydopptak som skjer i hjemmet, det være seg via hjemmets CD-spiller, radio eller TV-apparatet i stuen ikke omfattes av begrepet, da dette typisk regnes som den private sfære. Videre kan fremføring for den utvidede familie og vennekrets heller ikke anses som offentlig, med mindre det er tale om et ekstraordinært stort antall gjester.⁸¹ Det er heller ikke avgjørende hvorvidt den utøvende kunstneren er en fremmed for de hun fremfører for, eller om det tas betalt for fremføringen, men det kan være momenter til støtte for det ene eller andre resultat.⁸² Det finnes imidlertid et utall situasjoner i gråsonen mellom offentlig og privat sfære, noen av de viktigste grensetilfellene behandlet i rettspraksis kommer jeg inn på nedenfor, men nettopp fordi grensene stadig vekk flyttes er dette en noe uklar materie.

Det første prejudikatet på området var den nevnte Bedriftsmusikkdommen. Her uttalte førstvoterende at sett hen til komitéinnstillingen til 1930-lovens § 1, måtte offentliggjørelse av åndsverk forstås som alle tilfelle hvor utnyttelsen ikke kan sies å være privat bruk. For videre å forstå og fastlegge hva som menes med «privat bruk» støtter førstvoterende seg til Ragnar Knophs maksime i «Åndsretten» fra 1936, hvor Knoph uttaler:

«Hvis gjengivelse av et åndsverk skal ha privat karakter, må den nemlig skje innenfor den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps-, eller omgangsbånd skaper. Det som faller utenfor denne krets er etter lovens mening skjedd offentlig, enten alle og enhver har hatt adgang til gjengivelsen, eller en begrenset forsamling som ikke er valgt ut med private og personlige forhold for øie».⁸³

Retten kom i saken til at musikkfremføring i arbeidstiden for arbeidere ved flere norske bedrifter var offentlig og dermed underlagt eneretten og forutsatte samtykke fra TONO.⁸⁴

⁸¹ Schönning (2008) s. 158

⁸² Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 18-19; Rognstad (2009) s. 189

⁸³ Knoph (1936) s. 89

⁸⁴ TONO forvalter fremføringsrettighetene i Norge for komponister, tekstforfattere og musikkforlag.

Et annet moment som kan være avgjørende er hvorvidt det er en sluttet krets som har adgang til å høre fremføringen, eller om det er åpen adgang for alle. I kjennelsen inntatt i Rt. 1970 s. 1172 (Roys Place) fant Høyesterett at den ubegrensede adgangen og den løse tilknytningen mellom medlemmer og forening tilsa at møtene i ungdomsklubben Roys Place ble ansett som offentlige. I dansk rett har utviklingen gått motsatt retning og det har skjedd en gradvis utvidelse av «det private området». I UfR 1999 s.2011 (Ungdomsklubber) ble musikkfremførelse i fritids og ungdomsklubber ansett som ikke-offentlige og således ikke vederlagspliktige etter dansk OHL. § 68.⁸⁵ Begrunnelsen var blant annet basert på at musikkanvendelsen ikke var ervervsmessig, og ikke ble annonsert offentlig, videre at det var tale om et interessebetont fellesskap. Samme resultat kom dansk Høyesteret til i UfR 2004 s. 2134 (Gymnastikforeninger), hvor musikkfremføring i gymnastikkforeninger ikke ble ansett vederlagspliktig, idet foreningsstrukturen og dens fremme av sosiale relasjoner tilsa at det ikke var tale om offentlig fremføring. I tillegg ble det vektlagt at musikken ikke var et fremtredende element ved bruk i gymnastikkforeninger.

I prinsippet er det uten betydning hvor mange som faktisk lytter til fremføringen, det avgjørende er fremføringens potensial.⁸⁶ I EU-domstolens avgjørelse Lagerdère uttalte retten at ordet «allmennheten» («the public») angir et ubestemt antall potensielle fjernsynsseere.⁸⁷ Det må dessuten være snakk om et betydelig antall personer, en for liten krets må være utelukket.⁸⁸ Dette ble fulgt opp i saken SGAE v. Rafael Hoteles (Rafael Hoteles) hvor et av spørsmålene retten måtte ta stilling til var hvorvidt overføring som finner sted ved hjelp av fjernsynsapparat, plassert i et hotellrom, anses for å være overføring til allmennheten fordi flere personer etter hverandre har adgang til verket.⁸⁹ Retten slo fast at så var tilfellet, den

⁸⁵ Schönning (2008) s. 161

⁸⁶ Schönning (2008) s. 158

⁸⁷ Sak C-192/04, premiss 31

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Sak C-306/05

kumulative virkning er av betydning. Det var ikke relevant at mottakerne hver for seg var innlosjert separat i værelser og av begrenset økonomisk betydning for hotellet.⁹⁰ I en forholdsvis ny dom fra EU-domstolen, SCF v. Marco Del Corso (Tannlegemusikk), kom imidlertid domstolen til at den fremføring av lydopptak som fant sted i en tannlegepraksis ikke omfattes av begrepet «offentlig fremføring» i artikkel 8, annet ledd, i direktiv 1992/100 (Nå: Rdir 2006/115 EF), og dermed ikke ga rett til vederlag.⁹¹ Retten la vekt på at det kun var et begrenset antall personer som hadde tilgang på tannlegens ytelser og derunder musikken. Videre ble det til støtte for resultatet vektlagt at tannlegen ikke hadde noen økonomisk gevinst av å spille bakgrunnsmusikk.⁹² Dette kommer jeg nærmere inn på i kapittel 4.

I den såkalte Sjøppebildommen fra Danmark kom Højesteret der til at ansattes musikklytting på TV, radio og CD-spillere ikke var offentlig fremføring av musikk.⁹³ Begrunnelsen for resultatet var at avspillingen skjer for sjåførene alene når de kjører i lastebilene sine, eller for noen få ansatte på pauserom og at det ikke kan anses å være en offentlig fremføring. I dansk rett er det i forarbeidene til fremføringsretten en tallfestet grense for når det er tale om en større krets, og således offentlig fremføring. Denne grensen er satt ved 40 personer. I foreliggende sak ble ikke musikken avlyttet samtidig av 40 ansatte, og fremføringen ble dermed ikke ansett som «offentlig».

Også i Sverige har lovforarbeidene satt en grense for når det er tale om offentlighet.⁹⁴ Dersom musikken lyttes til av mer enn 50 personer er man over grensen, dersom det er færre enn 20 er man klart nedenfor, og det er ikke tale om offentlig fremføring. Gråsonen oppstår når det i en bedrift lyttes til radio av mellom 20 og 50 personer. Her mener lovgiver at det

⁹⁰ Premiss 37-39

⁹¹ Sak C-135/10

⁹² Premiss 94-102

⁹³ UfR 2007 s.1581

⁹⁴ SOU 1956:25 s. 105

bør bero på en konkret vurdering av omstendighetene, og at det i tvilstilfeller heller bør henføres som en liten, og ikke en stor krets.⁹⁵

Selv om det i norsk rett ikke er noen tilsvarende tallfestet nedre grense nevner Høyesterett i Roys Place at møtene i ungdomsklubben i gjennomsnitt hadde 25-40 deltakere, her ble det ansett tilstrekkelig, sett i sammenheng med at det i utgangspunktet var adgang for alle over 18 år. Et eksempel hvor en grense ble satt er vedtak fra Kabeltvistnemnda hvor tvisten gjaldt spørsmål om plikt til å betale vederlag for overføring gjennom kabelnettet i borettslag med 28 boenheter.⁹⁶ Her slo nemnda fast at i et borettslag med 35 husstander vil det være ca. 100-150 beboere. Dette er klart utenfor hva en kan regne som en privat krets. Tar man derimot utgangspunkt i et borettslag med ca. 15 husstander vil antall beboere være på rundt 50-60, og nemnda mente at det da er sannsynlig at det kan oppstå et fellesskap og relasjoner som gjør at kretsen er å anse som privat. I sjiktet mellom 15 og 35 leiligheter befinner man seg i en gråsoner og man må inn å foreta en konkret vurdering av det fellesskap som eventuelt eksisterer. Nemnda ga ikke noe klart svar på hvor denne grensen burde gå. Partene ønsket å inngå en voldgiftsavtale og anmodet voldgiftsdommer Birger Stuevold Lassen om å fastlegge en praktisk håndterbar grense for denne mellomliggende gruppe som skulle skrives inn i avtalen. Lassen bemerket at det ikke var noe i de opphavsrettslige regler som kunne bringe han nærmere et fast antall enn Nemnda. Resultatet ble å tallfeste grensen til middeltallet- 24- midt mellom de fastlagte yttergrensene, en løsning han erkjente «føles intellektuelt utilfredsstillende» men som likevel ble resultatet i avtalen.⁹⁷

2.3.4 Fremføringsbegrepet

Bestemmelsen i åvl. § 45b omfatter tilfellene der lydopptaket gjøres tilgjengelig for allmennheten ved offentlig «fremføring». Formuleringen reiser spørsmål om hva som innebærer en slik fremføring. Tar man utgangspunkt i en streng ordlydsfortolkning synes fremfø-

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ NIR 1989 s. 369 flg.

⁹⁷ Voldgiftsdom, 10. april 1987. (Se også NIR 1989 s.373 flg.)

ringsretten snever, og man tenker først og fremst på tradisjonell fremføring foran et tilstedeværende publikum. Det er imidlertid viktig å merke seg at det er uttrykket «å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten» som oppstiller rammene for tolkningen av fremføringsretten, ikke den språklige forståelsen av uttrykket.⁹⁸ Dette tilsier at som fremføring skal forstås alle måter et lydopptak gjøres tilgjengelig for allmennheten på. Likevel vil det her oppstå yttergrensetilfeller som ikke opplagt faller innenfor.

Det korresponderende begrep i Bernkonvensjonen er opphavsmannens «right of public performance» i artikkel 11, som tar sikte på vern for musikkverk (og dramatiske verk) og gir opphavsmannen enerett til offentlig fremføring av disse. Artikkel 11bis gir opphavsmannen enerett til «communication to the public ... by broadcasting», altså enerett på overføring til allmennheten via kringkasting. Denne egne formen for offentlig fremføring er senere inntatt i åndsverkloven gjennom begrepet «overføring til allmennheten».⁹⁹

Det følger av forarbeidene til dagens åndsverklov at fremføringsbegrepet i tillegg til å omfatte den tradisjonelle fremføring foran et tilstedeværende publikum også omfatter indirekte fremføring ved hjelp av tekniske hjelpemidler.¹⁰⁰ Grunnen til at offentlig fremføring ble ansett som noe opphavsmannen burde ha rett til å råde over var nettopp den tekniske utviklingen som på tidspunktet for lovforarbeidene var i full gang og ga behov for økt rettighetsvern. I forarbeidene ble behovet for fremføringsretten for musikkverk vektlagt da den teknologiske utviklingen i form av «kringkasting, høyttaleranlegg, opptaksutstyr, herunder grammofonplater, lydbånd og film» medførte stor økonomisk betydning for opphavsmannen.¹⁰¹

⁹⁸ Rognstad (2009) s. 156

⁹⁹ Om begrepet se punkt 2.3.4.2

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 16, Rognstad (2009) s. 176

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 16

2.3.4.1 Fornyhet fremføring

Fremføringsretten omfatter også såkalt fornyet fremføring, det vil si at fremføringsretten ikke bare gjelder ved første fremføring, men hver gang verket fremføres. I forarbeidene til dagens lov heter det at «Det er så å forstå at et verk ”gjøres tilgjengelig for allmennheten” hver enkelt gang det blir utgitt, opplest, fremført, utstilt, kringkastet eller på annen måte gjengitt».¹⁰² Fornyhet fremføring var tema allerede i Bedriftsmusikk som gjelder den gamle åvl. av 1930. Her slo Høyesterett fast at også avspilling av kringkastingssendinger ved hjelp av mottakerapparater på offentlig sted omfattes av fremføringsretten. Tilsvarende praksis finnes fra både svensk høyesterett,¹⁰³ og i praksis fra EU-domstolen. I nevnte Rafael Hoteles var spørsmålene for EU-domstolen blant annet om selve utplasseringen av TV-apparater som muliggjorde overføring av TV-sendinger på hotellrom innebar en krenkelse av opphavsmannens rettigheter etter opphavsrettsdirektivets artikkel 3. I dommen støttet retten seg til veiledningsdokumentet til Bernkonvensjonen, og slo fast at opphavsmannen kun har gitt sitt samtykke til den primære fremføring og at så snart en utsendelse skjer med et bredere publikum for øyet, med tanke på økonomisk utbytte og et nytt publikum får mulighet til å høre verket, blir gjengivelsen av utsendelsen en selvstendig handling.¹⁰⁴ Verket fremføres i denne situasjonen for et nytt publikum som ellers ikke ville hatt adgang til verket. Hadde det ikke vært for hotellets handling ville ikke hotellgjestene kunnet se på TV på det aktuelle tidspunktet. På denne bakgrunn kom retten til at hotellgjestene utgjorde et nytt publikum og at fremføringen via de plasserte TV-apparatene ble en fornyet fremføring og dermed var vederlagspliktig.¹⁰⁵

Som dommene gjennomgått ovenfor viser omfatter fremføringsbegrepet fremføring i form av avspilling ved hjelp av tekniske hjelpemidler der allmennheten ferdes. Dette gjelder

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ NIR 1980/258

¹⁰⁴ Premiss 41

¹⁰⁵ Premiss 41-43

også avspilling av kringkastingssendinger ved hjelp av mottakerapparat på offentlig sted.¹⁰⁶ Det spesielle med kringkastingstilfellet er at den berettigede får vederlag to ganger for samme utnyttelse, idet både kringkaster og den som bringer kringkastingssendingen videre, det være seg i butikk, restaurant eller hotell, er pliktige å betale vederlag etter § 45b. Det kreves ikke noe samtykke fra kringkastingsforetaket for at kafeer, restauranter, butikker etc. kan overføre kringkastingssendingen direkte, det følger av forskrift til åndsverkloven § 2-9, men det har ingen betydning for rettighetshaverne som uansett har sitt vederlagskrav for denne bruken i behold.¹⁰⁷ Det sentrale er, som fastslått i Rafael Hoteles-dommen, at fremføringen når ut til et nytt publikum som ellers ikke ville hørt på.¹⁰⁸

At fornyet fremføring omfattes av fremføringsretten henger sammen med at fremføring ikke er bundet til fysiske eksemplar av verket, og ikke konsumeres ved første fremføring slik tilfellet er ved første gangs utnyttelse av spredningsretten eller visningsretten.¹⁰⁹ Dette gjelder tilsvarende for vederlagsretten etter § 45b, slik at kravet på vederlag gjelder for hver enkelt fremføring. Det følger uttrykkelig av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 tredje ledd at overføringsretten ikke konsumeres, overføringen ansees som en tjeneste og regelen er således i tråd med formålet om å lette fri flyt og utveksling av tjenesteytelser i det indre marked.¹¹⁰

2.3.4.2 Overføring til allmennheten

Ytterligere en presisering av fremføringsbegrepet følger av § 2 fjerde ledd som ble innført i loven i 2005. Her blir det klart at «Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten ...». Spørsmålet blir etter dette hva som kan sies å utgjøre en slik «overføring». Det er viktig å merke seg at dette ikke er en

¹⁰⁶ Rognstad (2009) s. 179

¹⁰⁷ Forskrift til åndsverkloven § 2-10

¹⁰⁸ Rognstad (2009) s. 179; C- 306/05 (premiss 42)

¹⁰⁹ Rognstad (2009) s. 179, 186

¹¹⁰ Rognstad (2009) s. 186

uttømmende konkretisering av hva som ligger i fremføringsbegrepet, men snarere en eksemplifisering for å vise hva som menes med offentlig fremføring.¹¹¹ Det er kun Danmark som har en tilsvarende vid forståelse av fremføringsbegrepet.¹¹² Sverige og Finland har skilt ut distanseoverføring som en egen bestemmelse, i motsetning til Norge og Danmark hvor overføring er forstått som en form for fremføring, underlagt fremføringsretten.¹¹³ Det norske (og danske) fremføringsbegrepet skal også forstås videre enn «public performance» i Bernkonvensjonen artikkel 11, idet artikkel 11bis inneholder en egen bestemmelse om «broadcasting» og «communication to the public», mens disse formene for fremføring er omfattet av vårt begrep.¹¹⁴

Fjerde ledd ble til som en følge av gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet som regulerer opphavsmannens fremføringsrett i artikkel 3 første ledd. EUs opphavsrettsdirektiv gjennomfører som tidligere nevnt WIPOS traktater fra 1996, WCT og WPPT, og direktivets art. 3 (1) er en gjennomføring av WCT artikkel 8.¹¹⁵ Bestemmelsens ordlyd gir enerett for trådløs eller trådbunden overføring til allmennheten, såkalt distanseoverføring. For at overføringen skal omfattes av bestemmelsen forutsettes et visst distanseelement. Opphavsrettsdirektivets fremføringsrett er imidlertid snevrere enn den norske og omfatter ikke den tradisjonelle direkte fremføringen for et tilstedeværende publikum, og heller ikke den fremføringen som skjer idet lydopptak spilles av for tilstedeværende publikummere.¹¹⁶ Når det gjelder denne typen fremføring er det Bernkonvensjonen som angir rammene for den nasjonale lovgivning og unntaksmulighetene.¹¹⁷

¹¹¹ Gyldendal rettsdata, note 3 til åvl. § 2

¹¹² Ophavsretslov § 2, stk. 4

¹¹³ Rognstad (2009) s. 177

¹¹⁴ Om begrepets varierende innhold i internasjonal sammenheng: Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 20

¹¹⁵ Rognstad (2009) s. 177, petitavsnitt

¹¹⁶ Ot.prp. nr.46 (2004-05) s. 19; Schönning (2008) s. 166

¹¹⁷ *Ibid.*

Etter norsk rett omfatter fremføringsbegrepet både direkte fremføring for et tilstedeværende publikum og den indirekte fremføring som skjer via distanseoverføring til allmennheten og som reguleres i opphavsrettsdirektivet artikkel 3(1). Selv om denne fremføringsformen er utskilt i et eget fjerde ledd er det kun ment som eksemplifisering og et underbegrep av offentlig fremføring. Bakgrunnen var at departementet mente den teknologiske utviklingen tilsa en klargjøring av hva slags formidling eneretten i § 2 omfatter, videre mente departementet at «overføring til allmennheten» burde beholdes innenfor «offentlig fremføring», og ikke sideordnes begrepet, som i Sverige og Finland.¹¹⁸ Departementet kunne ikke se at å skille ut overføring i en egen bestemmelse ville medføre større klarhet, og mente at en presisering innenfor etablert terminologi ga mindre behov for nye avgrensninger og tolkninger.¹¹⁹ Det var altså kun et nytt begrep og ikke en ny rettsstilstand som ble introdusert i og med fjerde ledd.

Kringkasting er utskilt som et eget eksempel på overføring til allmennheten, og omfatter all overføring via radio og TV. Dette er i utgangspunktet en overflødig presisering da det er sikker rett, både etter lovforarbeider og rettspraksis, at kringkasting omfattes av begrepet «offentlig fremføring».¹²⁰ Vederlagsrett (tvangslisens) for tradisjonell rikskringkasting i det jordbundne sendenet har utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere hatt siden § 45b ble tatt inn i loven i 1989.¹²¹ At overføringsbegrepet i opphavsrettsdirektivets artikkel 3 (1) omfatter kringkasting følger av betraktning 23 i fortalet til direktivet og stadfestes også i Rafael Hoteles. I nevnte EU-dom understreket retten videre at overføringsbegrepet skulle tolkes vidt og henviste til betraktning 23, hvor det heter:

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 21

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Ot.prp.nr. 26 (1959-60) s. 16; Rt. 1953 s. 633

¹²¹ Ot.prp. nr. 36 (1988-89) s. 16 flg

«This directive should harmonise further the author`s right of communication to the public. This right should cover any such transmission of a work to the public by wire or wireless means, including broadcasting. This right should not cover any other acts».¹²²

Overføring til allmenheten skal altså tolkes vidt og det er klart at det omfatter mer enn bare den tradisjonelle kringkastingen.

Videre er det klart at begrepet omfatter utsendelse også der det skjer via satellitt, eller kabel og dermed at også videresendinger av kringkastingssendinger omfattes.¹²³ Dette ble slått fast som en følge av implementeringen av satellitt- og kabeldirektivet fra 1993. I direktivets fortale, betraktning 6 og 13 ble det fremhevet at det ikke lenger har noen avgjørende økonomisk betydning for mottaker om kringkastingen skjer via telekommunikasjonssatellitt eller ikke, og at det dermed ikke er grunnlag for ulik rettslig behandling av disse formene for overføring til allmenheten.

Spørsmålet er hva annet som dekkes av «annen overføring i tråd eller trådløst til allmenheten». I utgangspunktet vil dette omfatte alle interaktive overføringer, både digitalt og på internett. For at § 45b skal komme til anvendelse må imidlertid denne overføringen skje på initiativ fra avsender. Her vil det stadig mer populære og brukte avspillingsformen strømming være aktuelt å belyse. Strømming er overføring av data, bilder eller lyd fra en sender til en eller flere mottakere, som direkteavspilling. Det gir ikke mulighet til varig lagring av de mottatte data hos mottakeren, i motsetning til nedlasting.¹²⁴ Jeg avgrenser mot en grundig behandling av strømming, men vil nedenfor problematisere denne avspillingsformen i lys av fremføringsbegrepet.

Det synes rimelig at der kringkastingssendinger sendes ut samtidig i digitale nett som i det analoge, såkalt «simulcasting», vil dette være en form for aktiv overføring som omfattes av

¹²² EP/Rdir 2001/29/EF

¹²³ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) s. 78

¹²⁴ Wikipedias internettsider,(wikipedia.no) <http://no.wikipedia.org/wiki/Streaming> (april 2013)

vederlagsplikten.¹²⁵ Et eksempel på dette er når man på NRKs nettsider har muligheten til å strømme NRK P3s sendinger direkte, samtidig som de kringkastes i radio. Denne overføringen er vederlagspliktig etter § 45b. Det samme gjelder for «webcasting» hvor det er snakk om egne internettbaserte sendinger.¹²⁶ Det sentrale er at utsendingen her skjer på avsenders initiativ, det er avsender som har kontroll over «strømmen» og brukeren kan ikke selv velge når eller hva som fremføres ved overføringen.

Der strømmetjenesten ikke formidler noe simultant, men derimot tilbyr lydopptak for strømming hvor som helst og når som helst, blir situasjonen en annen. Et eksempel her er Spotify. Her ligger lydopptakene klare slik at den enkelte bruker selv velger «tid og sted for tilgang på verket». Dette er overføring «på forespørsel» og strømming fra Spotify omfattes derfor av eneretten og ikke av vederlagsretten jf. § 2, fjerde ledd. Det samme gjelder nettradio i opptak, altså reprints, som ligger tilgjengelig for strømming. Et avgjørende moment er tilgjengelighet i tid. Selv om sendingen kun er tilgjengelig i en begrenset periode står brukeren helt fritt i å velge tid og sted for strømming av opptaket innenfor denne perioden, og dette er avgjørende for rubriseringen som overføring «på forespørsel».

Når det gjelder «podkasting» skiller dette seg fra strømming ettersom lydopptaket her publiseres på internett slik at brukeren selv kan laste det ned på sin datamaskin og dermed får et «eksemplar» av lydopptakene.¹²⁷ Podkaster kan også begrenses slik at de kun er tilgjengelig for nedlasting i en viss periode etter at den har vært sendt i radio. Det kan innvendes at publikum ikke står fritt til å velge tid og sted ettersom kringkaster har lagt begrensninger på hvor lenge opptaket er tilgjengelig, men på samme måte som ved strømming av nettradio i reprise er det avgjørende at innenfor den tidsperioden lydfilen er tilgjengelig kan den enkelte helt fritt velge tid og sted for overføringen. Podkaster anses derfor som overføring på forespørsel og omfattes ikke av § 45b

¹²⁵ Begrepet «simulcasting» brukes der en sending kringkastes i ulike sendenetts samtidig.

¹²⁶ Rognstad (2009) s. 182

¹²⁷ Begrepet «podkast» brukes om å publisere lyd- eller bildeopptak på internett tilgjengelig for nedlasting.

Som nevnt var formålet med § 45b å gjøre det enklere å bruke lydopptak utenfor det private området.¹²⁸ Når det gjelder bruk av lydopptak i kringkastingssammenheng kan det imidlertid synes som om lovgiver har «spent ben» på seg selv. I praksis har nå § 45b kun betydning som tvangslisens for tradisjonell kringkasting av radiosendinger.

For det første gjør skillet mellom fremføring på forespørsel og der fremføringen skjer på avsenders initiativ (tradisjonell kringkasting) det mer komplisert for kringkaster ved bruk av lydopptak. Mange kringkastingssendinger skal senere gjøres tilgjengelig for podkast eller strømming i reprise og for denne bruken kreves samtykke. Den praktiske konsekvens av skillet er at den musikken som brukes i radiosendinger og som det allerede er betalt vederlag til Gramo for, må kringkaster i tillegg forhandle med IFPI og FONO om, for å få tillatelse til å bruke i podkast eller nettradirepriser på forespørsel.¹²⁹ En annen begrensning i bruken av lydopptak i kringkastingssammenheng, med store praktiske konsekvenser, gjelder innkopiering av lyd i tv-produksjoner. Det følger av åvl. § 31, annet ledd, at selve innkopieringshandlingen omfattes av eneretten. Det betyr i praksis at NRK må inngå avtale med rettighetshaverne (IFPI og FONO) for å legge på lydopptak i sine produksjoner. Tvangslisensen i § 45b mister altså mye av sin betydning fordi kringkaster fremdeles må klarere innkopieringshandlingen og på forespørsel-rettigheter direkte.

Det var krav om en økning på 800 % i vederlag for bruk av lydopptak som ikke omfattes av § 45b som førte til at NRK og IFPI brøt forhandlingene om ny avtale for musikkbruk i 2011.¹³⁰ IFPI hevdet at NRKs digitale satsing ville øke tilgjengeligheten for musikk på flere plattformer, og at de derfor måtte betale mer for klarering av bruken. NRK mente på sin side at IFPI overvurderte verdiøkningen det ville medføre. Jeg går ikke nærmere inn på

¹²⁸ Se under punkt 2.2

¹²⁹ IFPI fremmer den internasjonale plateindustriens interesser. IFPI Norge ble stiftet i 1939 og forvalter lisensiering av musikk og musikkvideoer i kommersiell sammenheng.

FONO er interesseorganisasjonen for uavhengige norske plateselskaper.

¹³⁰ NRKs nettsider(nrk.no) <http://nrkbeta.no/2011/12/15/platebransjen-bruddet-mellom-nrk-og-ifpi/> (april, 2013).

konflikten, men den viser at reguleringen på området er utidsmessig i møte med nye brukt-situasjoner og plattformer for fremføring av lydopptak. Partene kom våren 2013 til enighet.

2.3.4.3 Tilrådighetsstillelse

Som en følge av at avspilling ved hjelp av tekniske hjelpemidler omfattes av fremføringsbegrepet vil også selve utplasseringen av disse virkemidler, som for eksempel TV eller radio, falle inn under fremføringsretten. Det finnes flere dommer som slår fast at slik tilrådighetsstillelse anses som fremføring. Allerede i dommen inntatt i Rt. 1964 s. 782 (Jukeboks) stadfestet Høyesterett byrettens dom og tiltalte ble dømt for opphavsrettskrenkelse da han ved å utplassere Jukebokser på et hotell hadde fremført musikkverker offentlig, uten tillatelse og uten å betale vederlag. Også i den tidligere omtalte avgjørelsen Rafael Hoteles omfattes selve utplasseringen av TV-apparatene av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 og anses som overføring man må innhente samtykke for. Også i våre nordiske naboland er utplasseringen i seg selv ansett som fremføring. I en finsk dom som kom før nevnte EU-dom ble utplassering av TV-apparater på hotellrom ansett vederlagspliktig etter den finske bestemmelsen som tilsvarer åvl. § 45b.¹³¹ Høyesterett oppstilte imidlertid en grense for når tilrådighetsstillelse er å anse som fremføring i dommen inntatt i Rt. 1995 s. 35 (Piratkort). Tiltalen gjaldt brudd på åndsverkloven som en følge av at vedkommende hadde solgt «piratkort», ettersom disse kunne brukes på dekodere og gi gratis tilgang til TV-kanaler det i utgangspunktet skulle betales for. Høyesterett fant det anstrengt å si at tiltalte ved salget selv hadde «fremført» sendingene. Dette er i etterkant blitt tolket dit hen at det kan oppstilles enda et vilkår for fremføringsretten, og dermed vederlagsretten, nemlig at det må foreligge tilstrekkelig nærhet mellom handling og verkstilgang. Dette behandles i et eget punkt 2.3.5.

Det er viktig å merke seg at tilrådighetsstillelse av datautstyr med internettilgang i seg selv ikke er å anse som tilgjengeliggjøring for allmennheten. Den som stiller utstyret til rådig-

¹³¹ NIR 2002 s. 428

het, det være seg bibliotek eller internettkafé gjør seg følgelig ikke skyldig i offentlig fremføring uten samtykke.¹³² Opphavsmannen må i et slikt tilfelle forholde seg til den som har gjort materialet tilgjengelig på nettet dersom han vil kreve vederlag for fremføringen. Dette må imidlertid ikke forveksles med tilrådighetsstillelse av apparat for kringkasting. Denne form for tilrådighetsstillelse er, som vist overfor (Rafael Hoteles), vederlagspliktig.

En form for tilrådighetsstillelse som er mye diskutert i teorien er bruken av såkalte «linker». Spørsmålet til nå har vært om linker kan sies å være underlagt opphavsmannens enerett eller ikke. Problemstillingen kan ha overføringsverdi til vederlagsrettens område. Rognstad oppstiller to innfallsvinkler i synet på hvorvidt linking er omfattet av fremføringsretten.¹³³ På den ene siden kan det hevdes at linker på internett er en typisk overføring på forespørsel ettersom man selv må aktivere linken for å få tilgangen. I så fall vil utøverne og produsentene måtte samtykke i tilgjengeliggjøringen av lydopptaket. På den annen side kan det hevdes at linker er det som utgjør selve livsnerven i verdensveven og at de derfor ikke kan være underlagt noen enerett.¹³⁴ En måte å tolke det siste synspunktet på er å anse linkene som rene henvisninger til filen som inneholder verkstilgangen, at det i seg selv ikke innebærer tilgjengeliggjøring og således ikke rammes av § 2.¹³⁵ Det synspunktet inntok Høyesterett i den såkalte Napsterdommen, i Rt. 2005 s. 41. Høyesterett ville ikke avgjøre saken på det anførte grunnlag, men kom med en rekke uttalelser om forholdet mellom linking og tilgjengeliggjøring. Kort oppsummert mente førstvoterende at linking i stor grad lignet på det å gjøre en webadresse tilgjengelig på internett, noe som klart ikke var å anse som tilgjengeliggjøring. Videre var de uvillige til å innfortolke et samtykke til linking idet et verk er lagt ut på internett, da de mente det ville få uoverskuelige konsekvenser i form av tvil og tvister.¹³⁶

¹³² Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 23.

¹³³ Rognstad (2009) s. 183

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Premiss 55-57

Strekker man synspunktet om at linkene utgjør selve «livsnerven i verdensveven» enda lenger, om enn i en annen retning, vil det være mulig å argumentere for at linkene til enhver tid er aktive og at verket således hele tiden «overføres» i verdensveven, som en konstant strøm. Tar man dette enda et skritt videre vil det innebære at man kan anse det som aktiv overføring fra de som legger ut linkene og at tilgjengeliggjøringen er dermed en fremføringshandling som omfattes av vederlagsretten i 45b.

2.3.5 Kravet om nærhet mellom handling og verkstilgang.

Som vist ovenfor omfattes utplassering av tekniske hjelpemidler av fremføringsretten, forutsatt at allmennheten som en følge av utplasseringen, får tilgang til åndsverk.

I den tidligere omtalte Piratkortdommen satt Høyesterett imidlertid en grense for hvilke handlinger som kan anses som omfattet av eneretten. Et utslag av denne grensedragning uttrykkes tydelig i forarbeidene til endringene i loven i 2005.¹³⁷ Der slås det fast at departementenes oppfatning er at det bør være «en viss nærhet mellom handlingen og allmennhetens tilgang til verket». Spørsmålet blir således hva som skal til for at dette nærhetskravet anses oppfylt.

Forarbeidene viser til Piratkortdommen, og gjør det klart (som jeg var inne på ovenfor), at tilrådighetsstillelse av datamaskin med internettilgang i seg selv ikke er å anse som tilgjengeliggjøring for allmennheten. I motsetning til situasjonen i Rafael Hoteles-avgjørelsen og Jukeboksdommen, hvor apparatene som var stilt til rådighet bare måtte «skrus på» så var overføringen i gang, fordrer tilrådighetsstillelsen av datamaskinen flere handlinger før man får tilgang på verket. Riktignok er datamaskinen en forutsetning for tilgangen, det synes likevel anstrengt å si at selve utplasseringen er tilgjengeliggjøring i tilstrekkelig grad. Avgjørende her må være at det er snakk om flere ledd mellom utplasseringen og selve tilgangen på verket. En datamaskin med internettilgang kan brukes til en rekke andre ting enn å skaffe tilgang på lydopptak. Selv om tilgang muligjgjøres ved en slik utplassering er det ikke nok i seg selv, og det synes rimelig å trekke grensen her.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 23

I den tidligere omtalte Tannlegemusikkavgjørelsen fra EU-domstolen vektla retten at pasientenes adgang til lydopptak under tannlegebesøket var tilfeldig og uavhengig av deres ønsker. Dette brukte retten som et argument mot at musikkavspillingen skulle være vederlagspliktig.¹³⁸ Dette taler for at også EU-domstolen, til en viss grad, anerkjenner et vilkår om at fremføringshandling og verkstilgang må stå i en viss nærhet til hverandre.

Et moment som kan være av avgjørende betydning er *hensikten* bak fremføringen.

Allerede i 1936 uttalte Knoph i sitt verk «Åndsretten» at hensikten bak fremføringen kan få avgjørende betydning ved løsning av spørsmålet og fremføringen er å anse som offentlig eller ei.¹³⁹ Det klassiske eksempelet Knoph bruker, er der sangeren øver for åpne vinduer og det samler seg folk utenfor vinduet som lytter til fremføringen. Dette vil ikke være offentlig fremføring fordi sangerens hensikt åpenbart ikke var at allmennheten skulle ha tilgang til fremføringen. Fortsetter sangeren derimot å synge etter at han blir klar over at det står en forsamling og hører på, endrer hensikten seg og saken står annerledes. Selv om syngingen først og fremst er for sangerens egen del, vil det være en offentlig fremføring.¹⁴⁰ På samme måte er det sikker rett at bakgrunnsmusikk i butikklokaler, frisører, restauranter og lignende, regnes som vederlagspliktig offentlig fremføring, uavhengig av om hensikten er å underholde kunder eller kun er ment for å glede personalet.¹⁴¹

I Tannlegemusikkdommen uttalte retten at formålet med et tannlegebesøk for pasientene er behandlingen og ikke musikklytting. Videre at hensikten for tannlegen kun er å ha bakgrunnsmusikk til arbeidet og at musikken ikke har noen funksjon som gjør at han kan ta høyere betaling for behandlingen han tilbyr.¹⁴² Det kan synes som EU-domstolen vektleg-

¹³⁸ Premiss 98

¹³⁹ Knoph (1936) s. 89

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Rognstad (2009) s. 189

¹⁴² Premiss 97-98

ger hensikten både bak tannlegens avspilling av musikken, og hensikten bak pasientenes besøk som momenter som taler mot at musikkavspilling i tannlegens lokaler er å anse som vederlagspliktige.¹⁴³ Dommen er banebrytende i og med at den etablerer økonomisk gevinst ved sekundærfremføringen på tannlegekontoret som et avgjørende moment for vederlagsplikt.¹⁴⁴ Tannlegen ble dermed ikke vederlagspliktig, ettersom hans hensikt bak musikkavspillingen ikke var økonomisk, og han heller ikke fikk noen faktisk gevinst av betydning ved å spille bakgrunnsmusikk for pasientene.¹⁴⁵ Dommen er et viktig brudd med tidligere rettspraksis på området og berettiger spørsmålet om det er en kursendring på gang på vederlagsrettens område, hvor økonomiske interesser får en mer sentral og avgjørende posisjon ved vurderingen av vederlagsretten. Denne problemstilling jeg går grundigere inn på i del 4.

3 Leiebilsaken

3.1 Kort fremstilling av saken

Saken gjaldt spørsmål om vederlagsrett i forbindelse med utleie av biler. Gramo saksøkte i mai 2012 de største bilutleieselskapene i Norge, med krav om fastsettelsesdom for at deres virksomhet med utleie av bil, med innmontert radio, utløste vederlagsplikten etter åvl. § 45b.

Gramo mente det faktum at leiebilselskapene tilbyr biler for utleie med innmontert utstyr for mottak av radiosendinger utløser vederlagsplikten, da det er å regne som «offentlig fremføring». Påstanden var at selve utplasseringshandlingen – at radioene er i bilene som leies ut – er å anse som tilgjengeliggjøring i form av «fremføring». Videre hevdet Gramo at de øvrige vilkår for vederlagsretten var oppfylt.

¹⁴³ Premiss 78

¹⁴⁴ Her forstås sekundærfremføring som avspilling av lydopptak via radio på tannlegekontoret. Primærfremføringen vil her være kringkasters utnyttelse av lydopptaket.

¹⁴⁵ Premiss 78

De saksøkte bilutleieselskapene, First Rent a Car Norway AS, Ec Rent a Car Norway AS og Rac Norway AS, mente på sin side at å tilby utleiebiler med radio ikke er å anse som fremføringshandling etter åvl. § 45b. Uansett mente de at det ikke forelå tilstrekkelig nærhet mellom utplasseringshandlingen og allmennhetens tilgang, og endelig at fremføringen ikke var «offentlig».

Gramo fikk medhold i Asker og Bærum tingrett da dommen falt november 2012. Dommen er ikke rettskraftig, og ankebehandling i lagmannsretten er berammet til april 2014.

Det er viktig å merke seg at dommen er avsagt av tingretten og således har begrenset rettskildemessig vekt. Grunnen til at jeg likevel ønsker å foreta en analyse er at den på en god måte illustrerer hvordan yttergrensene for vederlagspliktige handlinger stadig flyttes og gir et godt utgangspunkt for diskusjon.

3.2 Hovedspørsmål i saken

3.2.1 Problemstillinger

Saken reiser tre problemstillinger knyttet til de kumulative vilkårene i § 45b. For det første hvorvidt bilutleieselskapenes handling, utleie av bil med innmontert radio, er å anse som tilgjengeliggjøring av lydopptak, ved «fremføring». Neste problemstilling er om denne fremføringen i så fall retter seg mot allmennheten og derfor er «offentlig». Den tredje problemstillingen følger ikke av bestemmelsens ordlyd, men er innfortolket under fremføringsbegrepet som et krav om tilstrekkelig nærhet mellom handling og allmennhetens tilgang til verket. Jeg viser til oppgavens del 2 hvor vilkårene er nærmere behandlet og går heller ikke grundig gjennom det som er uomtvistet i dommen, men fokuserer på de punktene der det hersker uenighet mellom partene og vurderer rettens vektlegging og argumentasjon fortløpende.

3.2.2 Er bilutleieselskapenes handling å anse som «fremføring»?

Det første retten tar stilling til er hvorvidt utleie av bil med radio kan anses som «fremføring». Det er klart, og bestrides heller ikke av saksøkte, at begrepet omfatter alle måter et

verk gjøres tilgjengelig på, herunder fornyet fremføring, overføring som skjer ved hjelp av tekniske hjelpemidler, samt selve utplasseringen av det tekniske utstyr. De saksøkte leiebilselskapene mener imidlertid at foreliggende sak skiller seg fra den rettspraksis Gramo viser til, og at det derfor ikke er grunnlag for vederlagsplikt. Blant rettspraksis som trekkes frem til inntekt for Gramos påstand er blant annet Bedriftsmusikk, og EU-domstolens sak Rafael Hoteles. I begge disse dommene ble selve utplasseringen av henholdsvis radioapparat og TV-apparat ansett som fremføringshandling i opphavsrettslig forstand. Saksøkte har ikke innvendinger mot dommene, men mener det er en sentral forskjell på situasjonen som omhandles der og den foreliggende. Forskjellen ligger i at utleiebilselskapene ikke selv har tatt et aktivt valg om å tilby radio til sine kunder, ettersom det er standardutstyr på biler i dag, og derfor ikke kan sammenlignes med nevnte dommer hvor for eksempel hotellinnehaver selv har valgt å utplassere TV på rommene. Retten vurderer imidlertid denne forskjellen til ikke å ha avgjørende betydning og mener det relevante er at kringkastingssendingen når et nytt publikum på grunn av tilrådighetsstillelsen.

Det følger av Rafael Hoteles-dommen at det sentrale for vurderingen av om selve utplasseringen av teknisk utstyr utløser vederlagsplikt er hvorvidt utsendingen på grunn av denne handlingen når et «nytt publikum», som ellers ikke hadde hørt på radio eller sett på TV på det aktuelle tidspunkt. Jeg er i utgangspunktet uenig i at dette bør være avgjørende. Jeg mener kringkaster allerede har betalt for nettopp denne utnyttelsen av lydopptaket - og at det må gjelde uansett hvor kringkastingen «treffer» publikum. Hele poenget med kringkasting er jo at det når ut til allmennheten.¹⁴⁶ På tross av mine innvendinger er det imidlertid sikker rett at det avgjørende er at sendingen når ut til et «nytt publikum».

Det kan ved første øyekast synes som dette er situasjonen for leiebilene, da man kan hevde at kundene ikke ville hatt tilgang til sendingen dersom radioen ikke var montert. Her vil imidlertid den teknologiske utvikling på området innhente argumentet fra Rafael Hoteles-

¹⁴⁶ *Kringkasting*: utsending av tale, musikk og liknende via elektroniske kommunikasjonsnett, ment eller egnet til å ses eller høres direkte og samtidig av allmennheten. Jf. Kringkastingloven § 1, første ledd, litra a.

dommen, i alle fall i større grad enn hva retten har anerkjent. Med den datateknologi som i dag finnes i nye biler, og den grad av allemannseie en smarttelefon eller annen innretning med internettilgang er, vil det ikke lenger medføre riktighet å si at publikum ikke ville hatt muligheten til å lytte til sendingen dersom radiomottaker ikke var montert. Den samme sendingen kan lyttes til ved hjelp av annet utstyr. Problemstillingen er et godt eksempel på at ny teknologi medfører at spørsmål som tidligere var rettslig avklart må vurderes i nytt lys. Dette er en ullen og uavklart sfære hvor fagkunnskap om teknologi er en fordel og det er mulig tingrettsdommeren har vært lite villig til å begi seg ut på upløyd mark. Det synes i alle fall som om retten har inntatt en noe passiv holdning og valgt «letteste løsning», nemlig å presse saken inn i en form som gjør at den passer den tidligere rettstilstand. Dersom hotell-situasjonen hadde kommet for retten i dag er det sannsynlig at argumentet om at sendingen når et publikum som ellers ikke ville hatt muligheten til å se denne, ikke ville hatt samme tyngde ettersom det i dag vil være gode muligheter for å få tilgang på nett-tv (eller radio) gjennom sin egen bærbare PC, iPad, eller smarttelefon. Noe mange i dag har med seg på reise.

Tingretten slutter seg med andre ord til Gramos vurdering om overføringsverdien fra hotelldommene til foreliggende sak. Gramo hevder at den eneste forskjellen mellom hotell-situasjonen og foreliggende situasjon er at leiebilene er i bevegelse, mens hotellrommene står stille. Dette blir etter mitt syn en for enkel slutning og jeg kommer nærmere inn på forskjellen mellom hotellrom og leiebil under offentlighetsvurderingen i punkt 3.2.4 nedenfor. Riktignok peker retten på den sentrale forskjellen at fremføringshandlingen for leiebilselskapene ikke er selvvalgt, men avfeier ganske raskt argumentet med at selve fremføringshandlingen ikke ligger i valget om å ha radio i bilene, men i valget om å gjøre leiebilene med radio tilgjengelig for kundene.

Jeg kjenner ikke til rettspraksis som problematiserer at fremføringshandlingen ikke er selvvalgt av den som blir vederlagspliktig. Spørsmålet blir derfor om dette elementet bør ilegges noe større vekt enn det tingretten gjør i denne saken. Retten tar ikke stilling til den tvungne situasjonen leiebilselskapene havner i. Dersom leiebilselskapene skal unngå veder-

lagsplikt kan de ikke tilby biler *med radio* for leie. Samtidig vet man at biler i dag leveres med radio som standardutstyr. Det koster mye å fjerne radioen, og dersom det i tillegg kan gjøre sikkerhetsutstyr integrert i multifunksjonsenheten mindre virksomt, som leiebilselskapene hevder, vil det ikke være et forsvarlig alternativ. Uansett vil det være upraktisk og ulønnsomt. Det vil i realiteten ikke være mulig for leiebilselskapene å drive med bilutleie uten å bli vederlagspliktige. De tvinges dermed inn i en vederlagspliktig situasjon og det synes urimelig.

Det faktum at radio nå er standardutstyr i biler er et argument som også kan tale mot leiebilselskapene, ettersom det tilsier at det vil være en forventning blant folk om at biler i dag skal inneholde radio, og kanskje særlig når man betaler for leiebil. Et viktig moment her vil være hvor mye leiebilselskapene tjener på å tilby radio. Jeg kommer nærmere inn på momentet om økonomisk gevinst nedenfor.¹⁴⁷

3.2.3 Nærhet mellom handling og verkstilgang

Videre legger retten til grunn at for at en handling skal anses som fremføring, må det kreves en viss nærhet og umiddelbarhet mellom handlingen og allmennhetens tilgang til lydopptaket. Jeg viser til bakgrunnen for vilkåret som er behandlet i oppgavens punkt 2.3.5.

I kombinasjon med dette vilkåret kan man innfortolke et krav om at hensikten bak handlingen må være å gi allmennheten verkstilgang. Dette er ikke noe absolutt vilkår, men et tungtveiende moment. Retten viser til Rognstads behandling av spørsmålet.¹⁴⁸ Det er enighet mellom partene om at det gjelder et slikt nærhetskrav etter § 45b.

Saksøkte viser til Piratkortdommen som støtte for deres påstand om at det ikke foreligger tilstrekkelig nærhet mellom handling og verkstilgang. Her fant Høyesterett at publikums tilgang på TV-sendingene var for fjern fra salg av piratkortene til dekoderen, til at selve salget kunne betraktes som en fremføringshandling. Tingretten mener at foreliggende sak

¹⁴⁷ Se s. 43-44, samt kapittel 4

¹⁴⁸ Rognstad (2009) s. 181.

skiller seg fra Piratkortdommen og peker på at til forskjell fra situasjonen der, fordrer det ikke noe ekstrautstyr for å få tilgang på sendingene etter at kundene har leid seg en bil. Det medfører riktighet. Likevel synes jeg tingretten overser andre momenter i dommen som kan vektlegges til støtte for leiebilselskapene.

Som saksøkte påpeker hadde selgeren av piratkortene i Piratkortdommen rollen som videreformidler, altså samme rolle som kabelselskapet, likevel kom retten den gang til at det ikke skulle bedømmes likt da selgerens handling ble for fjern fra tilgangen. Det samme argumentet kunne vært vektlagt av retten i større grad i vår sak. Det kan hevdes at leiebilselskapene videreformidler tilgang til verk ved å tilby leie av bil, på samme måte som en hotellvert som videreformidler verkstilgang ved å utplassere TV på rommene. Men som i Piratkortdommen synes grensen likevel å være nådd for hva som med rimelighet kan anses som fremføringshandling med tanke på nærhet til verkstilgangen. Å tilby leiebil med radio synes for fjernt til å omfattes av vederlagsretten.

Etter mitt syn bør hensikten bak handlingen i større grad være avgjørende. Leiebilselskapene har tilgang på bil og transport som sin primære ytelse, for hotellene er derimot trivsel og rekreasjon det sentrale. At trivsel i form av verkstilgang er en tilsiktet følge av hotelleierens utplassering av TV-apparat, og dermed utløser vederlagsplikt synes rimeligere enn at leiebilselskapenes utleie av bil med radio, skal omfattes. Dersom man legger til grunn at utleie av bil med innmontert radio er en fremføringshandling, vil det uansett være et tungtveiende argument mot å anse handlingen som omfattet av vederlagsretten at formålet bak handlingen ikke er å legge til rette for allmennhetens verkstilgang. Leiebilselskapenes primære hensikt er å leie ut biler, ikke å tilrettelegge for verkstilgang, som jeg var inne på ovenfor. Dette er retten enig i. Retten mener imidlertid at på tross av at verkstilgang ikke er den primære hensikten er det konsekvensen av handlingen som er avgjørende.

Her er jeg uenig med retten, og mener hensikten generelt bør tillegges stor vekt. Den EU-dom som anføres av saksøkte for å underbygge at hensikten skal være avgjørende er tidli-

gere nevnte Tannlegemusikk. Det var her klart at tilgjengeliggjøringen av musikkverk ikke var tannlegepraksisens primære hensikt bak å avspille bakgrunnsmusikk i sine lokaler.

En sentral del av rettens begrunnelse for ikke å idømme vederlagsplikt i Tannlegemusikk knyttet seg til at fremføringen ikke ga noen økonomisk gevinst og derfor ikke var å anse som vederlagspliktig etter utleiedirektivet artikkel 8, annet ledd. Leiebilselskapene anfører dette til støtte for sin påstand om at de ikke har noe profittmotiv som hensikt bak å ha radioer i bilene og at dette taler mot vederlagsplikt. Profittmotivet deres er knyttet til utleie av biler. Retten kommer imidlertid til at radioene er av økonomisk betydning for leiebilselskapet idet det gir kundene en bedre kjøreopplevelse og at det derfor er sannsynlig at kundene vil velge samme selskap igjen. Her viser retten til den finske Högsta Domstolens dom for vederlagsplikt for musikk i taxi NIR 2003 s. 161(Taximusikk). I denne saken ble trivselsaspektet som lå i å spille musikk i bilene ansett uløselig knyttet til taxivirksomheten og dette var en del av begrunnelsen for å anse det som offentlig fremføring.

Det er uomtvistet at leiebilselskapenes primære hensikt ikke er å tilrettelegge for verkstilgang. Spørsmålet er om retten er for snever i sin vurdering når de legger den avgjørende vekt på konsekvensen av handlingen – altså at radioen faktisk er der og faktisk gjør det mulig å høre på lydopptak. De vektlegger med andre ord ikke hensikten. Det finnes neppe noe klarere eksempel, enn i den foreliggende sak, på at hensikten bak det som anses som fremføringshandlingen er noe helt annet enn verkstilgang – nemlig å leie ut biler så kunder kan komme seg fra A til Å. Trivselsaspektet som trekkes frem fra Taximusikkdommen er et saklig moment, men etter mitt skjønn spiller det en viktigere rolle i taxitilfellet enn det gjør i utleiebiler. I en taxi betaler man for å slippe å kjøre, og ytelsen er preget av service og trivsel. Det er lettere å se paralleller til hotellsituasjonen her. I leiebilsituasjonen er kundens behov et fremkomstmiddel som erstatter egen bil – du kjører selv og får ingen ytterligere service. Det kan selvfølgelig være mange som synes det er positivt å kunne høre musikk mens de kjører leiebil, men dette er såpass underordnet den egentlige hensikten bak tjenesten de kjøper at det ikke bør tillegges videre vekt eller noen vesentlig økonomisk verdi og

dermed kan sees bort i fra. Det bør i hvert fall ikke utgjøre tilstrekkelig grunnlag for å ilegge vederlagsplikt.

Videre mener jeg retten avfeier Tannlegedommen på tynt grunnlag. Dette er en EU-dom som klart går i en annen retning enn de tidligere dommene på området, både nasjonalt, i Norden og i EU, og som dermed danner grunnlag for nye vurderingstema. EU-dommer skal tillegges stor vekt ettersom Norge skal følge EU på opphavsrettens område. Jeg er enig i saksøktets syn på dommens overføringsverdi. Verkstilgang for pasientene var ikke tannlegens primære hensikt, men musikken kan sies å ha hatt en viss verdi i et trivselsaspekt. Dette betyr imidlertid ikke at det ga noen klar økonomisk gevinst, EU-domstolen slo tvert imot fast at «such a broadcast is not of a profit-making nature», noe som også må sies å være tilfellet i vår sak.¹⁴⁹ På Gramos internettsider nevnes den økonomiske verdi muligheten for å fremføre musikk offentlig kan medføre for brukerne, som begrunnelse for hvorfor Gramo på disse områder ønsker å ilegge vederlagsplikt.¹⁵⁰ Altså anser Gramo økonomisk gevinst ved bruken av lydopptak som en forutsetning for vederlaget. Der den økonomiske gevinst er så usikker og tilsynelatende ubetydelig som i leiebilenes tilfelle synes det ikke som tilstrekkelig grunnlag for å ilegge vederlagsplikt.

Begge parter i saken har henvist til Rognstads uttalelser om leiebiler, fra hans verk Opphavsretten.¹⁵¹ Han bruker utleiebilfirmaet som leier ut biler med radio som eksempel på virksomhet som *ikke* bør avkreves vederlag fordi, som jeg har vært inne på, deres handling ikke har som formål å tilrettelegge for andres verkstilgang. Retten kommer som vi vet til motsatt resultat, men finner ikke grunn til å drøfte uttalelsen nærmere. At Rognstad ikke begrunner den spesifikke uttalelsen er antagelig fordi den er tenkt som et eksempel som illustrerer et tilfelle hvor hensikten klart ikke er verkstilgang, og vederlagsplikt derfor ikke er rimelig.

¹⁴⁹ Premiss 99

¹⁵⁰ Se sitat fra Gramos nettsider s. 57

¹⁵¹ Rognstad (2009) s. 181.

Et annet av leiebilselskapenes hovedargumenter hva gjelder manglende oppfyllelse av vilkåret om nærhet, ligger i argumentet om at multifunksjonsenheter i bilene er å anse som en datamaskin og dermed at tilrådighetsstillelse av denne ikke er å anse som tilgjengeliggjøring for allmennheten slik forarbeidene fastslår.¹⁵² Datamaskinen gir en annen type brukersituasjon fordi den enkelte selv velger hva maskinen skal brukes til – i større grad enn ved bruk av radio – og beskyttet materiale blir ikke automatisk tilgjengelig bare ved å stille datamaskinen til rådighet, det krever en nærmere tilrettelegging av hva brukeren får tilgang på før det kan anses som en fremføringshandling.¹⁵³ Retten kommer imidlertid til at på tross av at multifunksjonsenheter i bilene inneholder datateknologi er det langt igjen til å kalle det en datamaskin. Jeg må her si meg enig i rettens vurdering. Internettilgang vil kanskje snart være standardutstyr på multifunksjonsenheter i biler, det er likevel situasjonen i dag som må legges til grunn. Det avgjørende må da være at det *i tillegg til* eventuell datateknologi finnes tradisjonelt antennemottak og radiosendingene kan derfor skrues på uavhengig av nettilgang og andre funksjoner. Så lenge det er en tradisjonell radio i multifunksjonsenheter kan den ikke anses som en «ren» datamaskin og på det grunnlag gå klar av fremføringsbegrepet og vederlagsplikten.

3.2.4 Om fremføringshandlingen er «offentlig»

Retten kommer til at bilutleieselskapenes kundekrets er å anse som «allmennheten» i åndsverklovens forstand og dermed at lydopptakene fremføres «offentlig». Saksøkte mener på sin side at (den bestridte) fremføringshandlingen uansett ikke er rettet mot allmennheten og derfor ikke er offentlig. Til støtte for sitt resultat viser retten blant annet til Rafael Hoteles. Her var det nettopp den kumulative effekten av at en rekke enkeltpersoner over tid fikk tilgang til sendinger fra hotellrommene som ble avgjørende og som tingretten mener må

¹⁵² Ot.prp. nr. 46 (2004-05) s. 22

¹⁵³ *Ibid.*; se punkt 2.3.4.3

gjelde tilsvarende for leiebilene. Igjen dras den påståtte parallellen mellom hotellrom og leiebil.

Jeg er her uenig i dommerens vurdering. En grunnleggende forskjell mellom Rafael Hotelles og foreliggende sak er at hotellrom er samlet under ett og samme tak. Dette er et moment som ikke er behandlet i særlig grad i senere omtale av denne EU-dommen, verken i rettspraksis eller teori. Et hotell er et større område hvor flere gjester oppholder seg av gangen, og derfor har det et klarere preg av allmennhet eller offentlige lokaler. Selv om TV-apparatene benyttes separat på rommene er de en del av den opplevelsen hotellet som sådan tilbyr allmennheten gjennom sin virksomhet og det skjer innenfor hotellets «fire vegger». I tillegg er rommene underlagt en samlet enhet – hotellet. Dette taler for at rommene samlet sett kan anses som allmennheten. Det er imidlertid den kumulative virkning i at gjestene inntar samme rom etter hverandre som trekkes frem i dommen og som er relevant for vår sak, men det endrer ikke på denne grunnleggende forskjellen.

I leiebilsituasjonen er det fremføring via radio i den enkelte og frittstående bil som rammes. Kundene er totalt avsondret fra noe fellesområde eller fellesskap ut over at de har leid bil fra samme selskap og at disse bilene oppfyller den samme funksjonen, nemlig at de fungerer som kjøretøy. Leiebilene sogner kanskje til samme «fellesgarasje» i form av leiebilselskapets lokaler, men det er ikke relevant da kundene aldri benytter seg av bilen i denne situasjonen. Hele poenget med å leie bil er at den skal kunne kjøres hvor som helst. Kjøreopplevelsens natur- rask forflytning alene eller med et begrenset antall medpassasjerer, taler mot å anse fremføring av musikk i leiebiler som rettet mot allmennheten. Det er her snakk om en privat sfære som oppstår i det man lukker seg inne i bilen. Det er en sluttet og klart avgrenset krets, som ikke er åpen for allmennheten. Det er ikke naturlig å hevde at bilene til sammen utgjør en allmennhet bare fordi de eies av et og samme selskap. Offentlighetsbegrepets anvendelsesområde har blitt utvidet gjennom rettspraksis, på uklare områder må imidlertid fremdeles lovens ordlyd fungere som veiledning, og det synes klart at «offentlig fremføring» etter normal språklig forståelse ikke omfatter de tilfeller hvor en person hører på radio alene i en leiebil.

Retten viser også til den nevnte Taximusikk, idet den mener det ikke er avgjørende forskjell mellom fremføring av verk i taxi og fremføring via radio i leiebiler. I saken ble et taxiselskap dømt til å betale vederlag for musikk spilt i bilene. På tross av at Taximusikk tilsynelatende har stor overføringsverdi til leiebilsituasjonen synes jeg det er flere momenter knyttet til offentlighetsvurderingen, som skiller de to, men som ikke påpekes av partene og heller ikke retten går inn på.

Å tilby taxibil har i større grad preg av å være en tjeneste åpen for offentligheten til en hver tid. Man fraktes korte strekninger, og kunden oppholder seg i bilen i en svært avgrenset og kort periode. I tillegg er det en sjåfør som kjører, noe som gir det preg av å være en serviceytelse hvor man skal kunne slappe av og la noen andre gjøre «jobben». Det innebærer samtidig at bilen ikke disponeres fritt. Alt dette taler mot at taxien er sjåførens private sfære. Taxien er jo tvert imot sjåførens levebrød, og tjenesten som tilbys er åpen for alle.

Leiebiler skiller seg fra dette på sentrale punkter. Først og fremst er kundegrunnlaget for taxiselskapet mye større enn for leiebilselskapene, og det skjer en mye hyppigere utskifting av brukere, slik at der man i en taxi i løpet av en dag har rundt seksti kunder, vil en leiebil sjelden ha mer enn en. Leiebilen er, etter at kunden har leid den, ikke lenger tilgjengelig for alle. Man leier et privat rom for transport og for mange vil det være et alternativ til offentlig kollektivtransport. Det kan innvendes at å betale for taxi også er en form for leie av privat rom for transport, men en vesentlig forskjell er at taxituren avhenger av en sjåfør man ikke kjenner, som styrer både bil og musikk. Å høre på musikk i leiebil vil i større grad være en privat opplevelse enn å høre på musikk i en taxi, en opplevelse du deler med en fremmed i et transportmiddel alle har tilgang på.

Leiebilselskapene støttet seg her til Tannlegemusikk. Tannlegens kunder ble, på tross av at det her var tale om flere personer etter hverandre, ikke ansett å oppfylle vilkåret om «allmennheten». Begrunnelsen var at det kun var et begrenset antall personer som hadde tilgang på tannlegens ytelser og derunder musikken, de ble behandlet én og én og fikk heller

ikke tilgang på de samme opptakene.¹⁵⁴ Det samme vil være tilfelle i leiebiler. Tingretten mener imidlertid at det i foreliggende sak ikke er nødvendig å ta stilling til om EU-domstolens krav skal legges til grunn ved vurderingen av innholdet i begrepet «allmennheten» i § 45b, og avfeier det hele med å si at det uansett er for stor forskjell mellom bilutleieselskapene og tannlegens pasienter til at saken får anvendelse i vårt tilfelle.

Her mener jeg dommeren velger en for enkel løsning. Det er et krav at norsk rett skal samsvare med direktiver og tolkningen av disse fra EU-domstolen. Norske domstoler er således bundet i sin tolkning, og *må* derfor ta stilling til om EU-domstolens krav skal legges til grunn ved vurderingen av innholdet i vilkåret «allmennheten». At retten «ikke finner grunn» til å gjøre dette er etter mitt syn ikke holdbart. Tidligere i dommens premisser har tingretten fullt og helt bygget på EU-domstolens krav til innholdet i fremføringsbegrepet utledet av Rafael Hoteles-avgjørelsen.

Et av de avgjørende momentene i Taximusikk var at man på forhånd ikke kan bestemme hvem lytterne skal være og alle kan delta, mens EU-retten i Tannlegemusikk mener pasientgruppen er såpass avgrenset at det ikke vil være naturlig å anse et tannlegekontor som tilgjengelig for allmennheten. Leiebilselskapene befinner seg et sted midt i mellom disse to variantene av allmennheten. Leiebilene er ikke like hyppig i ulike kunders bruk som tilfellet er med taxier, samtidig er kundegruppen langt mindre avgrenset enn pasientgruppen til tannlege. I taxisituasjonen er det en minimal mulighet for selskapet å bestemme hvem som skal få tilgang, det er i det hele tatt basert på et «førstemann til mølla»-system, hvor man enten praier en taxi på gaten eller ringer inn og får en taxibil så fort det er ledig. I tannlegens situasjon er det større grad av kontroll over pasientgruppen, men på samme måte som et taxiselskap vil tannlegen fylle sin kapasitet slik at det også her er køprinsippet som gjelder. Forskjellen er der det er etablert en kundekrets slik at kundene kommer jevnlig, og kapasiteten er full slik at man ikke har plass til nye kunder. Utleiebilselskapene vil

¹⁵⁴ Premiss 96

også være interessert i å fylle kapasiteten slik at de tjener mest mulig penger, men samtidig har de, i større grad enn taxiselskapene, mulighet til å planlegge og legge opp kundegruppen idet visse kriterier må være oppfylt. For eksempel må man ha førerkort og være over en viss alder for å få leie bil, mens taxier er tilgjengelige for alle så lenge man betaler.

En annen dom det vises til under behandlingen av dette vilkåret er den danske Sjøppelbildommen.¹⁵⁵ Dommen er grundigere behandlet ovenfor, men det sentrale er her at retten kom til at fremføringen, i form av mottaker- og avspillingsutstyr i sjøppelbilene og firmaets lokaler, ikke var å anse som offentlig ettersom fremføringen ikke kunne lyttes til av en større personkrets. Jeg er imidlertid enig med retten i at denne dommen ikke har særlig overføringsverdi til vår sak, da den totale kretsen sendingene nådde ut til her var avgrenset på en enda klarere måte. Det gjaldt de ansatte i en bedrift, og dermed skiller den seg fra leiebilsituasjonen.

3.2.5 Oppsummering

Etter mitt syn har dommen flere svake punkter. Offentlighetsvurderingen og det klare fravær av hensikt om verkstilgang og økonomisk gevinst på leiebilselskapenes side, taler for det motsatte resultat. Det økonomiske aspektet burde vært vektlagt i større grad, i tråd med den nye EU-dommen Tannlegemusikk. Retten gir inntrykk av å ukritisk ønske å følge i det brede spor som tidligere er lagt opp for vurderingen av vederlagsplikten. Avslutningsvis uttaler retten at de ikke tar stilling til hvor yttergrensene for § 45b bør gå, da dette er en lovgiveroppgave. Det er utvilsomt lovgivers oppgave å gi lover, men tolkningen av disse må rettsanvendere og i særlig grad domstolene finne seg i å gjøre. En del av tolkningen innebærer å oppstille grenser for lovers anvendelsesområde der dette er uklart. Det er mindre rettskildemessig tyngde bak tingrettens grensdragning, og der Høyesterett har uttalt seg er det klart at underliggende rettsinstanser er bundet av dette. Tilfellet i vår sak er imidlertid en situasjon som ikke tidligere har vært behandlet i Høyesterett eller annen rettspraksis,

¹⁵⁵ UfR 2007 s. 1581

og da må tingretten trekke på praksis fra lignende tilfeller, men også dra opp nye grenser der det er nødvendig. Uansett er de nødt til å ta stilling til det. Det blir spennende å se hvilket resultat lagmannsretten kommer til.

4 Veien videre

4.1 Hvor bør grensen for vederlagsplikt etter § 45b gå?

4.1.1 Noen betraktninger

Gjennomgangen av rettstilstanden viser at yttergrensene for når vederlagsplikt etter § 45b oppstår er uklare. I tråd med uttalelser i Tannlegemusikk må man foreta en konkret vurdering for å avgjøre om fremføringen av lydopptak omfattes av vilkårene slik at den blir vederlagspliktig.¹⁵⁶ Spørsmålet blir om man kan si noe generelt om hvor grensene *bør* gå, og jeg vil i fortsettelsen komme med noen betraktninger rundt dette.

I forlengelse av leiebileksempelen og på generelt grunnlag, maner Rognstad i sitt verk «Opphavsretten» til en fornuftig rettighetshåndhevelse på dette området ettersom det ikke er enkelt å trekke klare grenser som vil gi rimelige resultater i alle tilfeller.¹⁵⁷ Det er uten tvil et område i utvikling og det dukker stadig opp ny teknologi som muliggjør fremføring av lydopptak, dermed oppstår nye situasjoner hvor lydopptak benyttes hvor det tidligere verken var vanlig eller mulig. Følgelig er det behov for fleksibilitet i regelverket på fremføringsrettens område. At begrepene som ligger til grunn for vilkårene i bestemmelsen er skjønnsmessige og bærer preg av å være rettslige standarder er av den grunn en fordel, men samtidig byr det på store utfordringer og usikkerhet.

Ved utformingen av regelen har hensynet til fleksibilitet og evne til å tilpasse seg samfunnsutviklingen måtte veies mot hensynet til forutberegnelighet og klarhet. Å dra opp en klarere grense for vederlagsretten i loven vil være lite hensiktsmessig. Ved å fastsette en

¹⁵⁶ Premiss 78-80

¹⁵⁷ Rognstad (2009) s. 182

tallfestet grense for hva som kvalifiserer til «offentligheten», eller ramse opp uttømmende hva som regnes som fremføringshandlinger vil nye situasjoner lett falle utenfor og nødvendigjøre tungvinte prosesser med lovendring. Av den grunn er dagens løsning, hvor det er opp til domstolene å trekke opp grensene for vederlagsretten og tilpasse disse til det samfunnet vi til enhver tid lever i, fortsatt å foretrekke. Det er imidlertid viktig med konsekvens i grensedragningen fra rettens side, dette for å gi brukere og rettighetshavere den grad av forutberegnelighet som trengs.

Grensedragningen vil bero på en avveining hvor to hensyn står mot hverandre. På den ene siden har man rettferdighetshensyn. Det er rimelig og rettferdig at utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere skal motta vederlag dersom deres tekniske eller kunstneriske prestasjoner brukes i offentlige sammenhenger. Dette fordi utnyttelse av deres prestasjoner kommer andre til gode, og kan medføre økt profitt i andres virksomheter. På den andre siden står hensynet til opphavsrettens gode navn og rykte, det man kan kalle «omdømmehensynet». Artistene kan gjennom vederlagsbyråenes innkrevinger oppleves som griske og i en bransje som er prisgitt sitt publikum kan dette være et uheldig stempel å få.

Den teknologiske utvikling har fortsatt i årene etter at vederlagsretten kom, og utfordringene er nye og større. Vederlagsretten gir rettighetshaverne til en viss grad kompensasjon for denne utviklingen, men spørsmålet er om det å spise seg inn på nye markeder er den riktige måten å møte utfordringene. TONO forvalter opphavsmennenes rettigheter og krever vederlag for fremføringsretten etter § 2. Organisasjonen opererer på samme måte som Gramo og krever vederlag av flere av de samme bransjer. Det kan synes som om TONO har inntatt en noe mer defensiv holdning til potensielle nye markeder og har et ønske om å oppfattes som en ansvarlig forvalter av rettigheter, som ikke misbruker sin posisjon. De er ikke med i saken mot leiebilselskapene. TONO har imidlertid en noe mer etablert posisjon enn det Gramo har, og opphavsmennene har tradisjonelt sett alltid hatt et sterkere vern enn rettig-

hetshaverne etter kapittel 5, noe som kan være en medvirkende årsak til at de ikke er like offensive som Gramo.¹⁵⁸

Opphavsretten og de nærstående rettigheter er i dag under press utenfra og et spørsmål som reiser seg er hvorvidt vederlagsretten vil klare å beholde den posisjonen den har opparbeidet gjennom rettspraksis, med så mange berørte bransjer. Den allmenne rettsfølelse skal ikke undervurderes, og dersom vederlagsretten blir ansett som urimelig vil konsekvensen kunne bli at folk ignorerer lovgivningen. Allerede i dag er piratkopiering en stor utfordring på opphavsrettens område. En mulig medvirkende faktor til folks tilsynelatende avmålte sympati er lydopptakenes natur. De vil ikke manifestere seg fysisk hos lytteren og vedkommende får kun glede av prestasjonen i den avgrensede perioden de spilles av, dette kan være en grunn til at brukeren ikke føler den samme rettferdighet eller rimelighet ved å betale for musikkbruken.

Det hersker to oppfatninger om hvordan man bør møte den uunngåelige utviklingen. På den ene siden har man de som ønsker liberalisering og mener at man må anerkjenne at avstanden mellom lovverk og sosiale normer har blitt for stor og vurdere radikale endringer. På den annen side er det de som mener man må møte utfordringene med, i alle fall til en viss grad, strengere lover og tiltak.¹⁵⁹ Norge har i arbeidet med revisjon av åndsverkloven fremmet forslag om strengere tiltak mot ulovlig fildeling. Vederlagsretten er i denne sammenheng ikke like omstridt, men det grunnleggende problem med folks holdninger til å betale for musikkbruk er det samme. Av den grunn tror jeg en tydeligere sammenheng mellom vederlagsretten og den økonomiske nytteverdi av musikkbruken ville vært hensiktsmessig for en fornuftig grensedragnings på vederlagsrettens område.

¹⁵⁸ TONO ble stiftet i 1928

¹⁵⁹ Øvrebø (2012)

4.1.2 En kursendring på gang?

Tannlegemusikk er en ny og viktig dom på vederlagsrettens område og er vist til flere ganger i denne oppgaven. Jeg vil nå gå noe grundigere til verks og undersøke om dommen kan sies å danne grunnlag for en kursendring på vederlagsrettens område som kan få betydninger for grensedragningen.

En grunnleggende endring følger av domstolens uttalelser i premiss 74-75. Her påpeker domstolen at begrepet «communication to the public» i henholdsvis direktiv 2001/29, artikkel 3, første ledd, og i direktiv 1992/100¹⁶⁰ artikkel 8 annet ledd etter en sammenligning skal anvendes i forskjellige sammenhenger og i tillegg at formålene er delvis forskjellige.¹⁶¹ EU-domstolen åpner altså for ulike tolkninger av begrepet. I norsk rett er det åvl. § 2 og § 45b, som gjennomfører henholdsvis artikkel 3 og 8 i direktivene, og som gjennomgangen ovenfor har vist har praksis til nå vært å tolke vilkårene i disse to bestemmelsene likt. Dommen går altså bort fra dette utgangspunkt og gir anvisning på to forskjellige vurderinger, noe som i så fall endrer rettstilstanden på vederlagsrettens område. Det er tydelig at EU-domstolen helt bevisst skaper ny rett, ettersom de konsekvent sammenligner de to direktivbestemmelsene. Det er med andre ord ingen tilfeldighet at de fremhever dette nye momentet, og retten tar tydelig stilling til situasjonen på tross av at de befinner seg i yttergrensene på vederlagsrettens område.

Grunnlaget for å hevde at begrepet i de to bestemmelsene ikke skal tolkes likt finner retten blant annet i formålet bak bestemmelsene. Artikkel 3 anses som en preventiv rett for opphavsmannen, som gir mulighet til å forby visse former for offentlig kommunikasjon. Artikkel 8 er på sin side av kompensierende art, og kommer først til anvendelse når lydopptaket kommuniseres eller allerede er kommunisert til offentligheten. Dommen understreker at man må foreta en individuell vurdering av hvorvidt det er skjedd en kommunikasjon til

¹⁶⁰ Nå: Rdir. 2006/115 EC, hensett til tidspunktet for de faktiske omstendigheter i saken kommer imidlertid 92/100 til anvendelse.

¹⁶¹ Premiss 74

offentligheten etter artikkel 8. Videre peker retten på ulike kriterier som har utviklet seg gjennom rettspraksis og som skal vektlegges i vurderingen.¹⁶²

EU-domstolen understreker videre at artikkel 8 er en rett av fortrinnsvis økonomisk art, og nettopp det økonomiske aspektet er et sentralt moment i dommen. I premiss 88 henviser retten til domstolens uttalelser i saken *Football Association Premier League m.fl v. QC Leisure m. fl.*¹⁶³ Her la retten vekt på at det i relasjon til artikkel 3, første ledd, i direktiv 2001/29 ikke er uten relevans om «kommunikasjon» skjedde med vinning for øyet. Retten presiserer i *Tannlegemusikk* at dette i enda større grad må gjelde vederlagsretten i artikkel 8, annet ledd, i direktiv 92/100, ettersom denne bestemmelsen er av økonomiske art.

I premiss 97-99 slår retten fast at den utbredelse av fonogrammer tannlegen står for ikke kan sies å påvirke tannlegens inntekt, ettersom han verken kan forvente en stigning i pasientkretsen, eller ta høyere pris for sine tjenester som følge av bakgrunnsmusikken. Utbredelsen kan dermed ikke sies å skje med vinning for øyet. Det er derimot tilfeldig og uavhengig av pasientenes ønsker at de får gratis adgang til lydopptak, og de er under disse omstendigheter ikke «mottakelig» for utbredelsen. På denne bakgrunn finner retten at tannlegen ikke foretar «communication to the public» som omfattes av artikkel 8, annet ledd, i direktiv 92/100 og at han er dermed ikke er vederlagspliktig.

Tannlegemusikk dommen åpner som vist ovenfor for ulik tolkning av vilkårene i henholdsvis eneretten og vederlagsretten. Videre etableres økonomisk gevinst som et avgjørende moment ved vurderingen av om avspillingen er vederlagspliktig. På denne bakgrunn kan man også utlede et solid grunnlag i dommen for ulik vurdering av første og annen gangs fremføring idet det er klart at kringkasterens vederlagsplikt ikke er omstridt. Tema for tvisten er den økonomiske verdien av tannlegens videreformidling av denne. Altså er det ikke

¹⁶² Premiss 82 flg.

¹⁶³ Sak C-403/08

lenger tilstrekkelig å slå fast at sendingen når ut til et nytt publikum, det må i tillegg utgjøre en økonomisk gevinst hos den som gjør sendingen tilgjengelig for disse.

Dette er nye toner fra Luxembourg og, som den danske professor Jens Schovsbo påpeker, føyer dommen seg inn i rekken av avgjørelser i den senere tid som kan sies å markere en kursendring, hvor økonomisk effekt og konkrete vurderinger prioriteres foran de tradisjonelle opphavsrettslige prinsipper.¹⁶⁴ I tillegg til Tannlegemusikk hvor fremføringsretten var under prøving, la domstolen i Donner-saken¹⁶⁵ og UsedSoft-saken¹⁶⁶ om henholdsvis spredningsretten og konsumpsjon, vekt på en avbalansering av økonomiske interesser. Spørsmålet er om det er tilstrekkelig grunnlag for å hevde, som Schovsbo gjør, at et paradigmeskifte er på gang på opphavsrettens område. Det synes i alle fall som om man kan spore en grunnleggende endring i vektleggingen av økonomisk gevinst, som vil få betydning for vederlagsrettens fremtid.

4.1.3 En alternativ løsning

Leser man i kommentarfeltet til nettaviser etter oppslag om den tidligere omhandlede Leiebilsaken, er det mange som gir uttrykk for at de finner den «dobbelte» betalingen Gramo håndhever urimelig.¹⁶⁷ Folk flest har liten forståelse for at lovtolkningen åpner for en rett til vederlag både fra kringkaster og fra den som viderebringer kringkastingssendingene, for eksempel i en leiebil. Dette kan tyde på at avstanden mellom norm og lovens bokstav har blitt stor. Fremføringen knytter seg til én og samme utnyttelse av lydopptaket, men gir rett til vederlag to ganger. Er dette rimelig?

¹⁶⁴ Schovsbo. Foredrag se www.opphavsrettsforeningen.no (april 2013)

¹⁶⁵ Sak C-5/11

¹⁶⁶ Sak C-128/11

¹⁶⁷ Amundsen, 2012. Aftenpostens internettutgave ([aftenposten.no](http://www.aftenposten.no))

<http://www.aftenposten.no/digital/Radiolytting-kan-gi-dyrere-leiebil-7032053.html> (april 2013)

Jeg mener gode grunner kan tale for en mer metodisk tilnærming til spørsmålet om vederlagsrett for fornyet fremføring, og at dette vil resonnerer hos folk. Tannlegemusikk danner, som jeg var inne på ovenfor, et solid grunnlag for å vurdere primær- og sekundærfremføringer ulikt ved utmålingen av vederlaget.

Utgangspunktet må tas i begrunnelsen for vederlagsretten ved fornyet fremføring. Lovgiver har begrunnet dette med at fremføringen når ut til et «nytt publikum». Det er fremdeles et viktig moment, men ettersom vederlagsretten skal være en rettfærdig kompensasjon for den økonomiske nytte andre kan dra ved å bruke lydopptakene offentlig mener jeg det avgjørende for vurderingen må være hva slags økonomisk verdi musikken har i sekundærfremføringen. Det kan neppe sies å være den samme for de ulike virksomheter.

For kringkaster er det klart at den økonomiske verdien ved å kunne tilby musikk til sine lyttere er stor, det er et grunnleggende element i sendingene som en del av det underholdningstilbud de ønsker å være. Dersom den økonomiske verdien ved sekundærfremføringen derimot er ubetydelig, som for eksempel i leiebilselskapenes situasjon, bør den ses bort fra og med grunnlag i hensynet til fornuft og rimelighet ikke gi krav på vederlag. Jeg mener altså, i likhet med dommerne i Tannlegemusikk at den økonomiske verdi av å tilby musikk bør tillegges avgjørende vekt ved vurderingen av hvorvidt man befinner seg innenfor vederlagsrettens yttergrenser.

Skulle man imidlertid komme til at den økonomiske verdi av bruken for leiebilene er av en viss størrelse, og vederlagsplikten utløses er det likevel klart at den økonomiske verdi ikke vil være like stor som for kringkasterne. Det følger av at formålet bak leiebilselskapenes virksomhet ikke er å tilby musikk, men derimot å tilby biler for utleie. Vederlaget bør i så fall fastsettes skjønnsmessig og vurderingstema for fastsettingen bør da være hvor fremtredende element musikken er, i form av økonomisk «effekt». En fornuftig tilnærming vil være å foreta en så konkret prøving av den økonomiske nytteverdien som mulig, og på den måte utmåle vederlagskrav som er tilpasset den verdi musikkfremføringen faktisk har.

Det foretas i dag en fastsetting av vederlaget med forskjellige satser for de ulike bransjer, men spørsmålet er hvorvidt den økonomiske nytteverdien av fremføringen er blant parametrene som ligger til grunn for beregningen av vederlaget. For majoriteten av brukere fastsettes vederlaget på bakgrunn av kvadratmeter i lokalet hvor fremføring skjer og antall åpningsdager per år.¹⁶⁸ Dette gjelder butikker, frisører, serveringssteder og lignende. Andre brukersteder som treningsentre betaler en sats per treningstime, og teatre betaler per forestilling.

Det er, i tråd med rettstilstanden før Tannlegemusikk, per i dag ikke avgjørende for Gramo at musikkbruken gir en økonomisk fordel, det er selve fremføringen som utløser vederlagsplikten. Det er imidlertid sånn at kommersiell utnytting av lydopptak gjerne øker vederlaget og i praksis differensieres vederlaget prismessig for de ulike brukergrupper avhengig av hvorvidt musikken er fremtredende og bærende for virksomheten, eller mer å anse som bakgrunnsmusikk.¹⁶⁹ For eksempel vil vederlaget for en restaurant på 50 kvm, som benytter seg av bakgrunnsmusikk i sine lokaler, ligge på 7, 17 kr. per dag. Til sammenligning vil vederlaget for en bar eller et diskotek på samme størrelse, hvor musikken er et fremtredende element, være 71,72 kr dagen.¹⁷⁰ For de kommersielle radiokanalene er inntektene en del av beregningsgrunnlaget.

Gramo skriver på sine nettsider: «Du tjener på musikk, både på kort og lengre sikt. Da er det rett og rimelig at musikere og produsenter også får sin rettmessige andel. Det sørger Gramo for». Vederlagsbyrået begrunner altså sin rett til å kreve inn vederlag nettopp i den økonomiske gevinst musikken har for brukeren, men mener samtidig at det ikke kan være et avgjørende moment ved avgjørelsen av hvorvidt det skal kreves vederlag, eller ved fastsettelsen av det eventuelle vederlaget.

¹⁶⁸ Informasjon innhentet fra Gramo.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

Etter min vurdering har vederlagsrettens anvendelsesområde blitt strukket for vidt og omfatter grensetilfeller som ikke hører hjemme under § 45b. Et vilkår om økonomisk gevinst hos musikkbrukeren bør ligge til grunn for å kunne kreve vederlag for bruken, ettersom vederlagsretten er en rett av fortrinnsvis økonomisk art. Der økonomisk nytteverdi hos brukeren ikke eksisterer eller er ubetydelig bør vederlagsretten ikke komme til anvendelse, og situasjonen ikke omfattes av § 45b.

Videre mener jeg at der man har kommet til at bruken utløser vederlagsplikt, må man ved fastsettelse av vederlagets størrelse ha den økonomiske nytteverdi hos brukeren som fast del av beregningsgrunnlaget. En måte å få til dette på kan være å endre dagens ensidige og skjematiske beregningsmetode og gå over til en mer forhandlingsbasert ordning for fastsettelse. På denne måten ville den reelle økonomiske verdien av bruken lettere fastsettes, det ville føles rimeligere og ivaretatt både omdømme- og rettferdighetshensynet i større grad. Ved uenighet vil Vederlagsnemnda fremdeles kunne bistå.

5 Litteraturliste

5.1 Litteratur

5.1.1 Bøker

Karnell, Gunnar. *Karnell om opphovsrätt*. Stockholm, 1990.

Knoph, Ragnar. *Åndsretten*. Oslo, 1936.

Rognstad, Ole Andreas. *Opphavsrett*. Oslo, 2009.

Rothe, Bendt. *Ophavsrettens Stedbørn*. København, 1987.

Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*. 4.utg. København, 2008.

Schønning, Peter og Jørgen Blomqvist. *International ophavsret*. København, 2011.

Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier. *Immaterialret*. København, 2008.

Weincke, Willi. *Ophavsret. Reglerne, baggrunden, fremtiden*. København, 1976.

5.1.2 Artikler

Tidskriftartikler

Tøien, Irina Eidsvold. *Utøvende kunstneres direkteoverføringer på internett. Med hovedvekt på kringakstingsbegrepet*. I: Complex bind 4 (2002).

Øvrebø, Olav Anders. *Vil redde opphavsretten med reform*. I: Mandag morgen nr. 30 (2012)

Elektroniske artikler

Amundsen, Geir: *Radiolytting kan gi dyrere leiebil*. Aftenpostens internettutgave (aftenposten.no) oktober 2012. Tilgjengelig på:

<http://www.aftenposten.no/digital/Radiolytting-kan-gi-dyrere-leiebil-7032053.html> (april 2013)

Hugenholtz, P. Bernt m. fl.: *The Recasting of Copyright and Related Rights for the Knowledge Economy*. Institute for Information Law, University of Amsterdam. November 2006. Tilgjengelig på:

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf (april 2013)

5.2 Lovgivning

5.2.1 Norske lover

- | | |
|------|--|
| 1930 | Tidligere Åndsverklov, av 6. juni 1930 |
| 1956 | Lov om offentlig avgift på offentlig framføring av utøvende kunstners prestasjoner m.v.(fondsloven) av 14. desember 1956 nr. 4 |
| 1961 | Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2 |
| 1992 | Lov om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester (kringkastingsloven) av 4. desember 1992 nr. 127 |

5.2.2 Utenlandske lover

- | | |
|------|---|
| 2008 | Lov om opphavsret. Lovbekendtgørelse nr. 587 af 20.juni 2008 (Ophavsretsloven), Danmark |
|------|---|

5.2.3 Forskrifter

2001 Forskrift 21. desember 2001 nr. 1563 til åndsverkloven

5.3 Traktater

Bernkonvensjonen Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

Bern, 9. september, 1886.

Romakonvensjonen International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations.

Roma, 26. oktober, 1961.

WCT WIPO Copyright Treaty.

Geneve, 20. desember, 1996.

WPPT WIPO Performances and Phonograms Treaty.

Geneve, 20. desember, 1996.

5.4 EU-direktiver

EP/Rdir 2001/29/EF Europa-parlamentets og rådets direktiv 2001/29 EF af 22. mai 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.

EP/Rdir1992/100/EØF Rådets direktiv 92/100 EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuell ejendomsret.

EP/Rdir 2006/115/EF Europa-parlamentets og rådets direktiv 2006/115/EF av 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuell ejendomsret.(kodificeret udgave)

EP/Rdir 2011/77/EU Amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights

5.5 Forarbejder

5.5.1 Norske forarbejder

Innst.O. Nr. 67(1999-2000) Om lov om endringer i åndsverkloven og lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v.

NOU 1985:30 Betaling for sekundærbruk av utøvende kunstneres prestasjoner.

Ot.prp. nr. 10 (1956) Lov om avgift på offentlig fremføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v.

Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Opphavsrett til åndsverk

Ot.prp. nr. 36 (1988-1989) Sekundærbruk av utøvende kunstneres prestasjoner.

Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m

Ot.prp. nr. 15(1999-2000) Om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v.

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

5.5.2 Utenlandske forarbeider

SOU 1956:25 Opphuvsmannarätt till litterära och konstnerliga verk.
Stockholm, 1956.

5.6 Rettspraksis

5.6.1 Norsk rettspraksis

Rt.1953 s. 633 Bedriftsmusikk

Rt. 1964 s. 782 Jukeboks

Rt. 1970 s. 1172 Roys Place

Rt. 1995 s. 35 Piratkort

Rt. 2005 s. 41 Napster

TAHER-2012-73209 Leiebilsaken

Vedtak Kabeltvistnemnda, 20. mars 1987. Medlemmer nemnda: professor Birger Stuevold Lassen (formann), advokat Gro Hillestad Thune, og rektor Victor Hellern.

Referert NIR 1989 s. 369 flg.

Voldgiftsdom, 10. april 1987. Voldgiftsdommer: Birger Stuevold Lassen
(Se også dommen delvis referert i NIR 1989 s. 373)

5.6.2 Utenlandsk rettspraksis

Danmark

UfR 1999 s. 2011 Ungdomsklubb

| | |
|------------------|--|
| UfR 2004 s. 2134 | Gymnastikforeninger |
| UfR 2007 s. 1581 | Søppelbildommen |
| Sverige | |
| NIR 1980/258 | Mornington |
| Finland | |
| NIR 2002 s. 428 | Hotell-TV |
| NIR 2003 s. 161 | Taximusikk |
| EU-domstolen | |
| Sak C-135/10 | Società Consortile Fonografici (SCF) v. Marco Del Corso (Tannlegemusikk) |
| Sak C-306/05 | Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v. Rafael Hoteles (Rafael Hoteles) |
| Sak C -192/04 | Lagerdère Active Broadcast v. Société Pour la Perception de la Rémunération Équitable (SPRE), and Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten MBH (GVL) (Lagerdère) |
| Sak C -245/00 | Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten(SENA) v. Nederlandse Omroep Stichting (NOS). |

| | |
|--------------|---|
| Sak C-5/11 | Criminal proceedings against Titus Alexander Jochen Donner (Donner) |
| Sak C-128/11 | UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp. (UsedSoft) |
| Sak C-403/08 | Football Association Premier League m.fl v. QC Leisure m. fl. |

5.7 Nettressurser

| | |
|---|---|
| Bjelke Sr., Harald. | Kommentar til fondsloven. Gyldendal Rettsdata (april 2013) |
| Fond for utøvende kunstnere (ffuk.no) «Om FFUK» | |
| Tilgjengelig på: | http://www.ffuk.no/om-ffuk.70865.no.html (april 2013) |
| Gramex (gramex.dk) | «Om Gramex» |
| Tilgjengelig på: | http://www.gramex.dk/Om.aspx (april 2013) |
| Gramo | www.gramo.no (april 2013) |
| Norwaco | www.norwaco.no (april 2013) |
| NRK (nrk.no) | http://nrkbeta.no/2011/12/15/platebransjen-bruddet-mellom-nrk-og-ifpi/ (april 2013). |
| Schovsbo, Jens | Foredrag: Betydningen av EU-domstolens avgjørelser på norsk rett – kursendring på gang? |
| Tilgjengelig på: | www.opphavsrettsforeningen.no (april 2013) |
| Wikipedia (wikipedia.no) | http://no.wikipedia.org/wiki/Streaming (april 2013) |