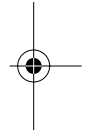
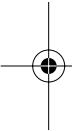




Complex 4/2002

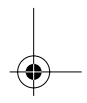
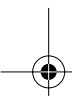
Irina Eidsvold Tøien

**UTØVENDE KUNSTNERES
DIREKTEOVERFØRINGER
PÅ INTERNETT**



– MED HOVEDVEKT PÅ KRINGKASTINGSBEGREPET

Institutt for rettsinformatikk
Postboks 6706 St Olavs plass
0130 Oslo

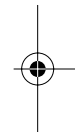
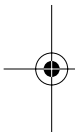




Henveldeiser om denne bok kan gjøres til:

Institutt for rettsinformatikk
Postboks 6706 St. Olavs plass
0130 Oslo
Tlf. 22 85 01 01
www.jus.uio.no/iri/

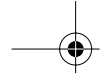
ISBN 82-7226-053-0
ISSN 0806-1912



Utgitt i samarbeid med Unipub Forlag
Denne boken går inn i universitets- og høyskolerådets skriftserie
Trykk: GCSM AS
Omslagsdesign Kitty Ensby

Institutt for rettsinformatikk's utgivelser i sekriftserien Complex er støttet av:
Advokatfirmaet Selmer DA
Wikborg Rein & Co
Lovdata





FORORD

Først og fremst vil jeg takke Beate Jacobsen og Andreas Galtung som gav meg tips om – og innpass til Instituttet. Derneft vil jeg takke Jon Bing som i perioden var instituttbestyrer og som med sin menneskelige varme og faglige dyktighet initierer en atmosfære til berikelse for alle som befinner seg innenfor hans kontrollsfære. Instituttet har et unikt klima, hvor juss, kreativitet, markedsorientetheit og åpenhet lever i skjønn forening og gjør stedet til en forbilledlig arbeidsplass

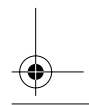
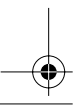
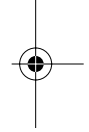
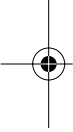
Jeg vil også rette en varm takk til min energiske og meget dyktige veileder Ellen-Kathrine Thrap Meyer (Jon Bing var co-veileder og sørget for en kontinuerlig, faglig dialog). Meyer var en våken vokter av arbeidsprosessen og lærte meg mye juridisk metode.

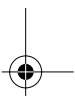
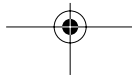
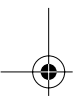
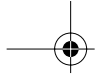
Til slutt vil jeg takke mine tre barn og mann som tålte fraværet - fysisk og mentalt, og særlig Per for hans kontinuerlig backing av mine faglige krumspring og fremstøt. Turid må og få en takk, for å ha vært en intellektuell inspirasjon hele livet.

Avhandlingen ble til i en periode jeg var vit. ass på Institutt for rettsinformatikk. Den ble levert som spesilfagsoppgave til 5. avdeling høsten 2000.

September 2002

Irina Eidsvold Tøien

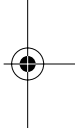
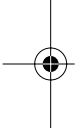


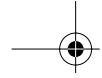




INNHOOLD

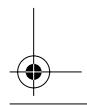
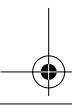
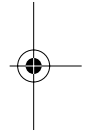
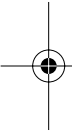
1 Innledning	7
1.1 Om utøvende kunstnere	7
1.1.1 <i>Bakgrunnen for vernet i åndsverkloven</i>	7
1.1.2 <i>Hensynet bak regelen</i>	13
1.2 Oppgavens avgrensning og begrunnelse	14
1.3 Om rettskildesituasjonen	15
2 Åndsverklovens § 42, 1. ledd	21
2.1 Hvem tilkommer rettighetene etter § 42?	21
2.1.1 <i>Profesjonskrav?</i>	21
2.1.2 <i>Kvalitetskrav?</i>	28
2.2 Hva er vernet?	30
2.2.1 <i>Krav til fremføringen?</i>	30
2.2.2 <i>Rettspolitisk vurdering av artskravet</i>	37
2.2.3 <i>Fremføring av verk</i>	37
2.2.4 <i>Vernetidens lengde</i>	38
2.3 En kritikk av utøverbegrepet	38
3 Vernets innhold	43
3.1 Eksemplarframstilling av fremføringen	44
3.1.1 <i>Filmbegrepet</i>	46
3.1.2 <i>Opptak til andre lagringsmedier</i>	50
3.2 Eksemplarframstilling og Internett	51
3.2.1 <i>Teknisk beskrivelse av prosessen</i>	52
3.2.2 <i>Problemstillingene som vil bli behandlet</i>	53
3.2.3 <i>Eksemplarframstilling, nedlasting</i>	55
3.2.4 <i>Er midlertidig lagring i RAM eksemplarframstilling i åndsverklovens forstand?</i>	56
3.2.5 <i>Rettspolitisk vurdering av midlertidig eksemplarframstilling</i>	66
3.3 § 42 og lånerregelen i §12 67	
3.3.1 <i>Er lånerregelen i § 12 innenfor avhandlingens ramme?</i>	67
3.3.2 <i>Representerer nedlasting fra Internett et brudd på lånerregelen i § 12?</i>	69
3.3.3 <i>Rettspolitiske betraktninger av lånerregelen i § 12</i>	74
3.4 Tilgjengeligjøring for allmennheten	76
3.4.1 <i>Om systematiseringen av framstillingen</i>	76
3.4.2 <i>§ 42, 1. ledd c</i>	76

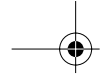




8 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

4	Kringkasting.....	81
4.1	Litt om kringkasting som medium.	81
4.1.1	<i>Presisering av problemstillingen.</i>	83
4.2	Sammenfallende kringkastingsbegrep?	107
4.2.1	<i>Kringkastingsbegrepet i åndsverkloven</i>	115
4.3	Er internettoverføring «kringkasting»?	122
4.4	Litt om Internett som medium	122
4.4.1	<i>Internett og åndsverklovens § 42, 1. ledd b.</i>	124
5	Noen betraktninger	135
5.1	Konsekvenser	137
6	Kilder	139
6.1	Norske forarbeider	139
6.2	Svenske forarbeider	140
6.3	Danske forarbeider	140
6.4	Norsk rettspraksis	140
6.5	Svenske høyesterettsdommer	140
6.6	Litteraturliste	141





1 INNLEDNING

1.1 Om utøvende kunstnere

1.1.1 Bakgrunnen for vernet i åndsverkloven

En forfatter rundt århundreskiftet beskrev utøverprestasjonen som «... en tonekunstners gjerning vil være som skrift i sand, et vindstøt sletter den ut».¹ Henrik Wergeland derimot har karakterisert virkningen av et dikt som en perle som vil smykke hans ånds diadem. Uansett syn på varighet av en utøverprestasjon, representerte musikere, skuespillere og andre eksekutører øyeblikkets kunst. Du måtte være der for å få opplevelsen.

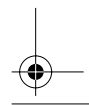
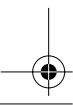
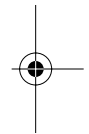
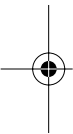
Den tekniske utvikling muliggjorde at opplevelsen kunne flyttes fra nærvær med den utøvende, til nærvær med et opptak. Gjennom oppfinnelsen av lydbåndopptaker, grammofon, kringkasting og televisjon kunne prestasjoner fikseres og gjentas praktisk talt et ubegrenset antall ganger. Dette muliggjorde fikseringen av øyeblikket. Konserten kunne tas opp på et lydbånd og gjennom kjøp av kassetten, nytes hjemme, om man ville. Teatret ble forflyttet til televisjonsapparatet; suksessforestillinger kunne opptas på film og vises til en engere krets i private omgivelser, eller via fjernsyn til en offentlig forsamling på et annet sted enn i teatret. Dette muliggjorde også fremførelser for dem som aldri gikk i teater eller på konserter, som enten på grunn av geografiske eller sosiale barrierer aldri ville ha overværet en forestilling. Utviklingen representerte altså både en forandring i forhold til tilgjengelighet for publikum, samtidig som den påvirket den utøvenes mulighet for kontroll med selve fremføringen.

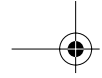
De utøvenes situasjon ble radikalt forandret og gav dem et økt behov for vern. Dette er hovedbegrunnelsen for bestemmelsene om vern av den utøvenes fremføring i åndsverklovens kapittel 5.

Økt publikumspotensial

Det var likevel få norske kunstnere som fikk verdensberømmelse den gang, selv om eksponeringsmuligheten økte med antall plater som ble trykket opp eller antall tilhørere foran et radioapparat eller i en kinosal. For noen utøvere i dag derimot, har de tekniske mulighetene medført verdensberømmelse gjennom overføringene av fremføringene deres til lagringsmedier som cd-er, musikkvideoer og etter hvert digitaliserte filer tilgjengelig på Internett. Utøvere som Sissel Kyrkjebø, Leif Ove Andsnæs og Morten Harket har fått verdensrenommé. De ville ikke hatt samme nedslagsfelt om de hadde utøvet sine talenter

1. Ot. prp. nr.10, 1956, forarbeid til fondsloven. V.H. Siewers karakteristik av en pianist.





8 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

i Grieghallen i Bergen eller på kulturhuset i Asker. Et sitat fra forarbeider illustrerer situasjonen: «Til dels har utvilsomt den tekniske utviklingen skapt nye sysselsettingsmuligheter for norske utøvende kunstnere. Særlig innen populærmusikken synes teknikken å ha gitt muligheter for et levebrød for atskillige kunstnere, som kanskje ikke kunne ha levet av sin kunst under andre forhold. Fjernsynet har skapt beskjeftigelse for skuespillere...Samsendinger med andre land har gitt økte inntekter for de medvirkende. Dessuten har tilfanget av innspillinger med norske utøvende kunstnere økt vesentlig...».²

Digitaliseringen og Internett har akselerert denne tendensen. Effekten av lagringsmuligheten, distribusjon over Internettet og kopieringsteknikk med samme kvalitetsnivå som originalen, har medført en utvikling til en dimensjon vi foreløpig bare aner konturene av. Lytter- og seermarkedet er «uendelige», samtidig er distribusjonshastigheten og kostnadene minimale. Utøverprestasjonene står foran en ny æra.

Utviklingen har også ført med seg ringvirkninger av utøverprestasjonene for apparatet rundt. Nyere beregninger viser at den moderne opphavsretten kontrollerer vesentlige deler av ervervslivet, og at i samfunnshusholdningen må den rangeres på linje med de store industrigrener.³ Undersøkelser fra USA har vist at økonomiske oppgjør over opphavsrettens betydning bringer den på linje med bilindustrien.⁴

Det er liten tvil om at utøverprestasjonene i filmer, musikk, videoer og etter hvert gjennom digital teknologi, er av vesentlig betydning for verdien av disse produktene. Man kjøper en cd med innspillinger av Miles Davies eller ser en film med Donald Sutherland. De utøvende blir et slags garantistempel for kvaliteten.

Økt behov for vern

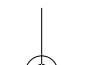
Utviklingen innebar samtidig en trussel for de utøvende. Levende fremføringer ble erstattet med innspillinger. De utøvende mistet mange av sine engasjementer. Fra stumfilmens tid til talefilmen og lydbåndoppfinnelsen, ble store deler av musikerstanden arbeidsløse (ca 40 %). I stedet for at musikeren hadde engasjement som akkompagnatør til en stumfilmsfremføring, ble filmer vist til akkompagnement av opptak med musikere.⁵ Man trengte heller ikke så mye musikk i filmene som før, fordi man hadde tale. For skuespillerne fikk også den nye teknologien store konsekvenser. Tall fra Frankrike viser at skue-

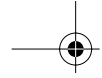
2. NOU 1985:30, s. 40 om «Betaling for sekundærbruk av utøvende kunstners prestasjoner»

3. Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret, s. 24

4. Chip, Yale L.J. 1978/125, og senere undersøkelser viser enda høyere tall (2% av bruttonasjonalproduktet i Storbritannia)

5. NOU 1985:30, s. 10 om «Betaling for sekundærbruk av utøvende kunstners prestasjoner»





1 Innledning 9

spillerstanden ble redusert fra 60 000 i 1936 til 15 000 i 1978. (Tallene er hentet fra International Labour Organisation (ILO)).⁶

Lagringsmuligheten og kopieringsteknikken økte kunstnerens behov for vern. Kunstneren fikk behov for å kunne følge sin prestasjon videre i det den kunne fortsette sin vei uten han. Fikseringen gav også kunstneren et fysisk medium å knytte rettsbeskyttelsen til. Det immaterielle kunne materialiseres i en film eller på et bånd. «*I tidligere tider ga den utøvende kunstner sin konsert eller forestilling og fikk sitt honorar av et publikum, eller av sin oppdragsgiver og dermed var forholdet mellom dem opp- og avgjort. Noen spesiell rettsbeskyttelse var det ikke behov for i disse enkle kontraktforhold.*»⁷

Utviklingen hadde medført en enorm økning i publikumspotensial.⁸ Så sant de utøvende kunne sikre seg vederlag for bruken, ville teknologien komme dem til gode. Avtaler mellom for eksempel kringkastingsselskaper, gramofonindustrien og de utøvende hadde hittil regulert markedet. Men de utøvende kunstnerne⁹ var ikke tilfreds med dette fordi styrkeforholdet mellom partene resulterte i kontrakter som eksempel ikke sikret de utøvende «delaktighet i en eventuell suksess». ¹⁰ Utbyttet ble ikke basert på antall solgte kopier, men på et engangsvederlag uavhengig av omsetning. De som hadde del i den skapende prosessen mistet kontrollen over produktet så snart det var på markedet, slik at andre som ikke sto i en tilsvarende forbindelse med det, kunne dra økonomiske fordeler av det.¹¹

Før 1950 hadde det vært vanskelig å få enighet på lovgivningsplan, blant annet fordi teknologien var uoverskuelig. Man hadde problemer med å se hvilke konsekvenser dette ville få for kunstnerne: «*Når lovgivningen stort sett i alle land er taus omkring dette spørsmålet, skyldes det vel først og fremst at man har hatt vanskelig for å overskue rekkevidden av de nye tekniske oppfinnelser og bruken av dem ville få for de utøvende kunstnere, men dernest er det grunn til å nevne at det lovteknisk har vært vanskelig med den systematiske innpassing av slike bestemmelser, og at det har vært og er delte meninger om, hvilket innhold bestemmelsene skulle ha.*»¹² Dette ligner for så vidt situasjonen i dag, hvor lovgivningsorganene vegrer seg for å regulere fenomenene for å avvente blant annet utviklingen av Internett.

6. Danske forarbeider, betænkning nr 962/ 1987, s. 18

7. Ot. prp. nr.26, 1959-60, s. 84 lov om opphavsrett til åndsverk

8. Ot. prp. nr 26, 1959-60, s. 85 lov om opphavsrett til åndsverk

9. Ot. prp. nr 26, 1959-60, s. 85 lov om opphavsrett til åndsverk

10. Ot. prp. nr 26, 1959-60, s. 85 lov om opphavsrett til åndsverk

11. Som et eksempel på ubalansen kan nevnes at *platefabrikantene* hadde opphavsrett til fremføringer som var overført til tekniske innretninger. Dette fulgte av en lov av 25. juli 1910. Dette gikk man imidlertid bort i fra i Opphavsretsloven av 1930.

12. Ot. prp. nr 26, 1959-60, s. 85 lov om opphavsrett til åndsverk



10 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

Den historiske utvikling av loven.

I 1930-årene gjorde det seg gjeldende en sterk interesse i de nordiske land for de spørsmål som knyttet seg til åndsverklovgivningen, fordi en rekke nye spørsmål var blitt aktuelle for opphavsmennene og de utøvende på grunn av den tekniske utviklingen. I en bok om eiendomsretten som kom ut i 1929-30, gjorde den danske professor Vinding Kruse seg til talsmann for at man skulle se på opphavsretten som en type eiendomsrett, en åndelig eiendomsrett. Dette var helt nye tanker i Norden. Tankene skapte stor interesse i kunstnerkretser. Det ble nedsatt et utvalg i Danmark med Vinding Kruse som formann, som la frem et privat lovforslag basert på disse synspunktene. Utkastet ble lagt frem i 1936 og 29 kunstnerorganisasjoner sluttet seg til.

Fra Stockholm ble det fra forfatterrådet, basert på det arbeidet som var påbegynt i Danmark, tatt initiativ til å gjøre en henvendelse til alle de nordiske regjeringer med en henstilling om å få i stand en ensartet forfatterlovgivning. I begynnelsen av 1938 innbød så den svenske regjeringen til et møte med delegerte fra de nordiske landene, med tanke på å utarbeide et felles lovforslag om forfatter- og kunstnerrett. Professor Ragnar Knoph var første, norske delegerte. På grunn av krigen gikk utviklingen av lovsamarbeidet tregere enn forventet, men i 1950 la de delegerte i Norge frem sin første innstilling: «*Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk*», som ble sendt til høring hos kunstnerorganisasjonene. Det ble under utviklingen av loven tatt avstand fra å klassifisere åndsretten som en eiendomsrett. Man valgte heller en enerettsstruktur, som gav opphavsmannen rett til visse måter å utnytte verket på.¹³

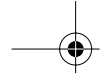
Innstillingens bestemmelser i forhold til de utøvende kunstnerene, møtte motbør også i det kulturelle miljøet, bla fra musikerforbundet som var imot subjektive vederlag til de utøvende. De ville ha kollektive vederlag basert på en avgift for hver offentlig fremføring av musikk. Dette resulterte også i et privat lovforslag fremsatt av musikerforbundets formann, Rolf Gammeleng, lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstners prestasjoner m. v av 14.12 1956 (vil bli kalt fondsloven fremover i avhandlingen), som etter musikernes skjønn var en langt bedre måte å sikre musikerstanden på.

Det tok tid før utkastet til lov om åndsverk ble vedtatt, blant annet på grunn av den motbør forslaget om utøververn møtte i det interne, kulturelle miljøet. TONO¹⁴ mente det ville være store betenkeligheter med å innføre et vern for de utøvende kunstnerne fordi det ville stå i veien for bruken av verkene. NRK mente det ville medføre store praktiske problemer å måtte inn-

13. Ot. prp. nr 26, 1959-60, s. 6 og 7, lov om opphavsrett til åndsverk

14. TONO er Norsk Komponistforenings Internasjonale Musikkbyrå. Forvaltningsorganet krever inn vederlag på vegne av komponistene.

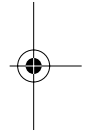
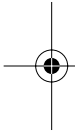




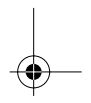
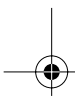
hente så mange samtykker i forbindelse med overføring over eteren. Dessuten ville vederlagene de utøvende hadde krav på, stå i sterkt misforhold til administrasjonsutgiftene forbundet med registrering av bruken av de utøvedes arbeid. TONO hevdet også at den nylig vedtatte fondsloven gav tilstrekkelig vern på området.¹⁵

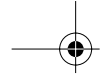
Omsider ble loven vedtatt. Åndsverkloven av 12. mai 1961 avløste Knophloven av 6. juni 1930, men den nye loven representerte ikke vesentlige endringer av rettsstillingen, slik at kilder fra den gamle loven fortsatt har relevans, og hovedlinjene fra Knophloven blir opprettholdt i lov om opphavsrett til åndsverk.¹⁶ Bestemmelsene vedrørende de utøvedes rettigheter ble gitt et snevrere omfang enn det som ble opphavsmennene til del, og regulering av rettighetene i forbindelse med opptaket av fremføringen var (og er delvis ennå) regulert av fondsloven.¹⁷

På midten av 80-tallet forsøkte man å få til endringer av § 42. Det var nedsatt utvalg i de nordiske landene for å tilpasse åndsverkloven til det digitale landskapet.¹⁸ I særdeleshet fikk man fra Danmark sterke signaler om at man anså en utvidelse av utøververnet som ønskelig, slik at det ble overveiet å innlemme de utøvende i opphavsretten, fremfor å gi dem spesialregler i kap.5 (Mogens Koktvedgaard var formann for utvalget). Dette ble begrunnet med at den teknologiske utvikling hadde medført at kontaktpunktet mellom den utøvende og publikum var forskjøvet slik at tangeringen nå skjedde mellom en fiksert gjengivelse av prestasjonen¹⁹ og publikum (f.eks. avspilling av musikk i radio, fra cd-spiller, videofremføringer av film eller musikk, film på kino, film på tv også videre.) Herved var en av de vesentligste forskjellene mellom den utøvende og opphavsmannen (jfr § 4²⁰) utvisket, ble det hevdet.



15. Fondsloven er lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v, av 14. desember 1956 nr 4. Jeg vil kalle loven «fondsloven» videre i avhandlingen.
16. Innst. O. 1960-61, s. 6 forarbeid til lov om opphavsrett
17. Se note 15
18. Initiativet til revisjonen av lovene kom fra Nordisk ministerråd i 1970. Det ble oppnevnt en sammordisk Komité til å utrede spørsmålene. I 1975 ble det nedsatt nasjonale utvalg som skulle arbeide videre med spørsmålene men med sammordiske retningslinjer. Utvalgene ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 21. januar 1977. I Norge ble det nedfelt 6 utvalg som kom med hver sin delinnstilling: NOU 1983:35(Endringer i åndsverkloven), NOU 1985:6(Arbeidstakeres opphavsrett, NOU1986:18 (Opphavsrett og edb),NOU 1987:16 (Fotografretten)NOU 1987:28 (Billedkunst mv), NOU 1988:22 (Endringer i Åndsverkloven).
19. Se betenkning nr.962/1982, s. 34 dansk delinnstilling om «beskyttelse af kunstneriske præstasjoner»
20. Opphavsrett som bearbeider av verket



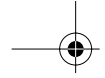


12 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

Subsidiært ble det foreslått at man skulle gå bort fra vilkåret om fremføring av verk og heller innføre et generelt vern for utøvenes prestasjoner. Forsøket strandet imidlertid på motstand fra de andre nordiske landene.²¹ En av begrunnelsene som ble anført, var at man var engstelig for å belegge det opprinnelige verket med utøverrettigheter fordi det ville kunne hemme kreativiteten ved påstander om plagiatkrenkelse. Dessuten ble det anført at bruken av det opprinnelige verket ville kunne hemmes.

De utøvende internasjonale vern springer ut fra Romakonvensjonen. Denne tilsvarer konvensjonen for opphavsmennes beskyttelse, Bernkonvensjonen (BKV)²². Romakonvensjonen ble vedtatt i Roma 26. oktober 1961: «*Den internasjonale konvensjon til vern for de utøvende kunstnere, fremstillere av fonogrammer og kringkastingsvirksomheter*». Konvensjonen bygger dels på prinsippet om nasjonal behandling (alle konvensjonsland blir behandlet etter reglene i Norge, Romk. Art. 2) og reglene om minstevern (nasjonallovgivning kan gi bedre regler enn de har etter konvensjonen, Romk. Art 7 jfr art. 19). Norge var ikke blant de 18 statene som undertegnet traktaten, «*idet Norge på grunn av visse bestemmelser i intern norsk lovgivning ville måtte ta vesentlige reservasjoner, inntil norsk lovgivning var brakt i samsvar med konvensjonen.*»²³ På grunn av usikkerhet i forhold til sekundærrettighetene²⁴ som var regulert i fondsloven,²⁵ ratifiserte imidlertid ikke Norge konvensjonen før i 1978. Konvensjonen er nå vedtatt av 50 stater. USA er ikke medlem. Det blir i regi av World International Intellectual Organization (WIPO) arbeidet med å finne frem til bestemmelser som kan sikre de utøvende på en bedre måte enn Romakonvensjonen gjør. Hittil er medlemslandene kommet frem til et sett regler fra diplomatkonferansen i 1996²⁶ (WPPT, World Performers and Phonogram-Treaty). Det gjenstår fortsatt en god del i forhold til de utøvenes

21. Se Ot. prp. nr 15 1994-95, s.77 om endringer i åndsverkloven mm. Hovedargumentet var at man ikke ønsket et vern som kunne gå på bekostning av vernet til fordel for opphavsmannen. TONO ville ha vederlagsrett for utøverne, men ikke rett til valg på om man vil fremføre eller ikke.
22. Bernkonvensjonen (1886) til beskyttelse av litterære og kunstneriske verker.
23. NOU 1985:30, s. 15 om «Betaling for sekundærbruk av utøvende kunstneres prestasjoner»
24. Sekundærrettighetene er rettighetene knyttet til opptaket. Norske myndigheter var usikre på om det at fondsloven ikke gav subjektive vederlag for offentlig fremføring av opptak var konvensjonsstridig.
25. Fondsloven er lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v, av 14. desember 1956, nr 4
26. WIPO har ca 150 medlemsland (1996) og er et såkalt «specialized agency» under FN, jfr note 212



audiovisuelle rettigheter, som fortsatt mangler vern med internasjonal forankring.²⁷ Dette står imidlertid på WIPOs dagsorden for høsten 2000.

I 1995 ble åndsverkloven vesentlig endret på bakgrunn av at EØS-avtalen og de forpliktelser til å gjennomføre direktiver som avtalen medførte. Bestemmelsen om de utøvende kunstneres rettigheter ble utvidet til også å omfatte spredningsrettigheter,²⁸ samt at direktiver tok høyde for å gjøre reglene i § 42 teknologiavhengig.²⁹ I år 2000 ble rettighetene for de utøvende ytterligere utvidet. Endringene skjedde på grunnlag av vedtakelsen av utleiedirektivet.³⁰ Dette direktivet hadde blant annet som mål å gi de utøvende subjektive vederlag for alle offentlige fremføringer.

De utøvenes rettigheter har mange navn. «Naborettigheter» («fra at de «bor» ved siden av opphavsmennene») er den vanligste betegnelse på rettighetene i doktrinen. Rettighetene kalles også «andre rettigheter» eller «kapittel-5-rettighetene», helt opplagt fordi det er *der* de befinner seg i åndsverkloven. «Droit voisin-rettigheter» (ved-siden-av-rettighetene) heter de i Frankrike og «neighbouring rights» kalles de stort sett i engelskstalende land. «Ophavsrettens stedbørn» er de utøvende blitt betegnet som i dansk juridisk teori.³¹ Om dette er tilfellet vil fremstillingen nedenfor forhåpentligvis bidra til å belyse.

1.1.2 Hensynet bak regelen

Hovedhensynet bak reglene om de utøvenes rettigheter i åndsverklovens § 42, er å sikre den utøvende vederlag for utnyttelsen av hans prestasjon ved opptak eller offentlig fremføring. I noen land ble det i stedet for en vederlagsordning, konstruert en struktur som en slags erstatning for tapt arbeidsinntekt.

Bestemmelsene fungerte samtidig som en anerkjennelse av de utøvende kunstners arbeid som verdifullt på linje med opphavsmennenes frembringelser.

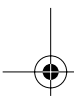
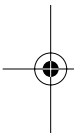
27. WIPO-rapport av 7. juli, 1999. WIPO-rapporten er et ledd i prosessen i forhold til å oppdatere Romakonvensjonen. Her uttaler ILO-representanten at han så det som et strategisk mål at det var «an obvious need for improvement in the protection for performers ... None of the existing international instruments, provided protection of performers in relation to audio-visual productions». Rapporten er vedtatt av komiteen.

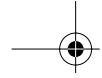
28. Utleiedirektivet, 92/100/EOEF av 19 nov. 1992 art 4, endring i åndsverkloven ved lov 9. januar 1998 nr 4, jfr Ot. prp. nr 80, 1996-97 om endringer i åndsverkloven

29. Ot. prp. nr 15, 1994-95, s.165 om endringer i åndsverkloven mm

30. Forslaget fremgår av Ot. prp. nr 15 1999-2000 om endringer i åndsverkloven mm og er vedtatt med visse endringer. Trer i kraft jan. 2001 Utleiedirektivet, 92/100/EOEF av 19 nov. 1992, artikkel 2

31. Bendt Rothe, Ophavsrettens stedbørn.





14 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

1.2 Oppgavens avgrensning og begrunnelse

Jeg har to hovedinnfallsvinkler for å skrive denne oppgaven: Den ene er at jeg har bakgrunn som skuespiller, med utdannelse fra Statens teaterhøgskole og seks års erfaring med arbeid på scenen. Av den grunn har jeg fått en nærliggende interesse for de utøverrollen, herunder deres rettslige stilling. Det er også skrevet svært lite om *de utøvenes* rettigheter, noe som motiverte meg ytterligere til å forsøke å kartlegge sider av gruppens rettslige posisjon.

Dernest har jeg sett med undring på det nye mediet Internett, som har vokst frem til et verdensomfattende kommunikasjonsmedium. Parret med den utøvenes øyeblikksfremføringer er dette mediet i stand til å forflytte muligheten for opplevelsen av øyeblikket til den minste og fjerneste avkrok i løpet av et tastetrykk. Jeg ble opptatt av å finne ut av om rettighetene gitt de utøvende i åndsverkloven, var anvendelige på dette nye mediet. Nettverkskonvergens³² og distribusjon av prestasjoner via Internett har foranlediget et behov for å se nærmere på utøverreglens anvendelsesområde.

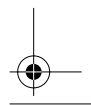
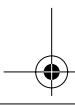
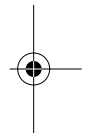
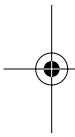
Jeg begynte å skrive denne avhandlingen med det for øyet at jeg ville undersøke hjemmelsgrunnlaget for de utøvenes rettigheter ved bruk av deres prestasjoner på Internett. Jeg ville kartlegge om vernet var tilsvarende godt ved bruk av deres prestasjoner på nettet, som for eksempel ved kringkasting.

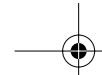
For menigmann er forflytningen av fremføringene fra et nettverk (kringkastingsnett) til et annet (Internett) av underordnet betydning, det vesentlige er å få tilgang på prestasjonen. Det ville også, sett fra et utøverperspektiv, være urimelig hvis den nye distribusjonsmåten av prestasjonen skulle påvirke deres rettslige stilling på noe vis. Det råder usikkerhet – og sikkert også uenighet – om reglene på området.

Jeg har gått skrittvis frem og blitt overrumplet underveis. Under tolkingen av åndsverklovens § 42, som omhandler vernet for de utøvende, fant jeg at det kan se ut som om direkteoverføring av utøvende kunstners prestasjoner over Internett opprettholder karakteren av å være «kringkasting» i åndsverklovens forstand. Det er likevel ingen tvil om at vederlagskrav ved internettoverføringer kan hjemles under § 42, 1. ledd c) om «tilgjengeligjføring med andre tekniske hjelpemidler». Men dette vil antakeligvis gi den utøvende et langt dårligere vern enn § 42, 1. ledd b) om kringkasting borger for.

Dette «funnet» har også styrt oppgavens omfang og fokus. § 42, 1. ledd fremsto som en langt vanskeligere regel å fremstille, med langt flere juridiske uavklarte problemstillinger enn forventet. Jeg hadde intensjoner om å

32. Se nederst på side 9 og note 34. Nettverkskonvergens defineres til «infrastrukturene i prinsippet kan understøtte alle typer digitale informasjons- og kommunikasjonstjenester. Dette bryter med den tradisjonelle situasjonen, der ulike infrastrukturer har vært tilpasset og forbeholdt spesifikke tjenester. Et annet utviklingstrekk er at de fleste distribusjonsnettene bygges ut med returkanaler.





beskrive hele rettighetsstrukturen til de utøvende og har også funnet mange spennende problemstillinger i § 42, 2. ledd, som jeg med tiden kanskje kan gå videre med. Oppgavens omfang har imidlertid tvunget meg til å begrense beskrivelsen av problemstillingene knyttet til 1. ledd i denne omgang.

Konvergens er en teknisk realitet som har medført en aksentuering av de skisserte problemstillinger. Konvergens har ingen entydig betydning,³³ men det offentlige utvalget som ble nedsatt for å se på situasjonen, karakteriserte det som et fremtredende trekk ved konvergensutviklingen at *«sektorgrensene mellom kringkasting, tele og IT blir mindre tydelige. Etter hvert vil utviklingen gå i retning av at disse sektorene beveger seg mot en mer eller mindre tett sammenvevet informasjons- og kommunikasjonssektor. Den teknologiske utviklingen, særlig spredning av digitalteknologien og nye kommunikasjonsprotokoller for Internett, er den viktigste drivkraften bak denne utviklingen.»* Det ble i utvalget identifisert fire dimensjoner med konvergens: Tjenestekonvergens, nettverkskonvergens, terminalkonvergens og markedskonvergens.

Det er i hovedsak nettverkskonvergens som er bakgrunnen for de problemstillingene som oppstår i forhold til de utøvenes direkteoverføringer på Internett. Nettverkskonvergens er karakterisert ved at *«infrastrukturene i prinsippet kan understøtte alle typer digitale informasjons- og kommunikasjonstjenester. Dette bryter med den tradisjonelle situasjonen, der ulike infrastrukturer har vært tilpasset og forbeholdt spesifikke tjenester. Et annet utviklingstrekk er at de fleste distribusjonsnettene bygges ut med returkanaler.»*³⁴ Nettopp denne utviklingen gjør det spennende å se hvilke konsekvenser dette kan ha for utøververnet.

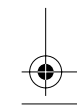
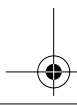
Utviklingen legger et press på reguleringssystemene som er basert på klare og entydige grenser mellom ulike sektorer og ulike medier. En slik sektor er sektor for utøvende kunstnere, som gjennom Internett har fått store muligheter for å formidle sine prestasjoner, men også store utfordringer ved å skulle kontrollere bruken av dem.

1.3 Om rettskildesituasjonen

I oppgaven anvendes vanlig juridisk metode. Dette medfører at ordlyden i § 42, 1. ledd er utgangspunktet for tolkingen. Nedenfor vil jeg gjennomgå de mest sentrale kildene jeg har brukt ved fastleggelsen av reglens innhold.

33. NOU 1999:26, s. 11 Konvergensutredningen

34. NOU 1999:26, s. 11 Konvergensutredningen





16 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

Fra 1939 begynte en samordningsprosess mellom de nordiske landene som hadde som mål å fremskaffe enhetlig lovgivning på opphavsrettens område.³⁵ Dette har man lyktes med i stor utstrekning.³⁶ Det er fortsatt et mål for den lovgivningsprosess som er i gang i forhold til åndsverkloven.³⁷ Konsekvensen er at også rettskilder fra de øvrige nordiske land har relevans i tolkningsprosessen.

Forarbeidene er blitt den mest sentrale kilden for forståelsen av reglene i avhandlingen. Uttalelsene i forarbeidet til åndsverkloven vedrørende utøverbestemmelsene er dessverre ofte knappe og sjelden klargjørende (Ot. prp. nr 26, 1959-60). Men det finnes mye forarbeider, også av senere årgang. Forarbeidet til fondsloven³⁸ er av interesse (Ot. prp. nr 10, 1956). Og etter vedtakelsen av åndsverkloven ble det nedsatt offentlige utvalg,³⁹ som skulle konsekvensutrede virkningene av ny teknologi i forhold til rettighetshaverne i åndsverkloven. Disse forarbeidene har vært av stor interesse. Arbeidet ble gjort parallelt i de nordiske landene, slik at også alle disse delinnstillingene har vært benyttet i arbeidet. Forarbeidene knyttet til kringkastingsloven er blitt meget sentrale i arbeidet (Ot. prp. nr 67, 1978-79).

Et problem i forbindelse med bruken av forarbeidene er at en del av de konkretiserte mediene er foreldet slik at uttalelser vedrørende disse ikke kan brukes direkte. Eksempler på dette er «radioelektrisk» eller «sendinger med tråd».⁴⁰ Dette har gjort det nødvendig å gå tilbake for å finne prinsippene eller hensynene bak reglene for å se om det er noe i veien for at overføringer via nye medier, for eksempel Internett, kan omfattes.

Det er forholdsvis mye rettspraksis vedrørende skjæringspunktet for når en prestasjon anses tilgjengeliggjort for allmennheten (åndsverklovens § 42, 5. ledd jfr § 2, 3. ledd). Forholdsvis mye sier jeg, fordi åndsverkloven generelt har svært lite rettspraksis knyttet til rettsområdet. Opphavsrett representerer i tillegg et rettsområde som sjelden når til Høyesterett.

Også den rettslige behandlingen av problemstillingene innenfor opphavsretten er spesiell. Terminologien er særegen og vurderingene blir en sammenfatning basert på juridiske- og estetiske argumenter:

«Skjønnnet for å avgjøre hvorvidt eneretten er trådt for nære handler om en blandet juridisk/estetisk opplevelse: Juridisk: Å utmåle et beskyttelsesomfang slik at det opphavsrettslige rettsvern blir effektivt,

35. Se for eksempel Inst. O. XI 1960-61, s. 2 forarbeid til opphavsrettsloven

36. Se for eksempel Inst. O. XI 1960-61, s. 2 forarbeid til opphavsrettsloven

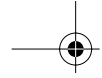
37. Ot. prp. nr 15 1994-1995, s. 8 om «Endringer i åndsverkloven», mm

38. Lov om avgift på offentlig framføring av 14. desember 1956 nr 4

39. Se NOU 1983:35, s. 13 om «Endringer i åndsverkloven». Se note 18

40. Telegraflovens forarbeider og fondslovens forarbeider





uten å hindre andres rimelige krav på utfoldelse. Estetisk: Å blottlegge de verksstrukturer som er egnet til gjenkjenning og anerkjennelse»⁴¹

Det krever spesiell forståelse for skapende arbeid for å trengte inn i materien. Retten lener seg ofte på fagekspertise, som medfører at man får en annen prosess enn ved mindre fagspesifikke saksområder. De få sakkyndige på området går igjen i rettssakene og får derfor stor innflytelse på avgjørelsene.⁴²

Argumentbæreren «*reelle hensyn*» har også vært meget sentral i avhandlingen. Den tekniske utviklingen forandrer stadig realitetene, slik at man må bruke reelle hensyn for å påse at balansen mellom samfunnets og de utøvenes rett opprettholdes,⁴³ noe som i stor grad er blitt satt på prøve i forbindelse med den digitale teknologi. I tillegg er terminologien i loven til tider *konkretisert* til spesifikke medier, noe som gjør det nødvendig å bruke reelle hensyn for å vurdere hvorvidt ordlyden bør tolkes utvidende eller innskrenkende i forhold til å omfatte *et nytt medium* eller ikke.

Det er lite juridisk teori skrevet om åndsverkloven generelt og om § 42 spesielt. Professor Birger Stuevold Lassen skrev imidlertid et doktorgradarbeid i 1970 om § 42. Denne avhandlingen har derfor vært av stor interesse. Det har imidlertid skjedd store endringer i reglene og realitetene reglene skal tolkes i lys av siden 1970.

Utenlandsk teori har også vært sentral for å få forståelse av teknikken og de nye rettslige problemstillinger som har oppstått. Nordisk teori er relevant (Koktvedgaard, Blume, Schönning, Karnell) for å nevne noen. Internasjonal teori har jeg brukt for hovedsakelig for å sette meg inn i teknikken, da utenlandsk teori ellers ikke er relevant (Ron White, *How computers work*).

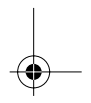
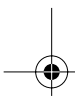
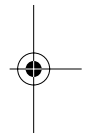
Rettsområdet til de utøvende er i kontinuerlig endring. Dette skyldes blant annet at utøververnet har ligget tilbake i forhold til vernet for opphavsmenn⁴⁴ og fordi ny teknologi har intensivert bruk av utøvende kunstners prestasjoner og økt de politiske kravene til sikring av utøverprestasjoner. Inngåelsen av

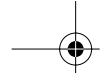
41. Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret, s. 132 og se Lassens avhandling om «Utøvende kunstners prestasjoner» § 8 III 4, s.37

42. Dette synspunktet støttes av Stig Strømholm i Upphovrättens Verksbegrepp (s. 85). Her uttaler han blant annet at når det skal gis lover om det intellektuelle eller «åndelige» området som opphavsretten omfatter, og disse skal legges til grunn for domstolenes avgjørelser, må de i alle fall prøve å finne frem til og definere de «utomrättsliga fakta som är uomgängligen nödvändiga för att begripa rättsområdets speciella karaktär och beskaffenhet».

43. Knophs Åndsretten, s. 124

44. Ot. prp. nr 15 1999-2000, s. 7 om lov om endringer i åndsverkloven og om lov om endringer i lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstners prestasjoner m.v





18 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

EØS-avtalen har dessuten medført krav om harmonisering av beskyttelsesomfanget til et nivå tilsvarende det som eksisterer til fordel for opphavsmennene.⁴⁵

Etter vedtaket av EØS-avtalen er Norge pålagt å innordne seg direktiver vedtatt av EU.⁴⁶ På opphavsrettsområdet er det foreløpig fire direktiver som er vedtatt og som har relevans ved fastleggelsen av rettighetene til de utøvende i § 42.⁴⁷ Utleiedirektivet har vært det mest sentrale direktivet i fastleggelsen av innholdet i § 42, 1. ledd, men også uttalelser i forarbeidene til databasedirektivet har stått sentralt (Ot. prp. nr 85, 1997-98). Implementering av direktiver skjer ved at nasjonalt regelverk tilpasses i den utstrekning det er påkrevet eller ved at direktivet vedtas som lov.

Det som også er spesielt i forhold til rettskildesituasjonen er at den tekniske utviklingen har medført at de øvrige internasjonale fora Norge deltar i (WIPO, GATT⁴⁸) er pålagt endringer for tilpasning til det digitale landskapet. Dessuten er det innenfor IT-rett, av praktiske og retts tekniske årsaker, særlig nødvendig å finne frem til *enhetlige løsninger* på tvers av landegrensene. Det norske lovgivningsarbeidet er derfor avventende i forhold til å vedta bestemmelser, i påvente av utviklingen av teknologien og for å tilpasse lovgivningen til de rettslige signalene på området i resten av verden: «*Departementet må i nær fremtid vurdere de utøvenes rettigheter både i forhold til en ny internasjonal traktat i regi av Verdenskonvensjonen for Intellektuell Eiendomsrett (WIPO) og i forhold til et kommende EU-direktiv på området. Man har derfor også i denne omgang valgt å vente med vurderingen av nevnte enerett for utøvende kunstnere.*»⁴⁹

Direktivet som nevnes i sitatet, er det kommende direktiv om harmonisering av opphavsretten fra EU (EU97/0359 (COD)). Det er ikke sannsynlig at man vil få vesentlige endringer i forhold til det forslaget som nå foreligger, fordi det allerede er vedtatt av Ministerrådet. Direktivet kan likevel ikke på det nåværende tidspunkt (høsten 2000) brukes annet som de lege ferenda-

45. Ot. prp. nr 15 1999-2000, s. 7 om lov om endringer i åndsverkloven mm

46. Forpliktelsen følger av vår tilslutning til EØS-avtalen, samt vedtakelsen av den formelle lov av 27. november 1992 – Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområdet.

47. Datamaskinprogramdirektivet i 1991(91/250/EØF). Utleiedirektivet av 1992 (92/100/EØF). Satelittdirektivet og vernetidsdirektivet av 1993(93/83/EØF og 93/98/EØF) Direktiv 96/9/EF om vern av databaser. Dessuten foreligger det et forslag til harmoniseringsdirektiv for opphavsrettigheter 99/250/EØF som antas vedtatt i løpet av høsten.

48. GATT-avtalen danner grunnlag for internasjonale regler om handel på globalt nivå. GATT er også et globalt forum og et tvisteløsningsorgan. World Trade Organization (WTO) er dannet på basis av GATT-avtalen. Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) er den delen av WTO-avtalen som omhandler opphavsrett. Se note 50? om WIPO

49. Ot. prp. nr 15, side 1999-2000, s. 7 om lov om endringer i åndsverkloven

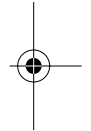




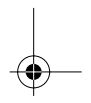
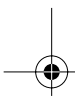
betraktninger eller evt gode reelle hensyn, men vil om kort tid være av vesentlig betydning for rettstilstanden på området.⁵⁰

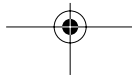
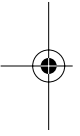
Romakonvensjonen⁵¹ har bestemmelser som på grunn av den tekniske utviklingen og andre forhold, til en viss grad er utdatert. Jeg bruker likevel konvensjonen for å fastslå om konvensjonen tilsier at § 42 bør fortolkes i en spesiell retning.

For å oppgradere Romakonvensjonen foregår det et arbeid i World International Organization (WIPO). Arbeidet har foreløpig resultert i to konvensjoner som kom i 1996: World Copyright Treaty (WCT) og World Performers and Phonogram Treaty (WPPT). I den siste omhandles de utøvenes rettigheter. Det var imidlertid ikke mulig å komme til enighet om de utøvenes audiovisuelle rettigheter, fordi man på den andre siden hadde sterke amerikanske produsentrettigheter.⁵² Det som forhåpentligvis vil bidra til å endre rettstilstanden for de utøvende, er den kommende diplomatkonferanse i desember 2000. Da vil man forsøke å få audiovisuelle rettigheter regulert internasjonalt til fordel for de utøvende. På det området mangler de utøvende internasjonalt vern.⁵³ Konvensjonene må ratifiseres av 30 land før de kan signeres av nasjonalstatene og bli folkerettslig bindende for Norge. Dette er ennå ikke tilfellet. Prinsippene i konvensjonene er imidlertid av interesse i forhold til å anslå hva som anses som rimelige løsninger på teknologiske initierte problemstillinger på et internasjonalt plan.



50. EUs opphavsrettsdirektiv (Infosoc-directive) ble vedtatt den 22.05 2001, dvs. ca et halvt år etter innleveringen av avhandlingen. Direktivet går under betegnelsen Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society OJ 167/10
51. Romakonvensjonen (the International convention for the protection of performers, Producers of Phonogram and Broadcasting Organisations) er av 26. oktober 1961, som er et resultat av en diplomatkonferanse holdt i Roma. Konvensjonen har i dag rundt 20 stater tilknyttet. Se også s. 6
52. Opplyst av Bengt Hermansen på et møte med medieavdelingen i kulturdepartementet, i forbindelse et informasjonsmøte om bla konferansen i desember.
53. WIPO-rapport 7. juli, 1999. WIPO-rapporten var et ledd i oppdateringen av Romakonvensjonen. Her uttaler ILO-representanten at han så det som et strategisk mål «an obvious need for improvement in the protection for performers ... None of the existing international instruments, provided protection of performers in relation to audio-visual productions». Rapporten er vedtatt av komiteen.







2 ÅNDSVERKLOVENS § 42, 1. LEDD

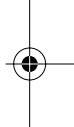
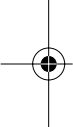
Åndsverklovens § 42, 1. ledd lyder:

«En utøvende kunstners fremføring av verk må ikke uten kunstnerens samtykke

- a) opptas på film eller på innretning som kan gjengi den,*
- b) kringkastes, eller*
- c) på annen måte ved samtidig overføring ved tekniske hjelpemidler gjøres offentlig tilgjengelig for en annen krets enn den kunstneren direkte opptrer for.»*

Det stilles altså tre grunnkrav i bestemmelsen for at vernet skal inntre; det er kun utøvende kunstners fremføring av verk som er beskyttet.

Medfører bruken av ordlyden «utøvende kunstner» at det stilles bestemte krav for å anses som utøvende? Siden det er utøvende kunstners fremføring som er beskyttet, må fremføringen ha en viss kvalitet e.l.? Det er altså spørsmål om man må innfortolke krav til personen eller krav til fremføringen i bestemmelsen eller eventuelt krav til både personen og prestasjonen.



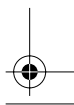
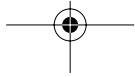
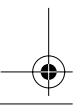
2.1 Hvem tilkommer rettighetene etter § 42?

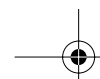
Det er den utøvende kunstners fremføring som er beskyttet. Men hva innebærer dette? Kan det stilles krav til personen som skal gis vern etter bestemmelsen?

2.1.1 Profesjonskrav?

Lovens ordlyd kan til en viss grad tas til inntekt for at det kan stilles en eller annen form for yrkeskrav etter bestemmelsen. Å være «utøvende», kan tyde på at det er det man driver med. Likeledes er «kunstner» noe man forbinder med kunstneriske yrker. Det er ikke noe man er ved å gjøre én fremføring.

Lovens ordlyd kan derfor etter mitt skjønn, tale for at vi har et begrep som krever profesjonstilknytning.





22 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

Utøvende kunstner blir antatt⁵⁴ å skulle tolkes sammenfallende⁵⁵ med fondslovens legaldefinisjon, lov av 14.12 nr.4 1956 §1, 1. ledd, 2. pkt.⁵⁶ Bestemmelsen lyder: «*med utøvende kunstner menes her musikere, sangere, skuespillere, dansere, dirigenter, sceneinstruktører og andre som gjennom sin kunst fremfører åndsverk*». Kan det gjennom definisjonen finnes argumenter for at det kan stilles krav til den utøvende?

Fondsloven referer til to grupper av utøvende. Gruppe a) er en faggruppe bestående av «*skuespillere, musikere etc.*» Gruppe b) er «*andre som gjennom sin kunst framfører åndsverk*». Vil det at fondsloven beskytter «*...skuespillere og andre som gjennom sin kunst fremfører åndsverk*» tilsi at vedkommende må ha en spesiell tilknytning til faget for å være beskyttet?

Dette kan, etter mitt skjønn, ikke fastslås på grunnlag av definisjonen i fondsloven, det står også «blant annet «og «andre som gjennom sin kunst...», «andre» gir ikke umiddelbart noen profesjonsassosiasjon.

Forarbeidene til fondsloven kan kanskje forsterke inntrykket av at det er snakk om et profesjonskrav: «Begrepet utøvende kunstner er brukt som betegnelse på den kunstner som ved sin kunst tolker og levendegjør egne og andres kunstverker, skuespillere, dirigenter, filmregissører, opplesere mf enten de opptrer alene eller i ensemble.»⁵⁷ Her er det utelukkende nevnt yrkesutøvere i eksemplifiseringen. Også det at de utøvenes etterlatte skulle kunne søke penger fra fondslovens pengesond, tilsier at den er ment som en yrkesregel. Man er ikke etterlatt etter «utøvende», hvis avdøde har stått på scenen én gang.

Fondsloven og dens forarbeider kan tilsi at det stilles krav til profesjonstilknytning for å få vern etter åndsverklovens § 42.

Bakgrunnen for regelen i § 42 er imidlertid Romakonvensjonen slik at den kanskje kan gi retningslinjer for hvorvidt det stilles krav om profesjonstilknytning?⁵⁸ Forhistorien til Romakonvensjonen tilsier at regelen skulle fremstå som en profesjonsbeskyttelse. Det internasjonale utøververnet vokste fram gjennom International Labour Organization (ILO), som er en paraplyorganisasjon for arbeidstakerorganisasjonene i FN-regi. Fremveksten av lydfilmen i 30-åra gjorde mange musikere arbeidsløse og man lette internasjonalt etter løsninger som kunne kompensere for musikernes inntektstap. Men når man

54. Ot. prp. nr.26 1959-60, s.93 lov om opphavsrett

55. Ot. prp. nr 26, 1959-60, s. 93 lov om opphavsrett

56. Loven blir også kalt lex gammeleng. Rolf Gammeleng var musikerforbundets formann og forbundet fremmet et privat lovforslag som ble vedtatt som fondsloven av 14. desember 1956, nr 4

57. Ot. prp. nr 10, 1956, s. 8 og 9 forarbeid til fondsloven

58. NOU 1985:30, s. 9 om «Betaling for sekundærbruk av utøvende kunstners prestasjoner»



vedtok Romakonvensjonen i 1961 fikk regelen en annen struktur enn man opprinnelig hadde tenkt – mindre yrkesrettet.⁵⁹ Romakonvensjonens artikkel 3(a) inneholder også en langt videre og mindre profesjontilknyttet regel enn den åndsverkloven (eller eventuelt fondsloven) har. I konvensjonen omtales beskyttelsessubjektet som: «*performers mean... actors... or other persons who act*». Den likestiller de profesjonelle og andre som spiller. Det er altså ikke stilt noe krav til yrkestilknytning, kun til det vedkommende foretar seg. Men vil det at konvensjonen stiller små krav, bety at norsk lov ikke kan stille for eksempel profesjonelle krav?

Konvensjonen angir bare minimumskrav. Nasjonallovgivningen kan tilby sine utøvere et bedre vern.⁶⁰ Dette medfører at Norge kan tilby sterkere vern til sine utøvere enn konvensjonen krever. Men vil det å stille krav til profesjontilknytning være å tilby et bedre vern? Å utelukke store grupper av utøvere fra vern er i alle fall ikke i tråd med konvensjonen, og det kunne jo bli konsekvensen av å stille profesjonskrav. I og med at konvensjonen også tilbyr vern til «*other persons who act*», må nasjonallovgivningen stille med et minimumsvern også for disse gruppene som er angitt i bestemmelsen.

Dette kan tyde på at konvensjonen står i veien for en regel med ren yrkestilknytning.

Tilbake til åndsverklovens ordlyd. I motsetning til Romakonvensjonen, tilsier ordlyden i åndsverkloven at ikke hvem som helst kan få vern etter § 42. Ordlyden er «*den utøvende kunstner*» og «*kunstneren*», ikke for eksempel «den» som fremfører.

Forskjellige nordiske forarbeider tilsier også at det stilles krav til subjektet for beskyttelsen; den utøvende omtales som «den som levendegjør og tolker åndsverk.»⁶¹ Men er dette snakk om et profesjonskrav, i betydningen den som vanligvis tolker og levendegjør verker? Ordlyden i forarbeidene kan tyde på det. Den kan imidlertid like gjerne tyde på at begrepet innebærer et kvalitetskrav – den som er i stand til å tolke og levendegjøre verk – selv om dette,

59. Det var under forarbeidet til Romakonvensjonen et ønske fra flere land å innlemme varieteskuespillere, klovner og akrobater som jobbet frem sine egne forestillinger, ofte gjennom flere år. Imidlertid fremfører de ikke litterære eller kunstneriske verk. Etter noen års dragkamp kom man i Haag 1960 frem til at man skulle kun verne de som fremførte verk i *konvensjonen* men la det bli opptil *nasjonallovgivningen* og intensivere vernet til å omfatte andre som ikke fremfører verk. (Romakonvensjonens art. 9)

60. Romakonvensjonens art.7 jfr art.19

61. Nordiske forarbeider bruker litt ulike termer. I norsk Ot. prp. nr.10, 1956 : «den kunstner som ved sin kunst tolker og levendegjør». Svensk, S.O.U. 1956:25 s.379: «tolker og levendegjør». Dansk har også noe tilsvarende (Da. Utk.1957 s.52)



24 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

etter mitt skjønn, er mindre nærliggende. Uttalelsen kan altså til en viss grad tas til inntekt for et profesjonskrav.

I de svenske og danske forarbeidene er statister klart unntatt fra vern.⁶² Kan utelukkelsen av statister tolkes dit hen at man fordrer en viss yrkestilknytning før utøververnet inntreffer? Det er sannsynlig at man får prestasjoner på høyere nivå ved å sette skuespillere til å gjøre arbeidsoppgaven. Eller er det slik at dette er et signal om at forarbeidene krever kvalitet for utøververnet?

Det er antatt at begrunnelsen for å utelukke statistene ligger i at de mangler profesjonstilknytning. Juridisk teori⁶³ støtter opp om at dette er begrunnelsen for at forarbeidene utelukker statister fra vernet. Dette styrker argumentet om at vilkåret om «utøvende kunstner» dreier seg om et profesjonskrav.

Svenske og danske forarbeider kan tolkes i retning av at bestemmelsen inneholder et krav om profesjonstilknytning.

Kanskje kan argumentbæreren «privates praksis» gi noen retningslinjer for om det er grunnlag for å stille profesjonskrav? I den norske hovedavtalen for skuespillere⁶⁴ oppstilles en bør-regel for teatrene. Ansatte skuespillere bør ikke settes til å gjøre statistroller. Hvis så skjer, må dette avtales spesifikt med skuespilleren. På den måten utelukkes statister direkte av skuespillerbegrepet i fondsloven.

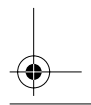
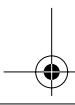
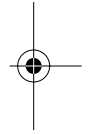
Dette medfører imidlertid at statister kan tilhøre gruppe 2 i fondsloven, nemlig «andre som gjennom sin kunst fremfører åndsverk». Vanligvis vil imidlertid ikke statisten verken fremføre verk eller foredra «sin kunst». Hans rolle kan like gjerne ha en visuell funksjon som en litterær. Da er det kanskje riktigere å si at han omfattes av regien, at det er den han fremfører.⁶⁵ Dette medfører at statisten ikke omfattes av definisjonen i fondsloven og at han også er uten vern etter § 42. Det bringer oss likevel ikke nærmere forståelsen av begrepet, fordi det knyttet til kildene (privates praksis eller i gruppe 2 i fondsloven) ikke foreligger noen begrunnelse (mangel på kvalitet eller mangel yrkestilknytning evt) for å utelukke statisten fra vernet.

62. Da. Utk.1957 s. 52 jfr Dansk forslag 1959-60 s. 53, S.O.U.1956:25 s. 379

63. Lassens avhandling om «Utøvende kunstners prestasjoner», § 8 III s. 17/ 18

64. Særbestemmelser for Norsk Skuespillerforbund, artikkel 3.1. Bruk av skuespillere som statister skal om mulig unngås. Hvis en skuespiller settes i statist rolle, må dette avtales. Indirekte medfører dette at «skuespiller» ikke omfatter «statist».

65. Det finnes selvsagt store stumroller, det er ikke antall ord som regulerer statist/ikke statist, men antall replikker kan være en retningslinje.



Kan det at reglene om de moralske rettighetene⁶⁶ er gitt anvendelse for utøverprestasjoner, være et argument for at man står overfor et profesjonsvern (åndsverklovens § 42, 5. ledd jfr § 3)? Hvorfor skulle man gi en hvem-somhelst en slik beskyttelse som er tiltenkt kunstnere (de som skaper verk etter åndsverkloven § 3)? Det er ikke en personvernregel?

En som holder et innlegg etter åndsverklovens § 26, om forhandlinger i offentlige forsamlinger, er ikke gitt et slikt vern. At slike fremføringer ikke gis moralske rettigheter kan tyde på at ikke enhver fremføring utløser vernet. At det kun gis til dem som har tilknytning til et kunstnerisk yrke.

På den annen side kan hensynet til ytringsfrihet vært ansett mer tungtveiende for å la være å belegge fremføringer ved offentlige forhandlinger med moralske rettigheter, enn den manglende tilknytning til kunstnerprofesjonen. Kanskje kunne et slikt vern virket hemmende for ytringsfriheten? Dette er nok klart det bærende hensyn bak bestemmelsen i §26, og mangel på moralske rettigheter kan ikke brukes som støtteargument for at kun profesjonstilknyttete kunstneriske fremføringer ha vern etter § 42.

De moralske rettighetene og hensynet til konsekvens i rettssystemet, kan derfor ikke tas til inntekt for at det kan stilles profesjonskrav til den utøvende.

Romakonvensjons-prosessen representerte en dragkamp mellom ulike syn på hva som skulle vernes. Hovedmotsetningen gikk mellom de som ønsket et generelt vern mot opptak av offentlige fremføringer, og de som ville avgrense vernet mot prestasjoner som ikke er fremføringer av åndsverk. Ved et snevert vern og et krav om «fremføring av verk», betydde dette blant annet at idrettsprestasjoner, sirkusforestillinger og varietéforestillinger⁶⁷ ble holdt utenfor. I Geneveutkastet av 1956,⁶⁸ lot man spørsmålet stå åpent fordi man ikke kunne komme til enighet. Konvensjonsteksten endte opp i favør av at man holdt de som ikke framfører verk utenfor (Romakonvensjonen, art.3a). Imidlertid operer konvensjonen med muligheter for å utvide beskyttelsen i nasjonallovgivningen (Romakonvensjonen, art.9). Det ligger ingen streng føring i konvensjonsordlyden, men forarbeidene til konvensjonen tyder likevel på et tilnærmet profesjonsvern for kunstnerne, da man holdt de ikke-kunstneriske utøvende utenfor. Tilblivelsesprosessen til Romakonvensjonen tilsier at det var et profesjonsvern man ville fremme, mens selve ordlyden kan altså tyde

66. Eneretten består av økonomiske rettigheter og moralske rettigheter (åndsverklovens § 42, 5. ledd jfr § 3). De moralske rettighetene innebærer rett til navngivelse i tråd med god skikk, ikke krenkende gjengivelse osv og er uoverdragelige rettigheter.

67. Varietéforestilling er en forestilling som er lokal og lettere underholdning (Tanums store rettskrivningsbok, juli 1996)

68. Lårtist Executant 1956 s.84



26 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

på det motsatte. Romakonvensjonen gir altså både et argument for og et argument mot at det ligger noe profesjonstilknytningskrav i vilkåret.

Flere relevante kilder kan tolkes i favør av at det er bakgrunn for å innfor- tolke et profesjonskrav i bestemmelsen. Lovens ordlyd, nordiske forarbeider og Romakonvensjonens tilblivelseshistorie, går i favør av at det gis en profesjonsbeskyttelse gjennom § 42.

Er det andre relevante kilder eller reelle hensyn som tilsier at man bør tolke utøvende kunstnere innskrenkende, slik at det likevel ikke ligger noe profesjonskrav i vilkåret? Juridisk teori har, blant annet gjennom Birger Stuevold Lassen, tatt til orde for at det ikke er riktig eller ønskelig å stille opp noe slikt krav fordi han mener det er uforenlig med Romakonvensjonen.⁶⁹

Det er Romakonvensjonens åpne ordlyd som Lassen hevder står i veien for profesjonskrav. Ved å stille krav til profesjonstilknytning vil ikke «*other persons who act,...*» (Romakonvensjonen, art 3a) få vern gjennom bestemmelsen i § 42. Vi er forpliktet til å følge opp våre konvensjonsforpliktelser. Dette taler i favør av å tolke «utøvende kunstner» innskrenkende.

Et annet tungtveiende reelt hensyn i favør av innskrenkende fortolkning, vil være at profesjonskrav vil være meget vanskelig å praktisere. Man kan man ikke høre eller se seg frem til hvorvidt fremføringen er profesjonell, det synes som en sanselighetsprøve av dimensjoner og er derfor ikke praktisk mulig. Hvis man skulle gå bort fra å vurdere seg frem til hvorvidt fremføringen har profesjonstilknytning (godt håndverk, dyktig spill osv) ville man måtte stille formelle krav før vernet inntre.

Hvem skulle komme frem til kriteriene og hvilke kriterier skulle kunne karakterisere profesjonen? Ville utdanning være et egnet formelt krav? Forutsett at utdanning er et relevant mål, hva slags utdanning er kvalifiserende? Ville utdanning fra Odinteatret⁷⁰ for en skuespiller tilfredsstillende kravet? Svaret ville avhenge av hvilken del av bransjen du spurte. Hvis for eksempel formell, statlig utdanning skulle være relevant vil man lett kunne komme opp underlige situasjoner.

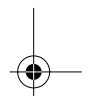
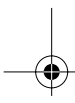
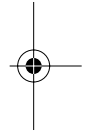
Utdanningen fra Statens teaterhøgskole ville ikke tilfredsstillende de fysiske vilkår en oppsetning med Grenland friteater⁷¹ krever, men eventuelle opptak av Fridtjof Fomlesen⁷² skulle da savne beskyttelse fordi hr Fomlesen er auto-

69. Lassens avhandling om «Utøvende kunstners prestasjoner» § 8 III 3, s. 22

70. Dansk skuespillerkompani, men med alternativ skuespilleropplæring med mer vekt på klovning og fysisk teater.

71. Grenland friteater jobber mye med fysisk teater, hvor kroppen, det *fysiske* uttrykket er en vesentlig del av uttrykket.

72. En figur av Lars Vik, bla. kjent fra film og barne-TV





didakt og har utdannet seg ved Grenland friteater. Han ville altså «mangle» en utdanning helt ubrukelig for hans forestillinger, med den konsekvens at opptak av hans forestillinger ville mangle vern. Dette bare for å søke å påvise hvor vanskelig, tidkrevende og galt det kunne bære av sted ved å stille formelle kriterier.

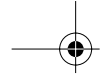
Tilsynelatende objektive kriterier avspeiler et kunstsyn. Reelle hensyn kan derfor anses å tale i mot å oppstille formelle kriterier. Rimelighetshensyn og hensynet til harmoni i loven, kunne også tilsi at det ville være feil å stille strengere krav til beskyttelsesobjektet etter § 42, enn til opphavsmannen. Opphavsrett får som kjent «den» som skaper et åndsverk (åndsverklovens §1).

Et annet reelt hensyn som taler i mot å tolke ordlyden dit hen at den oppstiller profesjonskrav, er at fremføringer som blir tatt opptak av er verdt å verne! «Markedet» vil sørge for at det som er verdt det blir tatt opptak av. Dette skulle tilsi at det ikke er nødvendig å stille krav om profesjonstilknytning (eller noe annet krav, for den saks skyld). Tvert i mot, ved å stille krav til den utøvende, kunne man risikere at reglene ble så firkantete at det kunstneriske, levedyktige, søkende uttrykk ville falle utenfor. Noe som kan anses karakteristisk for å være kunstnerisk er nettopp at det er nyskapende, noe som et profesjonskriterium ikke nødvendigvis vil kunne ivareta. Mennesker uten profesjonstilknytning vil kunne skape fremføringer det er «verdt» å ta opp! Reelle hensyn tilsier derfor at grensene bør være vide, av hensyn til det kunstneriske uttrykkets egenart.

På den annen side vil et profesjonskrav kunne være med på å kultivere vernet til kun å omfatte de som, ut ifra oppsatte kriterier, synes verdige. Kravet ville kunne bidra til å stimulere til konkurranse og sikre at de «beste» får gode betingelser.

Men er det gitt at dette fremmer utvikling av et kunstnerisk miljø? Det kunstneriske miljø er annerledes enn vanlige markeder. Aktørene kan være av sartere stoff enn ordinære markeders råstoff og bukke under på tross av (og kanskje på grunn av) en kunstnerisk åre. Det var ikke hjemler for vederlagskrav som fikk van Gogh til å fortsette å male. Dessuten er stimulering til fortsatt innsats bare en av målsettingene til åndsverkloven. Å sikre de utøvende lønn for arbeidet er et hovedmål. Ved å definere vernet til dem med profesjonstilknytning risikerer man at man holder en gruppe av de som reelt sett fremfører verk – utenfor.

På den ene siden har vi lovens ordlyd som i en viss grad kan tale for at vi kan stille profesjonskrav. Også nordiske forarbeider kan tale i favør av en slik konklusjon. Romakonvensjonens forhistorie taler også for et profesjonsvern. Reelle hensyn kan tale for, men i stor grad mot å stille profesjonskrav. Metodelære tilsier at det skal svært mye til før man lar reelle hensyn gå foran



28 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

lovens ordlyd.⁷³ Rettspraksis viser at det likevel har skjedd.⁷⁴ Romakonvensjonens ordlyd og juridisk teori taler i tillegg mot at ordlyden i § 42 gir rom for å stille profesjonskrav. Sterke reelle hensyn og konvensjonsforpliktelsen har vært utslagsgivende.

Konklusjon: Under sterk tvil må det slås fast at det ikke grunnlag for å stille profesjonskrav til den utøvende.

Det er likevel mye som tyder på at indirekte stiller man profesjonskrav. Dette kommer jeg tilbake til under fremstillingen av fremføringsvilkåret.

2.1.2 Kvalitetskrav?

Forutsatt at det ikke kan stilles profesjonskrav til den utøvende, er det bakgrunn for å oppstille kvalitetskrav til subjektet for beskyttelsen? I ordlyden i § 42 brukes et ladet begrep som kunstner. Kan dette tyde på at man stiller kvalitative krav for at utøvernet skal inntre? Det kunne jo stått «den utøvende som fremfører et verk»?

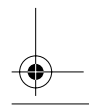
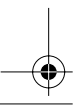
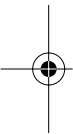
Semantisk forståelse av ordet kunstner kan tyde på at vi står overfor et kvalitetsbegrep. Det er mange utøvere som ikke tør krone seg med den tittelen. Man snakker om «kunstnerisk opplevelse», og det å betegne noen som kunstner er et kompliment. Innenfor noen kunstneriske miljøer (teatermiljøet for eksempel) er begrepet en æresbetegnelse.

Ordlyden har imidlertid et flertydig innhold. Malere, skulptører og andre blir betegnet som kunstnere, uavhengig av om man synes at det de skaper er bra. Det er nærmest å anse som en profesjonsbetegnelse. I og med at jeg tidligere har kommet til at ordlyden ikke tilsier profesjonstilknytning, vil en slik forståelse ikke være aktuell.

Ikke alle utøvende er kunstnere, mange er teknikere, «håndverkere», og andre selvsagt ikke engang det. En kunstnerisk utdanning innebærer å lære å beherske et instrument, enten dette instrumentet er kroppen eller et piano. Innlæringen består i stemme/ kroppsbekjennelse eller skalaøvelser. Håndverkere er dyktige, men ikke i stand til å gi tilskueren en «kunstnerisk opplevelse». De oppviser i større monn ferdigheter enn liv. Dette imponerer publikum mer enn at det «rører» dem og gir dem følelsesmessige «reiser». Det er likevel i gråsonen meget subjektive oppfatninger av hvilke utøvere som innehar den ene eller den andre egenskap.

73. Rt 1995, s. 304, Bellona-dommen

74. Rt 1916, s. 648 og Rt 1921, s. 406, to farskapssaker





I noen miljøer er kunstner ikke et kompliment. I deler av musikermiljøet vil jeg tro at det er få som ønsker å bli betegnet som kunstner. Kunstnerbetegnelsen er kanskje ansett for å være for «jålete» for yrkesgruppen.

Ikke-kunstnere derimot, har lettere for å bruke betegnelsen om alle som arbeider med «myke» fag. Musikere, skuespillere, malere, forfattere osv er annerledes, kunstnere – altså mer som en standsbetegnelse, mer i retning av profesjonstilknytning enn kvalitet.

Poenget er at det er ulike oppfatninger av hva vanlig forståelse innebærer. Ordet gir ikke en språklig klar, entydig betydning. Er det andre kilder som kan angi hvorvidt det er grunnlag for å stille kvalitative krav?

Forarbeidene tyder snarere på et profesjonskrav enn et kvalitetskrav: «Begrepet utøvende kunstner er brukt som betegnelse på den kunstner som ved sin kunst tolker og levendegjør egne og andres kunstverker, skuespillere, dirigenter, filmregissører, opplesere mfl. enten de opptrer alene eller i ensemble.»⁷⁵ Her er det utelukkende yrkesutøvere i eksemplifiseringen. På den annen side er det under forrige punkt, utelukket at begrepet innebærer profesjonskrav. Og «den kunstner som ved sin kunst» kan også tolkes som et kvalitetskrav. Utformingen tilsier at det snakk om et krav, og når kravet ikke er profesjonskrav er det stor sannsynlighet for at det er snakk om et kvalitetskrav.

Fondslovens forarbeider kan tyde på at det stilles kvalitetskrav.

Fondsloven bestemmelse⁷⁶ definerer begrepet utøvende kunstner i fondsloven § 1, 1. ledd, 2. punkt, til også å omfatte «andre som gjennom sin kunst fremfører åndsverk». Syntaktisk forståelse av ordlyden i fondsloven, kan tyde på at det kan stilles kvalitetskrav til den utøvende. Bestemmelsen har to grupperinger i vernet, enten de som har profesjonstilknytning (gruppe 1), og den kan leses som at gruppe 2 er de som likevel gir oss kunstneriske opplevelser «gjennom sin kunst».

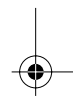
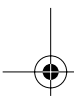
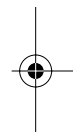
Fondslovens ordlyd kan også leses i favør av at det kan stilles kvalitetskrav.

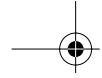
Reelle hensyn taler igjen i like stor grad i mot. Hvem skulle avgjøre kvaliteten på kunstneren? Hvilke kriterier skulle kunne stilles for å avgjøre kvaliteten på kunstneren? Er det mulig å stille opp objektive kriterier for en skuespiller eller musikers dyktighet?

Rettstekniske grunner taler i disfavør av kvalitetskrav.

75. Ot. prp. nr 10, 1956, s. 8 og 9 forarbeid til fondsloven

76. Den anses altså relevant for uttrykket i åndsverkloven, se Ot. prp. nr. 26 1959-60, s. 93 lov om opphavsrett





30 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

Hensynet til harmoni i åndsverkloven tilsier at det heller ikke skal stilles kvalitative krav til den utøvende.⁷⁷ Ville det være rimelig å stille kvalitative krav før vernet av en utøverprestasjon inntreffer, mens vernet for opphavsmannen gjelder alle som skaper et verk?

Rimelighetshensyn går i disfavør av kvalitetskrav.

Juridisk teori hevder at åndsverkloven opererer med rettslige, ikke estetiske begreper.⁷⁸ Et kvalitetskrav ville gjøre kravet til et estetisk begrep.

Juridisk teori går ut ifra et slikt utsagn, i disfavør av kvalitetskrav.

På tross av at ordlyden i § 42 og forarbeidene til fondsloven går i favør at det kan stilles kvalitative krav til den utøvende, bør bestemmelsen tolkes innskrenkende, hovedsakelig av reelle hensyn som gjør det vanskelig å finne vilkår som kan være rimelige og samtidig stimulere til kunstnerisk utvikling.

Konklusjon: Det er ikke grunnlag for å stille kvalitetsvilkår til den utøvende. Ordlyden må tolkes innskrenkende.

Det kan synes som om lese måten går over fra å være «utøvende kunstner som» til «den som...». Dette blir likevel ikke resultatet av drøftelsen når alle ledd er tolket. Jeg henviser til senere drøftelser.

2.2 Hva er vernet?

Det er den utøvende kunstners fremføring som ansees vernet i regelen. Betyr dette at man kan stille krav til kvaliteten eller arten av prestasjonen på linje med vurderingene som ble gjort i forhold til «utøvende kunstner»?

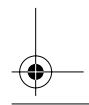
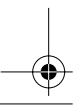
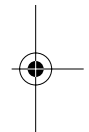
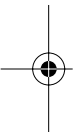
2.2.1 Krav til fremføringen?

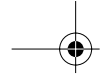
Ordlyden i bestemmelsen tilsier at man har med et objektivt vilkår å gjøre. I motsetning til subjektet for beskyttelsen, som ikke tituleres som «den», men som «utøvende kunstner», blir objektet for beskyttelsen kort og greit omtalt som «fremføringen», kun en beskrivelse av hva som gjøres.

Syntaktisk forståelse av ordlyden vil derimot kunne medføre at man stiller visse krav til fremføringen. Det er utøvende kunstners fremføring som er vil-

77. Se åndsverklovens § 1: «Den som skaper et åndsverk...»

78. Koftvedgaard, Immaterialrettspositioner s.91





kåret. Resultatet av en utøvende kunstners arbeid med verket vil sannsynligvis, som en minimumskonsekvens, være at fremføringen får et kunstnerisk anstrøk. Den blir påvirket av den utøvedes arbeid. Kravet til personen smitter så å si over på prestasjonen.

Syntaktisk forståelse av ordlyden tilsier at man kan stille visse krav til fremføringen.

På den annen side vil det at det stilles krav til fremføringen, ikke henge sammen med at det ikke stilles krav til profesjonstilknytning eller kvalitetskrav til den utøvende. Hvordan kan fremføringen bære preg av at en kunstner har arbeidet med materialet, når det ikke stilles noe krav til å være kunstner, verken av faglig eller kvalitativ art?

Reelle hensyn taler i mot at det kan stilles noe krav overhodet.

I forarbeidene til fondsloven blir den utøvende definert som den som tolker og levendegjør et verk.⁷⁹ Kan dette tas til inntekt for at det kan stilles krav til fremføringen? Selv om uttalelsen peker mer på personen enn på prestasjonen vil resultatet av en slik innsats være et tolket eller levendegjort verk?

Etter mitt skjønn går forarbeideruttalelsen i retning av at det kan stilles krav til fremføringen.

Hensynet til konsekvens i åndsverkloven kan kanskje også tilsi at når det er unntak for vern ved fremføring av verk (offentlige forhandlinger) i åndsverklovens § 26, er dette fordi denne type fremføringer er nøytrale og «ukunstneriske». Kan dette i så fall være et argument for at det kan stilles krav til fremføringer etter § 42, at de skal ha et kunstnerisk nivå?

En slik betraktning kan også finne en viss støtte i teorien, som hevder at det kun ved vokale fremføringer kan fremkomme prestasjoner som ligger utenfor vernet.⁸⁰ Et eksempel kan være barneskolelærerens diktfremføring for klassen.⁸¹

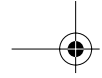
At en fremføring ved offentlige forhandlinger er ukunstnerisk, er neppe begrunnelsen for at § 26 holdes utenfor vernet. Demokratihensynet har vært styrende for unntaket. Alle offentlige forhandlinger bør bli alle til del for å

79. Ot. Prp. nr 10 1956, s. 8 og 9 forarbeid til fondsloven

80. Lassens avhandling om «Utøvende kunstneres prestasjoner» § 8 III 4 s. 38

81. Lassens avhandling om «Utøvende kunstneres prestasjoner» § 8 III 4 s. 39





32 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

styrke utøvelsen av et demokrati.⁸² Regelen i § 26 kan derfor ikke tas til inntekt for at det kan stilles krav til fremføringen i § 42.

Juridisk teori hevder at hvis det skal være et subjektivt krav må dette base-
res på prestasjonen og bare på denne. Den forutsetningen man stiller for vern,
er at prestasjonen er av kunstnerisk art.⁸³ Birger Stuevold Lassen hevder at
«fremføring» er et rettslig begrep, som må lene seg på estetikkens vurderin-
ger: «...den rettslige avgrensningen av kunstnerbegrepet synes å måtte nøye
seg med et krav om at utøverens prestasjon skal ha kunstnerisk karakter,
være av kunstnerisk art eller ligge innenfor det kunstneriske området... Like-
vel er det klart at det rettslige her er nødt til å støtte seg til estetikken»⁸⁴

Forarbeidene, juridisk teori og reelle hensyn tilsier derfor at det kan stilles
krav til fremføringen. Ordlyden og reelle hensyn taler i mot.

*Konklusjon: «Fremføring» må tolkes utvidende, det stilles visse krav til frem-
føringens art.*

Hva er en fremføring av kunstnerisk art?

Juridisk teori har altså plassert kravet.⁸⁵ Fremføringen skal være av kunstne-
risk art. Men hva slags krav er dette, er det snakk om kvalitetskrav?

Forarbeidene til fondsloven kan ikke tas til orde for at det stilles kvalitets-
krav til «fremføringen», bare at fremføringen i prosessen skal fargelegges
(tolkes). Dette behøver ikke bety at den er bra eller dårlig. Er det andre kilder
som kan gi svar?

Hva som er god kunst er også meget tidsavhengig; tiden skyggelegger inn-
trykket. Hvis tiden og smaken skulle avgjøre ville det sendt alle van Goghs
bilder i graven. Jazzen var heller ikke ansett for «god tone», da den kom i sin
tid. Skulle den da ikke være verneverdig? Også skuespilleruttrykket har for-
andret seg. Fra «gullalderteatret» med patos og stilisering – det opphøyete
uttrykk – til nåtidsidealet som ligger mye nærmere å skulle uttrykke «det vir-
kelige livet». Det har versert en debatt i pressen om at skuespillere ikke lenger
kan «høres» på scenen. Dette har grunnlag i omleggingen av uttrykket fra
patos til natur.

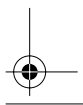
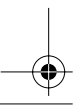
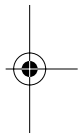
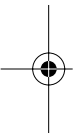
Rettspraksis har ikke tatt stilling til innholdet av kravet. Ingen andre rele-
vante kilder heller, bortsett fra juridisk teori.

82. Ot. prp. nr 26, 1959-60, s. 61 lov om opphavsrett

83. Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret s. 60, Lassen, NIR 1981 / 298 flg

84. Lassens avhandling om «Utøvende kunstneres prestasjoner» § 8 III 4 s. 38

85. Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret, s. 60, Lassen, NIR 1981 / 298 flg



Juridisk teorier tar nærmest til orde for at begrepet «kunstnerisk art» er en avart av verkslesten.⁸⁶ Lassen hevder at: «Når loven krever at prestasjonen skal ha kunstnerisk karakter eller være av kunstnerisk art, kommer man ikke utenom at den derved henviser til en spesialkyndig vurdering i de mer tvilsomme grensetilfelle. Men det er all grunn til å streke under at kravet retter seg mot prestasjonens art, og ikke mot den kunstneriske gehalt eller verdi.»⁸⁷ Det er altså et krav om at prestasjonen må være innenfor det kunstneriske området.

Norsk juridisk teori tilsier altså at det ikke er et kvalitetskrav.

Men hva gjør at en prestasjon kan sies å være av kunstnerisk art, hvis det ikke er snakk om et kvalitetskrav?

Juridisk teori i Danmark hevder også at domstolene må støtte seg til det estetiske syn på hva som er av kunstnerisk art eller ligge innenfor området for det kunstneriske:⁸⁸

«Skønnet er en blandet juridisk/æstetisk foranstaltning: I juridisk henseende drejer det sig om at utmåle et sådant beskyttelsesomfang at det opphavsrettslige rettsvern blir effektivt uten dog at hindre andres rimelige krav på utfoldelse, i æstetisk henseende drejer det sig om at blotlægge de værksstrukturer som er egnet til genkendelse og anerkendelse.» Etter mitt skjønn er dette en uttalelse som tilsier at det stilles krav til originalitet gjennom «værksstrukturer egnet til genkendelse». Den andre delen av uttalelsen heller litt i retning av et kvalitetskrav; «værksstrukturer som er egnet til...anerkendelse». Har en fremføring kvalitet får man anerkjennelse.

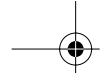
I norsk juridisk teori understrekes det imidlertid at vurderingen ikke må gå på hva som er kunstnerisk bra, men hva som er av *kunstnerisk art*. «Men det er all grunn til å streke kraftig under, at kravet retter seg mot prestasjonens art, og ikke mot dens kunstneriske gehalt eller verdi.»⁸⁹ Det kan synes som om summen av uttalelsene resulterer i at man står igjen med en enighet om at den juridiske vurderingen av innholdet av kravet må lene seg på fagmiljøets vurdering, og at kunstnerisk art krever en viss type originalitet.

86. «Verk» er åndsverk i åndsverlovens § 1. For å få vern må et verk ha verkshøyde som stiller krav til at produktet er et resultat av en *selvstendig, skapende åndsimnsats*. Dessuten må det ha fått en *ytre realitet*.

87. Lassens avhandling om «Utøvende kunstneres prestasjoner» (§ 8 III 4 s.38)

88. Koftvedgaard, Lærebog i immaterialret, s. 132

89. Lassen, Stensilserie nr 97, Studiemateriale i opphavsrett og tilgrensete rettsområder 127



34 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

Hensynet til harmoni og konsekvens i rettssystemet⁹⁰ tilsier at det bør oppstilles et slags verkshøydekrav⁹¹ til fremføringen; at åndsverkloven § 1 også for naborettighetene ville være en passende lest. Dette innebærer et krav om selvstendig skapende innsats og et krav til at den utøvende har hatt et valg på formen som har gjort at verket fremstår som originalt.

Men ville dette være et funksjonelt krav, ville det ikke alltid være oppfylt? Kravet til originalitet og skaperinnsats er oppfylt idet det er snakk om vern for denne fremføringen (selvstendig åndsarbeid) som skjer (skapende) foran oss nå.

På den annen side er jo det jo i teorien uenighet om hvorvidt de utøvende er skapende.⁹² Mange hevder at de utøvende kun fremfører andres skapende arbeid. Denne delen av teorien vil som konsekvens være i mot at verkslesten er en adekvat form. Likevel går yngre nordisk teori i retning av at kravet som stilles er en avart av verkskravet i åndsverklovens § 1.

Det som fremkommer av uttalelser antyder at strukturen som er aktuell er en avart av verkslesten, – et krav til originalitet, men ikke kvalitet.⁹³

Hvis man hadde adoptert verksstrukturen ville det vel vært aktuelt å adoptere hele enerettsstrukturen til opphavsmennene, og utvidet utøververnet til å omfatte enerett til bearbeidelse og vern mot plagiat (åndsverkloven § 2 og § 4). Plagiatvernet innebærer et forbud mot at andre fremstiller eksemplarer som ligger for nær opp til det en selv har skapt. Men er dette et egnet vern for de utøvende? Det er i så fall plagiatvern mot at andre utøvende stjeler (plagierer, «sound alike») den utøvedes måte å utøve på, som ville vært aktuelt.

I forbindelse med endringer av åndsverkloven i 1995, ble det i de danske forarbeider, hvor Mogens Kokvedtgaard satt som formann, drøftet om det skulle innføres et vern mot «sound alike».⁹⁴ En slik rett ble ikke innført fordi man så faren ved at et styrket vern for de utøvende, kunne hindre bruken av verkene.⁹⁵

Jeg tror heller ikke et slikt vern ville ha vært praktisk eller aktuelt for de utøvende, men min begrunnelse er av en litt annen art: En fremføring lar seg

90. Kåre Lilleholt tar til orde for å ilegge dette hensynet stor vekt, Godtruervern og kreditorvern, s. 34.

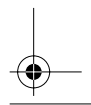
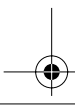
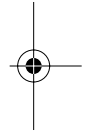
91. «Verk» er åndsverk i åndsverklovens § 1. For å få vern må et verk ha verkshøyde, som stiller krav til at produktet er et resultat av en *selvstendig, skapende åndsimmsats*. Dessuten må det ha fått en *ytre realitet*.

92. Knoph, Åndsretten, s. 64, se også mitt «Kritikk av utøverbegrepet» s.32

93. Lassens avhandling om «Utøvende kunstners prestasjoner» «§ 8 III 4 s.38

94. Bet.962/1982, s. 34, dansk delinnstilling om «beskyttelse af kunstnæriske præstasjoner»

95. Kake- teorien, se Kokvedtgaard: the Legal Protection of the Performing Artist in Nordic Copyright Law, s. 423



vanskelig kopiere. Desto mer komplekst uttrykket fremstår, desto mer upraktisk vil et plagiat være. En utøvende kunstners prestasjon vil være et produkt av verket han fremfører, teknikken han har tilegnet seg og ikke minst; det livet han har levet. En skuespiller vil, ved å tilegne seg en annens stemmeleie eller en annens gange, miste kontakt med sin egen skapende kilde, -jeget-, som uttrykket må springe ut ifra for ikke å fremstå som dødt. Nettopp det originale kan ikke gjentas av en annen, slik at et plagiatvern ikke under noen omstendigheter ville passet. En musiker eller sanger derimot har færre kanaler for avsløring av at ikke uttrykket er skapt genuint slik at dette uttrykket kanskje lettere lar seg plagiere.⁹⁶

I gruppen av utøvere er det etter min mening, i hovedsak for teaterinstruktør er at plagiat kan være praktisk. Disse befinner seg i grenseland mellom opphavsmenn og utøvere, og er sånn sett å anse som gruppens bastarder.⁹⁷ Imidlertid lånes det ganske fritt i denne gruppen, uten at det ansees for uprofesjonelt eller umoralsk.⁹⁸ Det kan vel sees på som noe av utøvergruppens natur at de tar en annens uttrykk opp i seg for å gjøre det til sitt eget.

Men hvor mye skal til før vernet inntreer, dvs før man kan si at fremføringen er av «kunstnerisk art»?

Juridisk teori behandler spørsmålet og har litt forskjellig syn på når vernet inntreer.

Dansk juridisk teori hevder med Torben Lund⁹⁹ at fordi de ideelle rettighetene i § 3 kommer til anvendelse, tilsier dette at man stiller visse krav til nivået av fremføringen. «*Kan en foredragsholder, der oplæser et manuskript, kræve beskyttelse ikke blot som litterær forfatter af fordraget men som tillige for oplæsningspræstasjonen? Efter min mening må spørgsmålet besvares benægtende...*» Annen juridisk teori¹⁰⁰ hevder at det ikke skal kreves mye for at vilkårene skal anses oppfylt. Så sant noen søker å overleve av å fremføre verk må de anses beskyttet mot at det foretas opptak uten deres samtykke. Det samme hevder Lassen: «*Et slikt krav vil for de fleste fremføringsformer praktisk talt alltid måtte ansees tilfredsstillt når det er et verk som fremføres.*»¹⁰¹

Lassen hevder at det kun er talekategorien som står i fare for ikke å oppfylle artskravet.¹⁰² Han mener at her vil det være en god del helt trivielle frem-

96. Man kan vel antagelig få kompensasjon for slik etterlikning etter konkurranserettslige verneregler. Også personvernregler har vært brukt i slike sammenhenger

97. Se Anna Hammaren, doktorgrad om teaterregi och upphovsratt

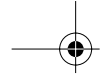
98. For dem er det jo heller ikke snakk om å krenke jfr, Åndsverkloven, men heller ikke for bransjen tror jeg det ansees ufint fordi det er en del av kulturen

99. Torben Lund, s. 253

100. Karnell, Rätten til programinnholdet i TV. Stockholm 1970, s. 116

101. Lassen, utvalgte emner, s. 128

102. Lassens avhandling om «Utøvende kunstners prestasjoner» § 8 III 4 s. 38



36 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

føringer som ligger utenfor vernet. Men hva er det man ikke gjør når man snakker som man automatisk oppfyller når man danser, eller spiller et instrument? Lassen hevder at når man beveger seg utenfor «ren nøktern formidling av ordenes innhold», oppfyller man kravet. «Prestasjonen må bære preg av kunstneriske ambisjoner.»¹⁰³

Bendt Rothe hevder at det som må være avgjørende for bedømmelsen er «*alene, om prestasjonen ydes i den hensikt i at bibringe publikum...en opplevelse av estetisk karakter.*»¹⁰⁴ Det er altså viljen til å gi en opplevelse som skal være utslagsgivende for bedømmelsen av om fremføringen er verneverdig, ikke evnen.

Rettsteknisk hensyn tilsier at et slikt krav er langt enklere å operere med enn krav til tilskuerens opplevelse, som vil ha like mange valører som tilskuerere. Tendensen i juridisk teori er å ikke stille krav til nivået av fremføringen. Bendt Rothe nevner også barneskolelærerens diktresitasjon og sang ved leirbålet som eksempler utenfor vernet.¹⁰⁵

Jeg har ikke problemer med å se at disse fremføringene stort sett er uten opptaksverdi, men at det er fordi de ikke er av kunstnerisk art er for meg for vanskelig å få tak i. Ambisjonen kan være meget stor, selv om ikke evnen er det.

Reelle hensyn tilsier at kun prestasjoner på et visst nivå vil være aktuelt å ta opptak av. En slags markedstankegang som regulerer seg selv. Dette er en slags overføring av plagiatkarakteristikken for verk. Der sier man «*what's worth copying, is worth protecting*» og brukes som argument for at alt som plagieres har verkshøyde. For de utøvende vil uttrykket bli, at det som er verdt å ta opptak av, er verdt å beskytte.¹⁰⁶ En fremføring som blir tatt opptak av er av kunstnerisk art, ellers ville den ikke blitt lagret. Kravet til verk vil jo holde ferdighetsprestasjoner utenfor¹⁰⁷ og speidersangene rundt bålet vil vel ingen ønske å ta opp annet enn til privat bruk?

Det er stort sett kun juridisk teori som har uttalt seg om hva kravet til kunstnerisk art innebærer. Det er likevel, av retttekniske hensyn og andre reelle hensyn, vanskelig å se at det kan være mulig å stille noe annet krav enn at intensjonen om å gi en kunstnerisk opplevelse må være tilstede. Det skal svært lite til for at kravet anses oppfylt.

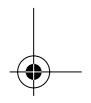
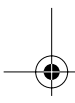
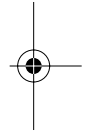
103. Lassen, Studiemateriale i opphavsrett og tilgrensete rettsområder 129

104. Rothe, Skuespillerkunst og Skuespillerrett, s. 334

105. Rothe, Skuespillerkunst og Skuespillerrett, s 331

106. «*Whats worth copying, is worth protecting*»

107. Idrettsprestasjoner eller for eksempel tyrefekting. Noen hevder dog at tyrefektere fremfører verk fordi han utfører bestemte skritt «*eine art pas de deux oder Todesballett...*». Isballett er en annen ferdighetsgren i mellomposisjon og klovner. Selv om de ikke snakker, utøver de verk som ofte skapes mens de fremfører. Denne skapelsesprosessen er det jeg hevder skuespilleren gjør *samtidig* som han fremfører et verk. Se side 26? Andre vil være av motsatt oppfatning.





Konklusjon: Fremføringen må være av kunstnerisk art, dvs styrt av en vilje til å overbringe en kunstnerisk opplevelse.

2.2.2 Rettspolitisk vurdering av artskravet

Men er ikke artskravet til fremføringen for vagt forankret? Er den juridiske metodes vanlige krav til årsak/virkning oppfylt? I juridisk teori nevner Lassen fremføringer av «kunstnerisk art», slik som vellykkete fremføringer av værmeldingene; værmeldingen fremført med innlevelse og patos.¹⁰⁸

I utgangspunktet er det for meg vanskelig å se at en værmelding har verks-høyde. Har man noe valgmulighet som tilfredsstillt kravet til selvstendig skapende arbeid ved beskrivelse av været? Dikteres ikke dette av skydekket?

Men forutsatt at værmeldingen har verks-høyde synes jeg eksemplet viser den symbiose som beskyttelsesobjektet, etter mitt skjønn, § 42 består av. En fremføring er et resultat av en prosess mellom et verk og en utøver, hvor man ikke kan begrunne vernet i noen av elementene, men hvor man i følge mine drøftelser, likevel må stille visse krav til resultatet som skal være av kunstnerisk art. Jeg skjønner at man ønsker å skjære unna formalitetskrav til den utøvende og at det er retts-teknisk vanskelig å operere med formelle kriterier. Likevel er det ingen annen som medfører at uttrykket (fremføringen) blir av kunstnerisk art. Resonnementet krever at man innrømmer at det indirekte stilles krav til den utøvende.

2.2.3 Fremføring av verk

Det er altså bare når den utøvende fremfører verk at han kan kreve beskyttelse etter § 42. Etter mitt skjønn er det ut ifra fremstillingens formål ikke nødvendig å behandle «verk» grundig. Jeg gir derfor bare en summarisk oversikt over vilkåret.

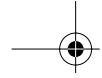
Verk er forkortelse for åndsverk og definert i åndsverklovens § 1. Listen på 13 eksempler som er angitt i bestemmelsen er ikke uttømmende.¹⁰⁹ Står man overfor en verkstype som ligner en som er angitt, kan man henføre den til det punktet som likner mest. Det som er vanligst ved utøverprestasjoner er fremføringer av musikk- eller sceneverk.

Det må foreligge noe man skaper, det som tradisjonelt skal til for å kalles et åndsverk er at det frembringes et produkt av et selvstendig skapende åndsarbeid.¹¹⁰ Dernest må det skapte kunne knyttes til en ytre realitet slik at det kan løses fra frembringeren og ha en viss blivende karakter. På den måten kan verket produseres eller meddeles til andre. Loven krever at det skapes noe

108. Lassens avhandling om «Utøvende kunstners prestasjoner» (§ 8 III 4, s. 38

109. Sijthoff Stray, Opphavsretten, s. 32

110. Knoph, Åndsretten, s. 64



38 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

subjektivt nytt, hvilket er et krav om originalitet.¹¹¹ For å ha krav på beskyttelse må derfor et åndsverk ha verkshøyde. Det må fremstå som noe mer enn rutinearbeid. Dette er likevel ikke basert på en kvalitetsvurdering (se note 95). For å godtas som åndsverk må verket «*iallfall i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side.*»¹¹²

Når det er snakk om verk som inngår i en fremføring, er det ikke nødvendig at verket er vernet, vernetiden kan være utløpt, likevel er kravet til verk oppfylt. Dette følger av at vernetidens lengde ikke inngår i definisjonen av «verk».¹¹³

2.2.4 Vernetidens lengde

Vernetidens lengde fremgår av § 42, 2. ledd. Den er på 50 år (vernetiden for opphavsmenn er på 70 år). At vernetidens lengde er meget kortere enn for opphavsmannen ble i forarbeidene begrunnet med at «*fristen er meget rommelig for de prestasjoner det her gjelder, og skal peke på at det i den internasjonale drøftelse har vært aktuelt med kortere frister.*»¹¹⁴ Dessuten regnes tidspunktet fra fremføringen, ikke som for opphavsmannen fra opphavsmannens død (åndsverkloven § 40).

Reelle hensyn tilsier en slik ordning. Utøvere medvirker stort sett i ensembleforestillinger. Da kan man ikke regne vernet for opptaket forskjellig ut i fra hver enkelt utøver. Dette gjør imidlertid forskjellen i vernetid langt større.

2.3 En kritikk av utøverbegrepet

Av lovens ordlyd følger at kunstneren utøver et verk. Dette kan synes å være det eneste vedkommende foretar seg. Begrepet gir ikke særlig veiledning i seg selv, hvilket gjør det nødvendig å se nærmere på om og i så fall hvilken veiledning andre argumentbærere kan gi. Av andre argumentbærere, eksempelvis juridisk teori, kan man utlede at det opprinnelig ikke ble ansett å ligge så mye i utøvelsen at fremføringen var berettiget til vern. Vår hittil fremste åndsekspert, Ragnar Knoph, hadde eksempelvis særdeles liten forståelse for at de utøvende selv skapte noe av fremføringen:

«Men dertil kan man ikke snakke om en virkelig frembringelse, hvis det ikke er skapt en ytre realitet som kan løses ut fra opphavsmannens personlighet, og dertil har en viss blivende karakter, slik at den kan

111. Karnov, åndsverkloven § 1

112. Se Knoph, Åndsretten, s. 64 og Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret, s. 70

113. Se note 95 hvor «verk» defineres. Vernetidens lengde er ikke en del av definisjonen

114. Ot. prp. nr 26, 1959-60, s. 94 lov om opphavsrett





reproduseres eller meddeles til andre. En forutsetning i denne retningen ligger også i åndsverkloven § 1, som nettopp fremhever eneretten til mangfoldiggjørelse som en vesentlig side av opphavsretten. «Kreasjonen» av en rolle, en skuespillers eiendommelige mimikk eller gestikulering, en musikers oppfatning av en komposisjon, en filmtype som Chaplins er således ikke gjenstand for opphavsrett, og heller ikke et regissørinnfall som å spille Hamlet i «smoking».»¹¹⁵

Dette er da også hovedsakelig bakgrunnen for grensedragningen mellom opphavsretten og de utøvenes rettigheter. I tillegg til at frembringelsen i følge Knoph, mangler det skapende element, kunne ikke prestasjonen fikseres. Ergo kunne den ikke mangfoldiggjøres og da eksemplarframstillingen er en av bærebjelkene i opphavsretten, kunne de utøvende ikke nyte godt av dette.

På tross av gruppens stemoderlige behandling, var den sosiale nøden så stor, særlig for musikerstanden, at det vokste frem et internasjonalt krav om vern av utøverprestasjonen. Vernet var riktignok mindre omfattende enn opphavsmannens vern. I stedet for en plass sammen med opphavsmennene, som etter hvert også omfatter skapere av dataprogram, ble de utøvende kunstnerne plassert sammen med bl.a. produsentene i kapittelet om nærstående rettigheter.

Etter mitt skjønn er det grunn til å stille spørsmål ved om denne plasseringen er riktig? Er ikke utøvelsen av verk underordnet det at eksekutøren skaper en prestasjon? Lar ikke dette seg manifestere gjennom teknologiens kopieringsteknikker, kan ikke dette gis en like sterk ytre realitet som for et verk?

Legger man den tradisjonelle begrepsbruken til grunn i snever forstand, vil antagelig både en cd-spiller og en musiker «fremføre» et verk, selv om følgende sitat kan sette oss i tvil om det egentlig er noen forskjell: «Ofte foregår opplevelsen også ved hjelp af en handling fra trediemands side, som sætter en mekanisk virkning eller lydbølger eller synsbølger i funktion, en grammofoonpasser, en filmoperatør, en skuespiller eller en optrædende musiker.» (Torben Lunds utheving)¹¹⁶ Det samme gjelder en videospiller og en utøvende kunstner. Likevel er det vel ingen i tvil om at fremføringene atskiller seg fra hverandre på vesentlige punkter. At fremføring må være noe mer enn «avspilling» av et verk, foranlediger etter mitt skjønn grunn til å se nærmere på spørsmålet om ikke skuespilleren er mer skapende enn det som hittil er erkjent, og at det således er den subjektive uttrykksformen som skaper «livet» på scenen – på lik linje med opphavsmannens selvstendige og skapende innsats. Dette spørsmålet vurderes mest hensiktsmessig i lys av en beskrivelse av elementene i en skuespillers prestasjon.

115. Knoph, Åndsretten s. 64

116. Torben Lund, NIR 1954, Om opphavsrettens grundbegreper, s. 140



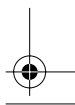
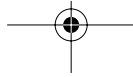
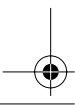
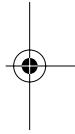
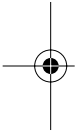
40 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

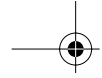
Utgangspunktet for skapelsesprosessen er teksten man får utlevert; manuskriptet. Det kan være mer eller mindre fullstendig, kanskje helst det siste. Et godt manuskript skriver heller ikke inn ting som kan spilles. Det er mye som kan vises på scenen, som må fremgå av en bok, for eksempel relasjoner mellom mennesker.

I ca åtte uker foregår en litterær analyse av teksten, samt en overføring av de intellektuelle valgene til scenespråk- det visuelle og hørbare. Arbeidet foregår under ledelse av en regissør, som anses å ha det overordnede ansvar, for bla. å få rollefigurene til å henge sammen og for å få skuespillerne til å fortelle den samme historien. Å spille teater heter på engelsk «to act», det er pseudonymt med å handle. Dette er ingen tilfeldighet. Engelskmenn har en lang tradisjon for teater og å spille teater er å handle, – gjøre noe på scenen, ikke snakke. «Snakken» fremgår av verket, handlingen er et resultat av skuespillere og regissørs kreative prosesser.

«Status» er et nøkkelbegrep, relasjonen mellom rollefigurene, som kan være et produkt av tiden eller forårsaket av andre omstendigheter. Status må spilles. Teksten kan si en ting, handlingene på scenen noe annet. Skikkelsens fremtoning skapes også av bakgrunnen skuespilleren har som person. Er du vokst opp i en familie hvor relasjoner var preget av disrespekt mellom foreldre og barn, forplanter denne erfaringen seg til det «tilbudet» skuespilleren gir regissøren i prøvetiden, som han må godta eller velge bort. Relasjon er en av de mest spennende opplysningene man får i en historie, det kan bestemme skuespillerens plassering på scenen – sterk plassering bak og svak foran – valgene i forhold til relasjon kan dreie historien. Hvis Hamlet spilles som en androgyn feiging som aldri tør å ta et oppgjør med sin onkel av angst for å bli avvist av sin mor og at alle handlingene må forstås i forhold til denne feigheten, forteller man én historie. En helt annen historie får man når helten Hamlet i mangel av respekt for «makten», sin onkel og mor, turer frem for å få renset ut «det råtne i Danmark. Alle disse valgene foretas av regissøren og skuespilleren i samarbeid. Hovedsakelig kommer skuespilleren med tilbudene som regissøren tilpasser helheten. Men poenget er at analysen basert på verket representerer åndelig, skapende arbeid. I tillegg kommer den evnen en god skuespiller har til å gjenskape livet i disse undertonene. Den delen av åndsarbeidet foregår mens skuespilleren fremfører. Det foregår altså flere skapende prosesser; som resulterer i handlinger på scenen. Noen prosessen foregår forut for selve fremføringen. Dernest foregår det en mens fremføringen foregår hvor skikkelsene skapes.

Konklusjon: Karakteristisk for den utøvende kunstners prestasjon er skapelsen av det som ikke står i manuskriptet, eller i notene for den saks skyld. Som det fremgår av ovenstående, er det ikke bare rom for slik selvstendig skapende innsats for den utøvende kunstner. Selvstendig skapende innsats er en

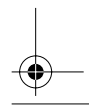
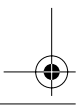
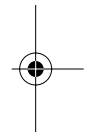
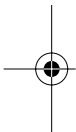


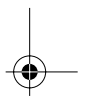
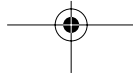
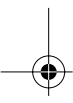
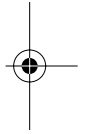
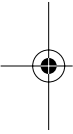
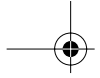


forutsetning for at fremføringen skal kunne være noe mer enn ren «avspilling». Det kan ikke være tvil om at selvstendigheten og omfanget av innsatsen til den utøvende kunstneren i mange tilfeller langt vil overgå den kreativitet og innsats som kreves for å skape et verk, for eksempel i form av en tegning eller et brev. Etter mitt skjønn bør dette tilsi at det ikke er noen avgjørende grunn – verken estetisk eller juridisk- til å skille de to fenomenene opphavsrett og utøvende kunstners prestasjoner fra hverandre på en slik måte som er gjort i dagens lovgivning. *Den utøvende er skapende.*

Oppfinnelsen av lyd/ video muliggjort *fiksering av prestasjonen*, ved at man kan lagre den for senere fremføring. Dette imøtegår det andre hovedargumentet for å plassere de utøvende utenfor gruppen med opphavsmenn.

Plasseringen av utøvende kunstnere i kapittelet om naborettigheter synes derfor feil. Når man ser hvilke «samboere» opphavsretten har fått (databaser og datamaskinprogram), blir feilen etter mitt skjønn enda mer fremtredende. Det gjenstår imidlertid å se om lovgivers vei også i fremtiden vil opprettholde skillet i status og syn på de to grupperinger med rettighetshavere.







3 VERNETS INNHOLD

Vernet er hjemlet i § 42, 1. ledd. Fremføringen må ikke uten kunstnerens samtykke

- «a) opptas på film eller på innretning som kan gjengi den,*
- b) kringkastes eller*
- c) på annen måte ved samtidig overføring ved tekniske hjelpemidler gjøres offentlig tilgjengelig for en annen krets enn den kunstneren direkte opptrer for.»*

Dessuten omfatter også vernet for de utøvende – et vern mot disponering over opptaket. Dette fremgår av § 42, 2. ledd flg., samt lov om avgift på offentlig fremføring av utøvendes kunstneres prestasjoner (lov av 14. desember 1956, nr. 4). Dette omtales som sekundærrettigheter men faller utenfor oppgavens emneområde.

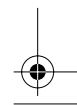
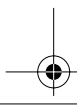
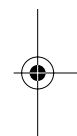
I den opphavsrettslige praksis og teori sondres det ofte mellom primær- og sekundærutnyttelsen av den utøvendes prestasjon, utøver beskyttelsen befinner seg på to plan. Den ene strukturen ligger kapslet rundt fremføringen (primærrettigheter), den andre rundt opptaket (sekundærrettigheter). Hvilket plans vern som er aktuelt avhenger av om det er fremføringen eller opptaket som blir utnyttet.

Sondringen er både av rettslig og praktisk karakter, selv om den ikke alltid er helt skarp. For eksempel har man en regel i § 42, 1. ledd c) som gir den utøvende enerett når fremføringen hans blir viderebrakt til et annet publikum enn det han opptrer for. Er dette en primær eller sekundærutnyttelse av fremføringen? Eller kringkasting av efemære¹¹⁷ opptak? Er dette primærbruk? Men selv om inndelingen er upresis er den så innarbeidet at jeg velger å benytte meg av den. Dessuten er den klargjørende for om man snakker om utnyttelse av opptaket eller fremføringen.

I § 42, 1. ledd gis den utøvende kunstneren enerett¹¹⁸ til primærbruk av prestasjonen. Fremføringen (i motsetning til opptaket) er beskyttet mot at det tas opptak av den, ved at man lagrer fremføringen til film eller annet lagrings-

117. Et efemært opptak er også kalt fremskutt opptak. Det er ofte hensiktsmessig for kringkastingsselskapene og ta opptak av en fremføring for å sende det på et egnet tidspunkt. Dette har de hjemmel for i åndsverklovens § 31

118. Imidlertid kan det se ut som om det mangler ideelle rettigheter knyttet til selve fremføringen (i for eksempel en teatersal), i og med at den ikke er behandlet i loven og ideelle rettigheter knyttes til de reguleringene som er gjort. Dette innebærer at retten til å bli navngitt som seg hør og bør, ikke er en hjemlet rett for de utøvende i åndsverkloven.





44 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

medium som kan gjengi den (§ 42, 1. ledd a). I tillegg har den utøvende i 1. plan vern mot at fremføringen blir tilgjengeliggjort for allmennheten gjennom kringkasting (§ 42, 1. ledd b), eller på annen måte (§ 42, 1. ledd c).

Fordi jeg har avgrenset oppgaven min til å omfatte § 42, 1. ledd, betegner jeg utøververnet som enerett, fordi alle handlinger krever samtykke fra den utøvende. Jeg vil bare skissevis omtale rettighetene knyttet til opptaket, når jeg ser det nødvendig for å skape oversikt i forhold til regler jeg skal behandle.

Vernets omfang er mer begrenset enn det opphavsrettslige vernet.¹¹⁹ Eneretten til den utøvende består av to komponenter; retten til å eksemplarfremstille og retten til å gjøre fremføringen tilgjengelig for allmennheten, – dette er som for opphavsmannen. Til forskjell fra for den utøvende har opphavsmenn vern mot plagiater og retten til bearbeidelser av verket som ikke oppfyller et originalitetsvilkår (åndsverkloven § 4, 2. ledd). Dessuten er altså deler av rettighetene til opptaket med den utøvende belagt med en såkalt tvangslisens (åndsverkloven § 45 b) slik at ikke samtykket fra den utøvende må innhentes før bruk, – den utøvende får betalt, men blir ikke spurt.

Begrepsbruken i § 42 er til tider en annen enn for eneretten til opphavsmennene i åndsverklovens § 2. Man bruker ikke «eksemplarfremstilling» eller «tilgjengeliggjøring for allmennheten», men «opptak» og «offentlig tilgjengelig for en annen krets...» osv. Dette selv om realitetsinnholdet i vernets omfang etter hvert er relativt likt.

3.1 Eksemplarfremstilling av fremføringen

Det gis vern mot fiksering av prestasjonen, – innspillingsbeskyttelse. Det angis to situasjoner som loven forbeholder den utøvende. Den første situasjonen er opptak til film, den andre er når det blir tatt opptak til «*innretning som kan gjengi den*».¹²⁰

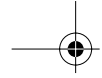
Men hva innebærer «opptak til film?»

Det antydes i forarbeidene at opptak til film representerer eksemplarfremstilling, ved at det uttales at film er et «*eksemplar som gjengir verket direkte*»¹²¹. Er det slik at bestemmelsen er et vern mot eksemplarfremstilling?

119. Bet. nr 962/ 1982, delinnstilling om beskyttelse af kunstnæriskke præstasjoner, s. 10

120. Loven bruker ikke termen eksemplarfremstilling om § 42 a)-tilfellene. Torben Lund omhandler § 42 a) som retten til eksemplarfremstilling i tre bestemte situasjoner (Ophavsretten, Torben Lund, København 1961) Det samme følger av Lassens avhandling om utøvende kunstners prestasjoner, §15 I s. 9

121. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 167 om endringer i åndsverkloven mm



Eksemplarframstillingsbegrepet's naturlige språklige forståelse tilsier at man må produsere mange kopier for å være innenfor karakteristikken. Det er kun snakk om ett kopi (lagring til fotopapiret).

Forarbeidene til åndsverkloven uttaler at eksemplarframstilling ble valgt som begrep fremfor mangfoldiggjøring fordi det også skulle omfatte å produsere en kopi.¹²² Slik at dette ikke er et argument i mot at vi har med eksemplarframstilling å gjøre.

Ordlyden i bestemmelsen tilsier ikke at dette er en bestemmelse om eksemplar -framstilling. I ordlyden brukes «*opptak til film eller til innretning som kan gjengi den*». Eksemplarframstillingsbegrepet nevnes ikke.

På den annen side henviser forarbeidene til åndsverkloven når den omhandler regelen, til presiseringsbestemmelsen for eksemplarframstilling i § 2, 3. ledd (dette må være en inkurie. Bestemmelsen står i 2. ledd)

Forarbeidene går i favør av at regelen er en avart av eksemplarframstillingsbegrepet.

Dessuten er 2. del av bestemmelsen «*innretning som kan gjengi den*» identisk med det eksemplarframstillingsbegrepet man finner i åndsverkloven § 2, 2. ledd: «*Som framstilling av eksemplar regnes også overføring til innretning som kan gjengi verket.*» Hensynet til harmoni i regelverket taler for at det er *eksemplarframstillingsbeføyelsen* som beskrives i § 42, 1. ledd siste del av a) fordi den har samme utforming som eksemplarframstillingsbestemmelsen i § 2, 2. ledd.

Også forarbeidenes presisering av at «opptak» også omfatter «*det å overføre framføring til en innretning som kan gjengi verket ...*»,¹²³ tilsier at det er retten til eksemplarframstilling som beskrives. Dessuten innehar forarbeidene en *henvisning* til eksemplarframstillingsbestemmelsen til opphavsmennene (åndsverklovens § 2, 2. ledd).

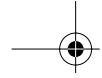
Også juridisk teori bekrefter at opptak til film e.l. er eksemplarframstilling i tradisjonell opphavsrettslig forstand. Dansken Torben Lund hevder at § 45 (som tilsvarer vår § 42) omhandler retten til eksemplarframstilling i tre bestemte situasjoner:

Stk 1. En udøvende kunstners framførelse af et litterært eller kunstnerisk værk må ikke uden kunstnerens samtykke a) optages på grammofoonplade, lydbånd, film eller anden indretning, der kan gengive de.

122. Ot. prp. nr 26 1959-60, s. 15 lov om opphavsrett

123. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 167 om endringer i åndsverkloven mm





46 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

Dette beskriver han som eneretten: «I § 45 er der givet eneret med hensyn til følgende disposisjoner over en udøvende kunstners prestasjoner: a) eksemplarframstilling, ...»¹²⁴

Ordlyden taler imot at bestemmelsen er en eksemplarframstillingsbeføyelse. Forarbeidene, reelle hensyn og juridisk teori taler for at bestemmelsen i § 42 uttrykker den utøvendendes generelle rett til eksemplarframstilling. Vernet generelle karakter fremgår ved at umiddelbar og middelbar eksemplarframstilling er omfattet.

Konklusjon: Bestemmelsen i § 42, 1. ledd a) omhandler den utøvendendes rett til eksemplarframstilling av framføringen.

3.1.1 Filmbegrepet

Først må det slås fast at det er film som lagringsmedium som omhandles, ikke som filmverk. Dette fremgår av lesing av ordlyden under ett («opptak til film»), samt av forarbeidene: «...*det å innspille framføringen på film...*»¹²⁵

Det står at framføringen ikke kan opptas på film. Men hva omfatter filmbegrepet? Innebærer dette at også opptak til videogram er omfattet?

Til nå har tradisjonelle filmruller dominert opptakssituasjonen med skuespillere ved filminnspillingen.

I tv har man hele tiden benyttet video og denne opptaksformen blir mer og mer vanlig også under innspilling av film. Video åpner for helt nye muligheter fordi det er produksjonsmessig «lettere» enn film. Det krever mindre stab og kan redigeres på PC. I prinsippet kan hver og en nå kjøpe et videokamera og en redigeringsenhet til sin hjemme PC og lage sin egen film med god billedkvalitet.¹²⁶

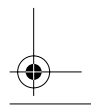
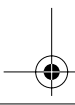
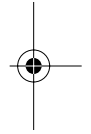
Ordlyden tilsier at videogram ikke er omfattet. Videogram er noe annet enn film, det er to forskjellige lagringsmedier. Dette fremgår blant annet av lov om film og videogram, her omtales lagringsmediene separat.¹²⁷ Film er definert som «*fotografiske eller teikna bilete som er sette saman på ein slik måte at dei laver ein levende rørsle*» (§ 1,2. ledd) På den annen side omfatter videogram også opptak av levende bilde (film og videogramlova §1, 3. ledd), eller levende bilde og lyd. Dette er jo også slik forarbeidene definerer «film». Dette kan tale for at videogram er omfattet. På den annen side har film og video *forskjellig lagringsmedium* (fotografisk bilde eller magnetbånd og videoplater).

124. Ophavsretten, Torben Lund, s. 249-252

125. Ot. prp. nr 85 1994-95, s. 167 om endringer i åndsverkloven mm

126. Opplysningene er hentet fra Harry Guttormsen, spillefilmkonsulent, Norsk film

127. lov om film og videogram, av 15. mai 1987 nr 21



Film og videogramloven behandler også begrepene som separate medier (§1, 1. ledd og 3. ledd). Dette taler også i disfavør av at filmbegrepet i åndsverkloven omfatter videogram.

På den annen side er formålet med sontringen i film og videogramloven etablert fordi den er viktig i forhold til distribusjonsformen.¹²⁸ Ulike regler i straffeloven kommer til anvendelse, avhengig av om hvordan filmen formidles. Dette er ikke nødvendigvis en hensiktsmessig eller ønskelig sontring i forhold til filmbegrepet i åndsverkloven, hvor distribusjonsformen kun kommer inn i forhold til allmennhetsbegrepet.

I forarbeidene til endringer av åndsverkloven står det om begrepet «film»:

«I denne bestemmelsen som ellers i loven benyttes «film» som en fellesbetegnelse for ulike typer eksemplar som har det til felles at de bærer levende bilder. Film kan ha form av eksemplar som gjengir verket direkte – ved at man ser på bildene på celluloid strimmel, eller, mer praktisk, ser filmen ved at bildene projiseres direkte på et lerret, eller av en innretning som kan gjengi verket jfr åndsverklovens § 2, 3. ledd, som for eksempel et videogram.»¹²⁹

Hvis filmbegrepet omfatter videogram, hvorfor omtaler da forarbeidene videogram som «en innretning som kan gjengi verket»?¹³⁰ Ordlyden i forarbeidene på dette punktet tilsier at «film» ikke omfatter videogram.

På den annen side er videogram uomtvistelig et eksemplar «som bærer levende bilder».¹³¹ Dette vil innebære at videogram er omfattet av filmbegrepet. Forarbeidene må derfor sies å gi motstridende signaler på dette punktet.

Også andre forarbeider til åndsverklovens fra 1988 og 1994 likestiller film og videogram.¹³²

Problemstillingen aksentueres ved at video brukes i langt flere sammenhenger enn til å lagre filmer. Det benyttes til reportasjer, nyheter osv. Hvis filmbegrepet omfatter videogram ville dette innebære at uansett hva videogrammet lagrer er det omfattet av filmbegrepet?

Rettspraksis har behandlet problemstillingen. I en byrettsdom fra 25. februar 1998, diskuteres rekkevidden av filmbegrepet (som lagringsmedium). Saken gjaldt hvorvidt kringkastingsselskapene hadde rett til å innkopiere lydopptak i TV-programmer, som en del av deres rett til

128. Beate Jacobsen, CompLex 2/94, s.74

129. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 167 om endringer i åndsverkloven mm

130. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 167 om endringer i åndsverkloven mm

131. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 167 om endringer i åndsverkloven mm

132. Ot. prp. nr 36 1988-89, s. 17 om endringer i åndsverkloven i forbindelse med innføring av tvangslisens (§ 45b) og Ot. prp. nr 15 1994-95 s. 138 om endringer i åndsverkloven mm.



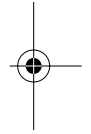
48 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

efemære¹³³ opptak etter åndsverklovens § 31. I § 31 brukes begrepet «film» og problemstillingen var hvorvidt dette gav kringkastingsselskapet rett til å innkopiere lydopptak til annet enn «film», dvs et spørsmål om de også kunne innkopiere til videogram, altså et spørsmål om rekkevidden av filmbegrepet. Avgjørelsen er relevant for filmbegrepet i § 42, fordi § 31 er et unntak til § 42, 1. ledd og fordi retten uttaler seg om filmbegrepet i kap. 5 (kapittelet om naborettigheter i åndsverkloven).¹³⁴

Retten var enig i at det tradisjonelle filmbegrepet hadde vært utgangspunktet ved utformingene av bestemmelsene. For å forstå rekkevidden av dommen må man vite at alle (nesten) TV-programmer lagres på videogram:¹³⁵

«Imidlertid har en stor tv-produksjon av for eksempel litterære verk, etter rettens oppfatning nærmest identiske problemstillinger i forhold til dette, med avtale med skuespillere etc. Selv om det er klare forskjeller mellom ytterpunktene et reportasjel dokumentarprogram og en filmminnspilling, er det etter rettens oppfatning også slik at grensene mellom de forskjellige typer Tv-produksjoner (reportasjer, dokumentar, halvdokumentar, dramatisert litteratur m.v.) kan være flytende.»¹³⁶

Retten hentet også støtte for sine synspunkter fra to forskjellige forarbeideruttalelser som sidestilte film og videogram.¹³⁷ Dessuten henter de støtte fra en uttalelse i juridisk litteratur.¹³⁸ Retten hevdet altså at *filmbegrepet i åndsverkloven* omfatter all levende «film», i befattet all fremføring av levende



133. Efemære opptak, betyr kortvarig eller midlertidige opptak. I åndsverkloven § 31 finnes det et unntak fra de utøvedes enerett til eksemplarframstilling. Kringkastingsselskapene kan foreta opptak(eksemplarframstillinger) til bruk i egne sendinger, når de for øvrig har retten til å bruke verket i sine sendinger. Ved offentlig fremføring(sendinger til allmennheten) må imidlertid kringkastingsselskapene betale for dette etter reglene i kapittel 5 (§ 45b). Dette blir kalt, retten til å foreta efemære opptak. Regelen ble til som et resultat av en konvensjonsforpliktelse i Bernkonvensjonen art. 11 pkt.3 og forskrift av 2. april 1962 nr 4 (KD) om opptak av åndsverk. At bestemmelsen gjelder tilsvarende for utøvende kunstners følger av henvisningen i § 42, 5. ledd Hovedhensynet bak regelen er sendetekniske årsaker. Kringkastingsselskapet skal gis rom for å «spare» opptaket til bruk i en sending slik at de ikke må sende alt stoff direkte. Bestemmelsen er en av låne-reglene (kap.2 i åndsverkloven), og ansett for å være situasjoner der samfunnsmessige hensyn har prioritet fremfor hensynet til den utøvende.

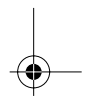
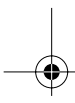
134. Byrettsdom av 25. februar 1998, s. 15

135. Se om teknikken på side 36 og i note 131

136. Byrettsdom av 25. februar 1998, s. 15

137. Ot. prp. nr. 36 1988-89, s. 17 om endringer i åndsverkloven i forbindelse ved innføring av tvangslisens og Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 138, om endringer i åndsverkloven mm

138. Lassen uttaler at video faller inn under lydfilmbegrepet i § 45b, i Ot. prp. 36 1988-89, s. 17. Ot. prp. nr 36 1988-89 om endringer i åndsverkloven i forbindelse ved innføring av tvangslisens



bilde(også reportasjer). Dette vil medføre at uansett hva videogrammet lagrer vil det være omfattet av filmbegrepet i åndsverklovens § 42, 1. ledd a).

Partene i saken var fire produksjonsselskaper (Warner Music Norway AS; EMI Norsk AS, Majorstudio AS, Kirkelig kulturverksted AS) mot NRK og TV 2 AS. Produsentene representerte også de utøvende. Saken gjaldt *innkopiering* av lydopptak i forskjellige NRK-programmer (Norge rundt, Sportsakvalkaden etc). NRK hevdet at innkopieringen var en del av deres rett etter § 31, og noe de ikke behøvde og hente samtykke til for å gjøre (slik kopiering omfatter også opptak med utøvende). Produsentene derimot hevdet at innkopiering til film, var *overføring til annen innretning* og altså regulær eksemplarframstilling som krevde samtykke. Da kunne produsentene/ de utøvende nekte bruken hvis de fant sammenkoblingen mellom programmet og deres prestasjon krenkende(jfr § 42, 5. ledd jfr § 3).

Ordlyden i § 31 ble endret i 1995. Endringen representerte en presisering av regelens innhold i følge forarbeidene. Resonnementet medfører at forbudet mot innkopiering uten samtykke også var forbudt før 1995. Retten benektet imidlertid dette og hevdet i tråd med dette at rettstilstanden før lovendringen var *uklar*, slik at det ikke var grunnlag for å dømme kringkastings-selskapene for å ha gjort noe *rettsstridig* i perioden før endringene. Det kan synes som om retten antitesisk da mener at *etter lovendringen* representerer innkopieringen *eksemplarframstilling* som det i så fall må innhentes samtykke til for å gjøre.

Byrettsdommen taler i favør av at filmbegrepet omfatter videogram.

Men utvider derved dommen *beskyttelsessfæren* etter § 42, 1. ledd til å omfatte alle tv-programmer? Reelle hensyn og bestemmelsen lest under ett, tilsier at dette ikke kan bli konsekvensen. Bestemmelsen og beskyttelsessfæren etter § 42 må likevel leses med de begrensninger som ligger i at vilkårene om at det må være utøvende kunstners fremføring av verk, må også oppfylles. Dette innebærer at musikkvideoer,¹³⁹ for eksempel, er omfattet av vernet i § 42, men ikke fjernsynsprogrammer som ikke er av kunstnerisk art.

På tross av at det i det praktiske liv sondres mellom film og videogram og ordlyden derfor tilsier at videogram ikke omfattes, taler ulike forarbeider, en byrettsdom for at filmbegrepet omfatter lagring til videogram.

139. Bortsett fra at dette er lite praktisk, da musikkvideoer ofte er opptak, og derved reguleres i § 42, 2. ledd

50 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

*Konklusjon: Filmbegrepet omfatter videogram, uansett hva som er lagret på det.*¹⁴⁰

Det er ikke viktig i forhold til §42, 1. pkt a) å slå fast hvorvidt film omfatter videogram, fordi video i alle fall omfattes av sekkebegrepet i den andre delen av bestemmelsen i, men for andre deler av utøververnet er det viktig (blant annet i forhold til § 45b), slik at vurderingen har verdi for senere drøftelser og andre problemstillinger knyttet til vernet av de utøvende kunstners prestasjoner.

3.1.2 Opptak til andre lagringsmedier

Den andre delen av punkt a) er en sekkebestemmelse for opptak til alle andre lagringsmedier. Man må også innhente samtykke fra den utøvende ved overføring «til annen innretning som kan gjengi den».

Etter lovendringen i 1995 er bestemmelsen teknologinøytral: «Hensikten med denne endring er å gi bestemmelsen en form som ikke er knyttet opp til bestemte typer teknologi.»¹⁴¹ Juridisk teori uttaler imidlertid at ordlydsendringen ikke medførte noen endring av rettsstilstanden. Også før 1995 favnet bestemmelsen opptak til medier som ikke var konkretisert i bestemmelsen: «Om opptaksteknikken må betegnes som mekanisk, elektromagnetisk eller på annen måte, er uten betydning så lenge opptaket kan tjene til å gjengi en utøvende kunstners fremføring av et verk».¹⁴²

Medfører dette at det såkalte utvidete eksemplarframstillingsbegrep (§ 2, 2. ledd) også er relevant for de utøvenes primærrettigheter, slik at den utøvenes rett til eksemplarframstilling tilsvarer den for opphavsmennene? Ordlyden tilsier at dette er tilfellet i det den er identisk med begrepet i åndsverklovens § 2, 2. ledd.

Henvissningen i forarbeidene tilsier dette.¹⁴³ Dessuten tilsies dette av hensynet til harmoni i åndsverkloven, da vil eksemplarframstillingsbeføyelsen til de utøvende bli tilsvarende det for opphavsmannen i § 2, 2. ledd.

Også rettspraksis tilsier dette. I byrettsdommen¹⁴⁴ som ble nevnt tidligere var problemstillingen oppe. Her hevdet retten: «Den rett som utøves ved innkopiering av hele eller deler av et fonogram til sammenstilling med levende bilder, er en framstilling slik som beskrevet i åndsverklovens § 2, 2. ledd.

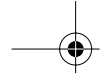
140. Hvorvidt dette også omfatter digital lagring vil drøftelsene senere vise mer inngående (s.46). Frekvensen (som er det eneste som skiller analoge og digitale signaler), er ikke relevant for definisjonen av filmbegrepet, ergo er det omfattet av det.

141. Ot. prp. nr 15, 1994-95, s.167 om endringer i åndsverkloven mm

142. Lassens avhandling om «Utøvende kunstners prestasjoner» § 15 I, s.6

143. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 167 om endringer i åndsverkloven mm

144. Byrettsdom av 25. februar 1998, s. 15



Denne bestemmelsen gjelder redaksjonelt bare opphavsretten, men definisjonen av fremstillingen må få tilsvarende for utøver- og produsentrettighetene.»

Konklusjon: Eksemplarfremstillingsbegrepet til de utøvende er tilsvarende det for opphavsmannen.

Hvorfor opererer man med to alternative begreper i eksemplarfremstillingsbestemmelsen i stedet for etteknologinøytralt? Forarbeidene gir ikke noe svar på. Antageligvis har det med Svante Bergstrøms (se nedenfor) sontring mellom umiddelbar og middelbar eksemplarfremstilling.

Sontringen mellom umiddelbart- og middelbart eksemplar ble etablert i 50-årene. En billedserie og en fotoserie vil kunne være et umiddelbart eksemplar av verket, mens videogrammet må bli brukt *sammen med* et teknisk hjelpemiddel for å bli formidlet og er derfor eksempel på et middelbart eksemplar.

Egentlig er det derfor feil å kalle åndsverkloven § 2, 2. ledd, én utvidelse. Det er snarere en *presisering*. Innholdet er et eksempel på at Svante Bergstrøms sontring mellom umiddelbart- og middelbart eksemplar er omfattet av eksemplarfremstillingsbegrepet.¹⁴⁵

3.2 Eksemplarfremstilling og Internett

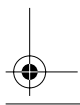
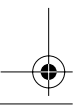
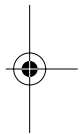
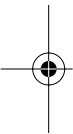
Men vil § 42, 1. ledd a) overhode komme i betraktning ved overføringer på Internett? Utøvenes fremføringer over Internett er forutsetningen som er angitt som avhandlingens emneområde. Foregår det eksemplarfremstillinger ved direkteoverføringer av musikk eller forestillinger på Internett? Vil ikke dette være en fremføring?

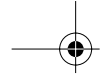
Eksemplarfremstilling og fremføring blir i juridisk doktrine satt opp som motsatser. Eksemplarfremstilling stiller krav til varighet og selvstendighet. Hvis dette ikke oppfylles er materialiseringen en fremføring.¹⁴⁶

I distribusjonsprosessen gjennom nettverket foregår det prosesser som kan være eksemplarfremstillinger i § 42, 1. ledds forstand. En teknisk beskrivelse av overføringsprosessen på Internett vil avdekke på hvilke punkter i overføringsfasen problemstillingen kan oppstå.

145. Svante Bergström, Uteslutande rätt att förfoga över verket. Studier över upphovsmannarättens föremål och innehåll enligt det s.k nordiska förslaget, Uppsala 1954, s. 79-80

146. Ot. prp. nr 85 1997-98 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser s. 17, Bing 1985 s. 87/88, Sijthoff Stray, Opphavsretten s. 57





52 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

3.2.1 Teknisk beskrivelse av prosessen¹⁴⁷

Fremføringen blir altså viderebrakt til en mottaker som har en hjemme-pc. Dette vil være en direkteoverføring, fordi fremføringen oversendes «samtidig» som forestillingen eller konserten foregår.

Opplaster, eller den som tar opp forestillingen eller konserten, gjør en tilkobling fra innretningen (kameraet eller mikrofonen eller noe annet som er i stand til å fange opp signalene) til Internettet.

Fra mottakermaskinen kommer det samtidig en etterspørsel til World Wide Web (Web) etter den spesifikke konserten eller forestillingen.¹⁴⁸ Forespørselen sendes til en Web-tjener i form av en Universal Resource Locator (URL) Adresseforespørsel blir sendt til en Domain Name Server (DNS) som tilbakesender den ønskede sidens Internett-protokoll.¹⁴⁹ Protokollen sender browseren¹⁵⁰ forespørselen gjennom en ruter, som sender beskjeden gjennom den delen av nettverket som har minst trafikk for øyeblikket. Forespørselen blir delt opp i mindre datapakker som blir sendt i forskjellige retninger over det nettverket som har størst kapasitet på forsendelsestidspunktet. Svaret på en slik forespørsel er en Web-side (konserten, el).

Ved tilbakesendelse av det man har forespurt kan dataen som går gjennom ruterene ha verkshøyde¹⁵¹ og i vårt tilfelle være vernet etter § 42 fordi det innehar direkteoverføring av utøvende kunstners fremføring av verk. Derfor får prosessen betydning i forhold til åndsverkloven.

Til tider kan ruterne velge å sende den samme pakken med informasjon alternative veier for å få fortløp i forsendelsen. I passasjen gjennom ruterne er det spørsmål om det befinner seg (1) *så mange* av pakkene i ruterne samtidig, at det i omfang er nok til å representere eksemplarframstilling i åndsverklovens forstand. Det blir dernest diskutert hvorvidt den framstillingen som foregår i ruterne er representert (2) *lenge nok* til å oppfylle vilkåret til fasthet.¹⁵² I forarbeidene til databasedirektivet omtales denne prosessen som mellomlagring.¹⁵³ Passasjen gjennom ruterne er altså et mulig skjæringspunkt for

147. Det tekniske er gjennomgått av Håkon Styri, sivil ingeniør i Telenor.

148. World Wide Web blir også omtalt som Verdensveven på norsk, betegner det verdensomspennende nettverket av datamaskiner som er tilknyttet nettet. Også kalt «Web». Web er en av hovedtjenestene på Internett hvor man, i tillegg til å innhente informasjon, kan søke etter konserter, forestillinger, happenings, installasjonsfremføringer og lignende.

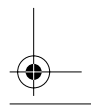
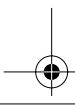
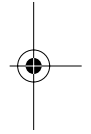
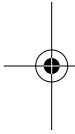
149. IP er Web-adressen uttrykt i tall i stedet for bokstaver fordi datamaskinene forstår dette bedre. *Protokoll* er reglene om hvordan to forskjellige datamaskiner kommuniserer

150. Et dataprogram som er i stand til å søke opp adresser

151. Verkshøyde betyr at verket må være produkt av en selvstendig, skapende åndsinnsetning, jfr åndsverkloven § 1.

152. Ot. prp. nr 85, 1997-98, s. 14 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

153. Ot. prp. nr 85, 1997-98, s. 14 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser



eneretten, men av hensyn til avgrensning av oppgaven vil jeg ikke drøfte dette nøyere, kun nøye meg med å påpeke problemstillingen.

For at en datamaskin skal kunne vise noe på en skjerm må dataene midlertidig lagres i arbeidsminnet på en datamaskin.¹⁵⁴ Prosessoren (hjernen) i en datamaskin er avhengig av å hente de data den skal behandle til arbeidsminnet. Dataene blir lettere og raskere tilgjengelig når det ligger i dette arbeidslageret. Minnet er av typen Random Access Memory (RAM), direkteminnet på norsk. RAM er egentlig bare en måte å beskrive hvordan minnet lagrer og står i motsetning til sekvensiell hukommelse. I en RAM-hukommelse kan man hoppe frem og tilbake i for å få det man søker, mens ved sekvensiell lagring må man spole forbi det lagrete for å komme dit man vil.¹⁵⁵ Lagringen i RAM vil være av midlertidig art da det lagrete vil forsvinne ved strømvakobling, eller ved at nytt materiale presser ut det som er lagret på et tidligere tidspunkt. Dette medfører at utøvermateriale vil befinne seg på PCen og være tilgjengelig for bruk og kopiering for en begrenset tidsperiode.¹⁵⁶ Denne prosessen er betegnet som «midlertidig lagring» i forarbeidene.¹⁵⁷

3.2.2 Problemstillingene som vil bli behandlet.

Foretas nedlasting får man tilgang på et varig eksemplar av fremføringen, uten generasjonstap, dvs at den innehar akkurat like god kvalitet som originalen.¹⁵⁸ Man får altså samme vare og utnyttelsesmulighet som ved et ordinært kjøp.¹⁵⁹ Kvaliteten er en konsekvens av digital teknologi. Et nytt kopi produseres på basis av koder uttrykt i tall, og en eksakt kopi kan lages som brukeren kan benytte selv, eller sende videre til andres avbenyttelse.

Det er liten diskusjon om hvorvidt lagringen på harddisk eller diskett¹⁶⁰ er eksemplarframstilling i åndsverklovens forstand, og at dette vil være tilfellet hvis en bruker etter å ha fått fremføringen overført til seg velger å la den lagres på harddisken: «*En lagring på harddisk vil derfor normalt være en eksemplarframstilling i henhold til § 2 fordi den normalt ikke vil være av flyktig karakter.*»¹⁶¹ Prosessen vil jeg omtale kort. Den vil som sagt, ikke

154. Ot. prp. nr 85, 1997-98, s. 14 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

155. Wagle/Ødegaard, Opphavsrett i en digital verden, s. 509

156. Lagring i RAM kan vare like lenge som lagring på harddisk. Se note 180

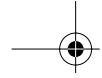
157. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 14 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

158. NOU 1986:18, s. 13 om opphavsrett og edb

159. Vare, funksjon eller tjeneste er et juridisk og et filosofisk spørsmål.

160. Harddisk er den i praksis viktigste lagerenheten. Platelageret består av flere roterende magnetlagre med spor og sektorer. Den lagrer altså dataene, og er en såkalt Write/ReadMany-hukommelse, dvs det kan både leses fra og skrives til enheten mange ganger. Diskett er en lagringenhet i form av en bøyelig magnetplate med forholdsvis liten lagringskapasitet, innebygget i en beskyttende beholder eller et omslag.

161. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 15 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser



54 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

være en nødvendig del av direkteoverføring på Internett og det er heller ikke kontroversielt, juridisk stoff. Likevel synes jeg behandlingen utfyller problemstillingene i forbindelse med direkteoverføringsprosessen, slik at jeg omtaler den kort.

Et av de ulike stridstemaene, også globalt,¹⁶² er om midlertidig lokal lagring kan anses som eksemplarframstilling og enerettsbelagt handling jfr § 42, 1. ledd. Dette gjør det nødvendig å se nærmere på hvorvidt man kan betegne prosessen i RAM som eksemplarframstilling i § 42, 1. ledds a) forstand.

Etterspørselen etter konserter eller andre fremføringer behøver ikke medføre andre framstillinger enn i datamaskinens RAM, med mindre brukeren velger å lagre informasjonen på harddisken eller skriver ut noe av basens innhold.¹⁶³ Nedlasting (som er en valgt, tilleggshandling) er altså ikke en nødvendig, men som undersøkelser viser, en nokså vanlig handling.¹⁶⁴ Lagringen i RAM vil skje automatisk, og er ikke noe den enkelte bruker velger å gjøre. Dette gjør det spesielt interessant å se nærmere på spørsmålet om lokal midlertidig lagring faller inn under eneretten? Av hensyn til sammenhengen kan det først være hensiktsmessig å redegjøre kort for «eksemplarframstilling».

Forutsatt at lokal midlertidig lagring er eksemplar og derved en enerettsbelagt handling er det spørsmål om handlingen likevel er unntatt fra vederlagsplikt fordi den utøvenes enerett er avgrenset mot de såkalte lånereglene i kapittel 2.¹⁶⁵ Regelen medfører at brukeren i visse sammenhenger, uten å innhente samtykke, har rett til å fremstille enkelte eksemplarer innenfor den «private sfære» (§ 42, 5. ledd jfr. § 12)? Dette vil jeg, av hensyn til oppgavens omfang behandle meget kort. Temaet er, etter mitt skjønn, meget viktig i forhold til den reelle omfangen av eneretten. Digital teknologi og Internett er kanskje i ferd med å underminere en forutsatt balanse mellom rettighetshavere og samfunnet?¹⁶⁶

162. Jfr Vinje (1971), s. 231, COM (97) 628 endelig utgave, s. 13 og Kutrz (1996), s. 122, for så vidt gjelder amerikansk opphavsrett.

163. Ot. prp. nr 85, 1997-98, s. 14 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

164. Norwaco har foretatt to undersøkelser. En på hvor stort omfang brenning av CD-er representerer og en på nedlasting av MP3-filer, se MMI's rapport om Innehav og innhold på egenbrente CD'er i Norge av 6. april 2000 og MMI's rapport om hvor mange som har prøvd og bruker MP3-filer, av 9. juni 2000 RE/ 58493

165. Mer om lånerregelen i åndsverklovens § 12 på s. 59

166. Knoph, Åndsretten, s. 124



3.2.3 Eksemplarfremstilling, nedlasting

I § 42, 1. ledd a) stilles det altså opp to lagringsalternativer som er innenfor eneretten. Det som er relevant ved nedlasting av fremføringen til¹⁶⁷ fysisk bærer er alternativet om at det ikke uten den utøvendes samtykke må foretas opptak «til annen innretning som kan gjengi den». Men er harddisk eller diskett en slik «innretning»?

Innretning er et teknologinøytralt begrep. Dette fremgår av forarbeidene til åndsverkloven: «Eneretten gjelder uansett hvilken teknologi som benyttes for å fremstille eksemplarer som gjengir den utøvende kunstners fremføring.»¹⁶⁸ Dette skulle tilsi at alle medier skulle være omfattet, også harddisk og diskett.

Men omfatter også «innretningen» lagring til et digitalt medium? Forarbeidene til databasedirektivet bekrefter dette: «Det betyr at overføring til et digitalt lagringsmedium, f.eks. harddisken på egen datamaskin eller en diskett, vil utgjøre en fremstilling av eksemplarer.»

Det samme bekreftes av WIPOs agreed statements, fra diplomatkonferansen i 1996.

Eksemplarfremstillingsbeføyelsen etter Romakonvensjonen gis her anvendelse overfor digitale medier: «The reproduction right, as set out in Article 7 and 11, and the exceptions permitted thereunder through Article 16, fully apply in a digital environment, in particular to the use of performances and phonograms in digital form. It is understood that the storage of a protected performance or phonogram in digital form is an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of this articles.»¹⁶⁹

Innretning er et teknologinøytralt uttrykk og omfatter harddisk eller diskett.

Dernest må det drøftes om innretningen er i stand til å gjengi fremføringen?

Ved lagring på harddisk eller diskett kan det gjenskapes et eksakt kopi av fremføringen, som kan fremføres med samme kvalitet som originalen. Dette er blant de store fremskritt digitaliseringen har medført.¹⁷⁰

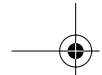
I forarbeidet til databasedirektivet står det: «Eneretten til eksemplarfremstilling omfatter også overføring av verket til et lagringsmedium som kan gjengi det, jfr åndsverkloven § 2, 2. ledd. Det betyr at overføring til et digitalt lagringsmedium, f.eks. harddisken på egen datamaskin eller en diskett, vil

167. Ulike fysiske bærere kan være aktuelt, harddisk, diskett, eller CD. CD står for Compact Disc og er et optisk medium for lagring av data i digital form.

168. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 167 om endringer i åndsverkloven mm

169. WPPT 20. des. 1996 agreed statements concerning article 7, 11, and 16

170. NOU 1986:18, s. 13 om opphavsrett og edb og Ot. prp.33 1989-90, s. 18



56 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

utgjøre en fremstilling av eksemplarer.» Siden det er en forutsetning for at eksemplarframstilling at det «overføres til en innretning som kan gjengi» fremføringen, må forarbeidene ved utsagnet kunne tas til inntekt for at innretningen (harddisk eller diskett) er i stand til å gjengi fremføringen (middelbart).

I tillegg henvises det i forarbeidene til åndsverkloven, i forbindelse med framstillingen av regelen om eksemplarframstillingen etter § 42, 1. ledd a), til åndsverklovens § 2, 2. ledd for å skissere omfanget av vernet.¹⁷¹

Dette skulle tilsi at det også vil være eksemplarframstilling når det skjer en direkteoverføring på Internett av utøverprestasjoner som blir lastet ned til harddisk eller diskett, så lenge forarbeidene kan tas til inntekt for at innretningen er i stand til å gjengi fremføringen.

Konklusjon: Eksemplarframstilling av fremføringen til en fysisk bærer som for eksempel harddisk eller diskett, er eksemplarframstilling i § 42, 1. ledd forstand.

3.2.4 Er midlertidig lagring i RAM eksemplarframstilling i åndsverklovens forstand?

I og med at lagring i RAM ikke er «film» er det den andre del av ordlyden i § 42, 1. ledd a) som er relevant: Brukeren må innhente samtykke fra den utøvende ved «*opptak til innretning som kan gjengi den*».

Problemstillingen er da hvorvidt midlertidig framstilling i RAM er opptak til innretning som kan gjengi fremføringen?

Kravet til eksemplarframstilling har blitt formulert som et krav om at «*fikseringen må være av en viss varighet og selvstendighet*»¹⁷² Dette gjør det nødvendig å se nærmere på om kravet til varighet og selvstendighet er oppfylt ved fikseringen i RAM?

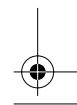
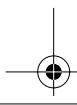
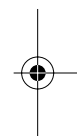
Varighet

Som en forutsetning for å få opp de analoge signalene som danner skjermbildet trenger altså datamaskinen å plassere den digitale informasjonen i RAM: «*Skal en datamaskin kunne vise noe på en skjerm, må det skje en form for lagring av dataene i brukerens datamaskin. ...I mange tilfeller vil fremvisning av et digitalt verk på skjerm, alene innebære en midlertidig framstilling av verket i datamaskinens arbeidsminne.*»¹⁷³ Informasjonen blir i RAM i et kor-

171. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 167 om endringer i åndsverkloven mm

172. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 15 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

173. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 14 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser



tere tidsrom enn ved permanent lagring på harddisken.¹⁷⁴ Er dette likevel nok til å representere eksemplarframstilling i åndsverklovens forstand?

Hvor lenge fikseringen i RAM varer, vil variere med blant annet strømtilførselen til datamaskinen: «*Kuttet strømtilførselen til datamaskinen, vil innholdet i arbeidsminnet slettes. ...Lagringen er midlertidig, og varigheten vil variere med den enkelte maskins lagringskapasitet.*»¹⁷⁵

Forarbeidene hevder at fikseringen vil være av for flyktig karakter for å oppfylle kravet til varighet: «*å se på det tilgjengeliggjorte materialet for brukeren, nødvendigvis innebærer rent teknisk begrunnede midlertidige lagringer av materialet ... Det er departementets oppfatning at slike midlertidige lagringer ofte vil falle utenfor eneretten til eksemplarframstilling slik denne må forstås.*»¹⁷⁶ Det tas altså et forbehold.

På den annen side uttaler juridisk teori seg skeptisk til å la eksemplarframstillingsbegrepet bestemmes av tid: «*Efter min opfatelse er det dybt problematisk at indbygge en tidsbetingelse i definitionen af et eksemplar...Hvor længe skal computeren være tendt, før man kan tale om en eksemplaranvendelse? Nogle computere er således indrettet, at eksemplarer kan forblive i RAM-hukommelsen i måneder, ja år.*»¹⁷⁷

På bakgrunn av forbeholdet i forarbeidene og uttalelse i juridisk teori kan det synes som om varighet ikke er et egnet kriterium for grensedragningen.

Reelle hensyn kan også tale i mot at varighet er et egnet kriterium. Kravet er et subjektiv moment som vil variere fra ett tilfelle til et annet, og begrepet midlertidig er relativt, slik at tidsgrensene ville være vanskelig å sette. Et maleris farger vil jo også svinne med tiden og det samme med trykken på et fotostatkopi, på tross av at begge disse er eksempler på varige manifestasjoner. Klassifikasjonen som midlertidig lagring i RAM har framstillingen fått fordi den varer kortere enn lagring i på harddisk eller diskett og at den ikke varer lengre enn strømtilførselen varer.¹⁷⁸ På den annen side varer den lengre enn som det bevegelige skjermbildet som en filmframføring for eksempel vil representere.

Reelle hensyn tilsier også, etter mitt skjønn, at kriteriet synes lite egnet til å skille mellom om fikseringen bør være vederlagspliktige eller ikke.

174. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 15 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

175. Ny teknologi er i stadig forandring. I forbindelse med lagring i RAM er det skjedd en hel del. Se side 51 om EEPROM hvor siv. ing Håkon Styrer informerer om de siste oppdaterte nyvinningene på området.

176. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 14 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

177. Mads Bryde Andersen, NIR 1995, ophavsret og den nye teknologi, s. 622

178. Dette er visst ikke lenger nødvendigvis riktig, det finnes arbeidsminner som varer lengre enn strømtilførsel. Se side 49, om EEPROM



58 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

Det synes som om kriteriet er et lite egnet kriterium i vurderingen av hvorvidt midlertidig lagring i RAM er eksemplarframstilling.

Selvstendighet

Videre stilles det krav til selvstendighet for at vilkåret om eksemplarframstilling skal anses oppfylt.¹⁷⁹ Men hva innebærer kravet til selvstendighet?

Forarbeidene til databasedirektivet hevder at kravet innebærer «*selvstendig i den forstand at fikseringen skjer på et medium av en viss bestandighet*».¹⁸⁰

Lagring i arbeidsminnet gir et tilstrekkelig grunnlag for å fremstille ytterligere eksemplarer av verket. «*Man kan for eksempel ta utskrift, legge verket over på diskett eller hente det frem fra annen datamaskin i nettverket.*»¹⁸¹ Ved en framstilling i RAM vil de *samme tegnene* være tilstede som er i stand til å skape et permanent eksemplar når tegnene er lagret på harddisken. Substansen er altså den samme som ved «klassisk» eksemplarframstilling. På denne bakgrunn kan det synes som om selvstendighetsvilkåret heller ikke er et egnet kriterium for å trekke grensen for handlinger som krever samtykke av den utøvende fordi det alltid vil være oppfylt.

Fikseringen i RAM har derfor den samme selvstendighet som eksemplarframstilling på harddisk eller diskett har.

Forarbeidene oppstiller derfor etter mitt skjønn kriterier som ikke er praktisk eller juridisk anvendelige for å løse grensedragningsproblemet mellom hvilke handlinger som krever samtykke fra den utøvende og de som ikke gjør det.

Likevel har forarbeidene uttalt at den anser midlertidig eksemplarframstilling i RAM til ikke å omfattes av eneretten.¹⁸² Dette gjør det nødvendig å se om andre argumentbærere kan gi veiledning i forhold til om grensedragningen kan trekkes på en annen måte, og i så fall hvordan.

Andre argumentbærere i vurderingen

Rettspraksis har ikke tatt stilling til om lagring i RAM kan tilfredsstille kravet til eksemplarframstilling i åndsverkloven.

Juridisk teori har ulikt syn på hvorvidt lagring i RAM er innenfor eneretten eller ikke. Mads Bryde Andersen hevder at framstilling i RAM representerer eksemplarframstilling, fordi det ikke er sikkert at lagringen varer midler-

179. Ot. prp. nr 85, 1997-98, s. 15 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

180. Ot. prp. nr 85, 1997-98, s. 15 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

181. Therese Steen CompLex 1/97, s. 13

182. Ot. prp. nr 85, 1997-98, s. 14 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser



tidig: «*kan det meget vel tænkes, at en RAM-kopi eksisterer i uger, ja sogar måneder og år... kopiering i RAM repræsenterer en eksemplar fremstilling, der beskyttes av opphavsretten.*»¹⁸³ Uttalelsen er et argument for at midlertidig eksemplar fremstilling i RAM er eksemplar fremstilling i § 42-forstand.

Reelle hensyn tilsier også at uttalelsen bør tillegges vekt i stadig større grad. Ny teknologi i forhold til lagringsteknikk i arbeidsminnet gjør at flyktighetskarakteren ikke lenger er karakteristisk for minnet. De tekniske karakteristika som Bryde Andersen beskriver (1991) har blitt enda mer fremtredende i dag. Litt teknisk informasjon vil kanskje bidra til å belyse dette.

Bak forkortelsen EEPROM skjuler det seg f eks en teknologi hvor en bruker kan skrive inn data som ikke blir borte selv om strømmen blir borte. Informasjonen kan viskes ut med et elektrisk signal og ny informasjon legges inn. (EEPROM står for Electric Erasable-Programmable Read-Only Memory.) Det som heter «flash memory» er en spesiell type EEPROM. Den brukes i veldig mange typer utstyr. Denne typen teknologi er blant annet brukt i små håndholdte datamaskiner, digitale kameraer og for ikke å glemme – små MP3-spillere som folk kan ta med seg i lomma. Løse minnebrikker med denne typen teknologi selges under merkenavnene Memorystick (Sony), CompactFlash og SmartMedia. EEPROM skiller seg fra EPROM hvor data også kan viskes ut og skrives inn på nytt. En EPROM har som regel et lite vindu i innkapslingen og informasjonen fjernes ved å belyse brikken med kraftig ultrafiolett lys.

En PROM er en programmerbar ROM, det vil si at en bruker kan skrive inn informasjon (programmere den). Teknologi som bare heter PROM kan bare programmeres en enkelt gang, men det finnes, som nevnt, flere teknologier som dette ikke gjelder for.¹⁸⁴

I følge svensk juridisk teori (Nordell 1997), er det siden midten av 80-årene skjedd en utvikling som gjør at det skal mindre til «*for at anse reproduksjon av værker i digital form for eksemplar fremstilling i ophavsretlig forstand.*»¹⁸⁵

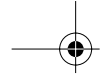
Annen teori går imidlertid ikke inn for at lagringen omfattes av eneretten.¹⁸⁶ Det samme uttrykkes i svensk juridisk teori, som av den grunn tar til orde for å tolke ordlyden innskrenkende:

183. Mads Bryde Andersen Lærebog i EDB-ret, Jurist- og økonomforbundets Forlag, København 1991, s. 172

184. Informasjonen er hentet fra Håkon Styri, sivilingeniør ved Telenor

185. Se *IT-retlige emner*, Helen Holdt og Thomas Riis m flere, «Rettslige aspekter ved Internett», s. 340

186. Jon Bing, *Rettslige konsekvenser av digitalisering; rettighetsadministrasjon og redaktøransvar i digitale nett*, s. 256



60 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

«Objektiv ordfortolkning af gældende ophavsret peger på at teknisk betinget midlertidig reproduktion må anses som omfattet af eksemplarframstillingsretten, men de reale hensyn, navnlig de mulige konsekvenser af at give for stærk ophavsretsbeskyttelse på det digitale område som kan hindre udbredelsen af Internettet og den hertil knyttede teknologi, peger i en anden retning.»¹⁸⁷

Hensynet til ytringsfriheten kan også anses som et argument disfavør av at lagringen i RAM er eksemplarframstilling.¹⁸⁸ Regler som innebærer vederlag, eller innhenting av samtykke før distribusjon på Internett kan virke hemmende på bruken av Internett fordi det er tidkrevende og kostbart.

Et annet argument i vurderingen ligger i hensynene bak og tilblivelseshistorien til sontringene mellom de forskjellige beføyelsene.

Eksemplarframstillingsretten er den «eldste beføyelsen» som ble innført som en måte å forhindre spredningen av eksemplare på.¹⁸⁹ Hvis opphavsmannen bandt eksemplarframstillingen til seg (forlaget i sin tid), kunne han potensielt forhindre at noen andre fremstilte eksemplarer og fikk ære og penger for spredningen. Eksemplarframstillingen i seg selv er jo ikke interessant eller inntektsbringende, uten muligheten for å selge eller på annen måte tilgjengeliggjøre eksemplarene for allmennheten. Det er altså det elementet som kan lage flere eksemplarer og spres (selges) som er interessant i forhold til den økonomiske verdien for ihendehaver av eksemplarframstillingsretten.

Når opptaket ligger lagret i RAM kan det produseres eksemplarer av materialet og dette kan spres. Hvis dette ikke kan kalles «eksemplarframstilling» er det å anse som en «fremføring»¹⁹⁰ (kort tilstedeværelse). Fremføringer har vanligvis ikke som egenskap at de kan kopieres og spres. Fremføringen kan videresendes og lastes opp slik at den er fremføringen er tilgjengelig for allmennheten. Reelle hensyn tilsier derfor at lagring i RAMs «natur», tilsier at likheten med egenskapene til et eksemplar gjør at lagringen bør klassifiseres som «eksemplar» og at det derfor foregår eksemplarframstilling i RAM.

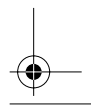
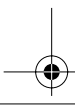
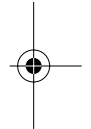
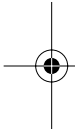
Et annet reelt hensyn taler i mot at framstillingen er innenfor eneretten. Forutsatt at midlertidig eksemplarframstilling er innenfor eneretten vil det ved overføring på Internett, i langt de fleste tilfellene, eksisterer to vederlagspliktige kopier per overføring; – ett i arbeidsminnet (RAM) og ett på

187. Se *IT-rettlige emner*, Helen Holdt og Thomas Riis m flere, «Rettslige aspekter ved Internett», s. 340

188. Ytringsfrihetskommisjonen, særskilt vedlegg nr 1 NOU 1999:27, s. 340

189. Knoph, *Åndsretten*, s. 88

190. Sontringen mellom fremføring og eksemplar blir behandlet i Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 17 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser. Bing 1985 s. 87/88, Sijthoff Stray, *Opphavsretten* s. 57



skjermen som er fremføring. Dette kan medføre krav om dobbeltbetaling per overføring. Reelle hensyn tilsier at det ikke er rimelig at en bruker skal være forpliktet til å betale både for fremføringen og for fikseringen i RAM. Det er også i andre sammenhenger i åndsverkloven, uttrykt skepsis overfor ordninger som innebærer dobbeltbetaling.¹⁹¹

På den annen side kan et slikt resultat imøtegås med avtaler eller tekniske foranstaltninger som gjør at brukeren kun belastes hver gang prestasjonen blir utnyttet økonomisk., ved for eksempel distribusjon eller eksemplarfremstilling på harddisk el

I tillegg ville man, ved å anse midlertidig eksemplarfremstilling som en enerettsbelagt handling, ramme de forespørslene som ikke medfører noen lagring på harddisk, men som kun blir lagret i RAM: «*I mange tilfeller vil fremvisning av et digitalt verk på skjerm, alene innebære en midlertidig fremstilling av verket i datamaskinens arbeidsminne.*»¹⁹² Dette er spesielt aktuelt for overføringer av prestasjoner etter § 42. Brukeren ber om en fremføring og får i tillegg en fiksert utgave som gjør han i stand til å lave nye kopier. Dette er selvsagt i utgangspunktet ikke veldig forskjellig fra et videoopptak av en fjernsynssending. Digital kopieringsteknikk er imidlertid så nøyaktig og kjapp at omsetningsmuligheten er langt større ved en digital kopi. Poenget understrekes av Norwacos undersøkelsene om nedlasting av MP3-filer og CD-brenning.¹⁹³

Dersom midlertidig eksemplarfremstilling ikke er enerettsbelagt vil dette være i strid med grunntanken i åndsverkloven. Noen får noe som andre har skapt uten å betale for det, lovens hovedformål tilsier at de utøvende skal sikres det økonomiske potensialet i sine frembringelser.¹⁹⁴ Åndsverkloven har uttømmende pekt ut situasjonene som tilsier vederlagsfri utnyttelse gjennom lånereglene i kapittel 2.¹⁹⁵ Ved midlertidig eksemplarfremstilling i RAM står man overfor en situasjon som ikke nødvendigvis dekkes av reglene i kapittel 2, hvis ikke handlingen kan betegnes som eksemplarfremstilling. Det ville være uheldig om tekniske anordninger skulle utvide «gratisreglene» i åndsverkloven, hvis realitetsinnholdet i «varen» er den samme. Dette reelle hensy-

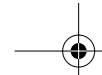
191. Ot. prp. nr 10 1956, s. 10, forarbeid til fondsloven

192. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 14 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

193. MMI's rapport om Innehav og innhold på egenbrente CD'er i Norge av 6. april 2000 og MMI's rapport om hvor mange som har prøvd og bruker MP3-filer, av 9. juni 2000 RE/58493

194. Knoph, Åndsretten, s. 85. Dette resonnementet forutsetter at eksemplarfremstilling i RAM utnyttes økonomisk.

195. Benevnelsen «låneregel» følger av at «samfunnet» vederlagsfritt kan *låne* av opphavsmannens/ den utøvedes verker/prestasjoner. Mer presist har man rett til å fremstille til *privat bruk* deler av/ opptak av e utøvedes prestasjoner, uten å innhente forhåndssamtykke eller å betale vederlag for det (§ 42, 5. ledd jfr. § 12).



62 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

net støttes av de foreslåtte reguleringene i harmoniseringsdirektivet fra EU,¹⁹⁶ som lar midlertidige eksemplarframstillinger av økonomisk verdi (litt enkelt sagt) være innenfor eneretten. Dette vil skille ut back-up-kopien i arbeidsminnet fra den som er det eneste kopien i systemet.

Juridisk teori kan også anses å gi støtte til et slikt standpunkt gjennom Mads Bryde Andersen artikkel¹⁹⁷ om opphavsrett og ny teknologi. Han skriver at rettighetshaveren kun bør knytte «*betalingsplikt til de (rettsbeskyttede) utnyttelseshandlinger, som har verdi for brukeren.*»

Forutsatt at midlertidig eksemplarframstilling er innenfor eneretten, er det flere reelle hensyn som i lys av lånerreglene¹⁹⁸ i kapittel 2 i åndsverkloven som kommer til. For å se midlertidig eksemplarframstilling i et helhetlig lys er det etter mitt skjønn nødvendig å trekke inn disse reglene, fordi eneretten avgrenses av lånerreglene.

Det finnes også andre reelle hensyn å hente fra de såkalte lånerreglene. De utøvenes enerett er avgrenset mot lånerreglene i blant annet § 12.

Regelen lyder:

«Når det ikke skjer i ervervsøyemed, kan enkelte eksemplarer av et offentliggjort verk fremstilles til privat bruk.»

Lånerreglene er oppstilt som likeverdige rettigheter til fordel for samfunnet, slik som eneretten er etablert til fordel for opphavsmannen og den utøvende.¹⁹⁹ Forarbeidene²⁰⁰ uttaler seg om omfanget av privatbruksregelen i forhold til ny teknologi: «*Departementet vil fremheve at man ved fortolkningen av bestemmelsen må ta hensyn til at den teknologiske utviklingen har medført en radikal økning av den eksemplarframstilling som skjer innenfor den private sfære ...*» Etter lovendringen i 1995 gir den uttrykk for at den ønsker en *streng fortolkning* av § 11 (nå § 12) fordi den tekniske utvikling har medført at man ellers vil stå i fare for å uthule opphavsmannens (og den utøvenes) økonomiske interesser.

Dette er argumenter for et strengt eksemplarframstillingsbegrep, som innebærer en vid fortolkning av begrepet hvor midlertidig eksemplarframstilling anses omfattet. Men hva innebærer det?

Forarbeidenes uttalelse ovenfor tilsier kanskje derfor at finnes det prosesser som ligger på grensen mellom vederlagspliktig og ikke vederlagspliktig utnyttelse, tilsier dette at man i større mon bør kalle en prosess eksemplarer enn

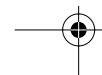
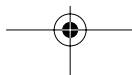
196. EUs forslag til harm. dir. artikkel 5 nr. 2/ EU 1997/0359 (COD)

197. Mads Bryde Andersen, Ophavsretten og den nye teknologi, NIR 1995, s. 627,

198. Se note 200

199. Knoph, Åndsretten s. 124/125

200. Ot. prp. nr. 15 1994–95 s. 37 om endringer i åndsverkloven mm



ikke, for å demme opp for de utøvenes økonomiske interesser. Definerer man midlertidig eksemplarframstilling i RAM utenfor eksemplarframstillingsbegrepet står man i fare for å uthule lånereglene ved at brukeren får den samme nytten som ved et eksemplar uten å måtte betale for det. *Hensynet bak lånereglene og reglene sett i forhold til ny teknologi, tilsier altså at man bør definere lagring i RAM som eksemplarframstilling.*

Et alternativt tiltak kunne være å innføre forbud mot kopiering fra digitalt til digitalt medium. Dette er regelen i dansk opphavsrettslov.²⁰¹ Reelle hensyn tilsier da at det er enklere og en mindre inngående begrensning å benytte et «strengt eksemplarframstillingsbegrep» snarere enn et totalforbud. EU har så vidt jeg kjenner til, kritisert reglene i dansk opphavsrettslov slik at de nå kan bli endret.

Et annet argument for at lagring i RAM er eksemplarframstilling er det såkalte «konkurranserettslige fortolkningsprinsipp» som bla er oppstilt i juridisk litteratur: «*En rekke av de innskrenkninger som gjøres i eneretten, forklares også ved at de ikke gir anledning til konkurranse med rettighetshaverens egen rettsnyttelse, og følgelig ikke volder ham virkelig skade...: Og selv om loven ikke gir uttrykkelig anvisning på det, vil en forstandig dommer ta konkurransemomentet til hjelp både titt og ofte, når han skal avgjøre tvilsomme enkeltspørsmål, fordi det i virkeligheten faller sammen med det konkrete interessesympunkt, som rettens håndhevere ikke bør lukke øynene for, når loven ikke tvinger dem til det.*»²⁰²

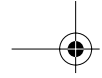
Han uttaler at dersom en handling står i konkurranseforhold til den utøvenes økonomiske utnyttelse av materialet skal det anses liggende innenfor eneretten. Tolket i lys av dette fortolkningsprinsippet, må det være relevant å se på framstillingen i RAM liggende innenfor eneretten der brukeren drar økonomisk nytte av det, som en alternativ måte å skaffe seg innholdet på som han ellers ville måttet betale for. Dette vil være hvor han lar være å leie filmen, kjøpe videoen osv, fordi framstillingen er tilgjengelig i RAM.

Som forhandlingsutgangspunkt ble det til diplomatkonferansen i WIPO-regi fremmet et forslag om at eksemplarframstillingsretten skulle omfatte «*direct and indirect reproduction of their works, whether permanent or temporary, in any manner or form.* (min understreking)»²⁰³ Sammen med denne bestemmelsen medfulgte en oppfordring til nasjonal lovgivning om å ekskludere midlertidig eksemplarframstilling fra eneretten der den kun var en tek-

201. Dansk lov; Ophrl. § 12, stk. 2 nr 4

202. Knoph, Åndsretten, s. 565: «Og selv om loven ikke gir uttrykkelig anvisning på det, vil en forstandig dommer ta konkurransemomentet til hjelp både titt og ofte, når han skal avgjøre tvilsomme enkeltspørsmål, fordi det i virkeligheten faller sammen med det konkrete interessesympunkt, ...»

203. Basic Proposals for the Geneva Diplomatic Conference of December 1996, art. 7(1)



64 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

nisk nødvendighet for å gjøre verket tilgjengelig. Forslaget ble ikke god tatt. Dette kan antitesisk bety at det ikke var enighet om å ekskludere midlertidig eksemplar fremstilling uten videre fra eneretten, fordi det kan ha en funksjon utover det tekniske.

Imidlertid ble det forkastet forhandlingsutgangspunktet adoptert av EU-kommisjonens forslag til harmoniseringsdirektiv²⁰⁴ av opphavsretten. Direktivet er ikke vedtatt og vil heller ikke gjennomføres i norsk rett med det første, men det er kommet så vidt langt i vedtakelsesprosessen at det likevel har interesse. Retningen på argumentasjonen kan gi støtte til de reelle hensynene som går i samme baner. Direktivet skal behandles i Ministerrådet i EU. Direktivforslagets art. 2 lyder:

- «Medlemstaterne indfører en eneret til at tillade og forbyde direkte eller indirekte, midlertidige eller permanent reproduksjon på en hvilken som helst måte og i en hvilken som helst form, helt eller delvis:*
- for ophavsmænd for så vidt angår originaler og kopier af deres værker»*
 - for udøvende kunstnere for så vidt angår optagelser af deres fremførelser*

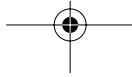
Det ble også understreket at midlertidig kopier i en datamaskin arbeidslager anses som eksemplar fremstilling. I artikkel 5 blir retten innskrenket: Midlertidige reproduksjonshandlinger, som utelukkende har til formål å muliggjøre bruk av en frembringelse og som ikke har selvstendig økonomisk verdi, er ikke omfattet av eneretten til reproduksjon. (Det omtalte direktivet ble vedtatt våren 2001).

Tidligere har jeg anført juridisk teori og reelle hensyn i retning av å se på den konkrete utnyttelsen av prestasjonen, snarere enn varighet eller andre kriterier. Direktivforslaget synes også å kunne tas til inntekt for et slikt syn.

Også retstekniske hensyn tilsier at dette er en god løsning. Man legger an en vid fortolkning av eksemplar fremstillingsbegrepet, for så å foreta en konkret vurdering i forhold til art. 5. Hvor langt artikkel 5 rekker i forhold til åndsverklovens § 12, vil jeg ikke uttale meg om.

Oppsummering. Det er mange sterke reelle hensyn som taler for tolke ordlyden i § 42, 1. ledd a) dit hen at ikke midlertidige eksemplar fremstillinger krever samtykke. Bland annet hensynet til at for sterk opphavsrett kan hindre bruken av nettet. Imidlertid synes de reelle hensynene i favør av en utvidende fortolkning av «eksemplar fremstilling», for å forhindre økonomisk misbruk

204. EUs forslag til harm. dir. artikkel 3 nr., 1997/0359 (COD)



av fremføringer, som et mer prekært hensyn. Reelle hensyn må derfor anses å gå i begge retninger og med kanskje større vekt i favør av å anse midlertidig eksemplarframstilling som enerettsbelagt. Juridisk litteratur går i begge retninger, men kanskje også denne kilden totalt sett heller i retning av at midlertidige lagringer bør ligge innenfor eneretten. Imidlertid er jeg blitt stående ved at det i dag er vanskelig å komme utenom å legge avgjørende vekt på den klare forarbeiduttalelsen i databasedirektivet, som ekskluderer midlertidig eksemplarframstilling. Dette må derfor også gjelde for utøvende kunstnere.

Konklusjon: Midlertidig eksemplarframstilling i RAM er ikke eksemplarframstilling i åndsverklovens § 42, 1. ledd litra a) forstand.

Fordi midlertidig eksemplarframstilling er et omstridt tema og jeg har vært sterkt i tvil om konklusjonen vil jeg tillate meg å vurdere kort hvorvidt de øvrige vilkårene i eksemplarframstillingsbestemmelsen er oppfylt, slik at handlingen ved en motsatt konklusjon ville kreve samtykke. Det er altså alternativet om at eksemplarframstilling som overføring til «innretning som kan gjengi den» som er aktuelt.

Er arbeidsminnet RAM en slik «innretning» som § 42, 1. ledd a) krever? Forarbeidene til åndsverkloven tilsier at «innretning²⁰⁵» er et teknologinøytralt uttrykk. Arbeidsminnet RAM er derfor omfattet av begrepet.

Men kan lagringen i RAM resultere i at fremføringen kan gjengis? Dette bekreftes av forarbeidene til åndsverkloven: «Skal en datamaskin kunne vise noe på en skjerm, må det skje en form for lagring av dataene i brukerens datamaskin...I mange tilfeller vil fremvisning av et digitalt verk på skjerm, alene innebære en midlertidig eksemplarframstilling av verket i datamaskinens arbeidsminne.»²⁰⁶ Egenskapen til et digital kopi følger av utredningen som ble gjort i NOU 1986:18, «Opphavsrett og edb: «Kopien kan være like lett å bruke og faktisk umulig å skille fra originalen.»²⁰⁷ Reelle hensyn tilsier at lagring i RAM kan gi en eksakt gjengivelse av fremføringen. Det er dette som forårsaker diskusjonen om hvorvidt midlertidig eksemplarframstilling i RAM bør være vederlagspliktig; kopien kan gi en eksakt gjengivelse av fremføringen. Digital kopiering skaper nøyaktige kopier uten såkalt «generasjonstap», dvs at det er ingen kvalitetsmessig reduksjon fra originalen til kopien.

Konklusjon: Så sant framstilling i RAM er eksemplarframstilling i åndsverklovens forstand, er betingelsene i § 42 1. ledd a) oppfylt, slik at handlingen krever samtykke fra den utøvende.

205. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 167 om endringer i åndsverkloven mm

206. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 14 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

207. NOU 1986:18, s. 13 om opphavsrett og edb

66 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

3.2.5 Rettspolitisk vurdering av midlertidig eksemplarfremstilling

Amerikansk rett har ingen rettskildemessig verdi for å fastslå norsk gjeldende rett. På grunn av Internett's internasjonale karakter har det imidlertid stor interesse å se hvordan store land vi har mye kommunikasjon med løser de samme problemstillingene, fordi vi mest sannsynlig på sikt vil få en effekt av reglene i WIPO/ GATT-sammenheng.²⁰⁸ USAs hvitbok «*Intellectual Property and the National Information Infrastructure*» lar eksemplarfremstilling omfatte midlertidig eksemplarfremstilling i RAM.²⁰⁹

I hvitboka er det listet opp eksempler på eksemplarfremstilling, hvor bla. lagring i RAM som eksisterer «*more than a very brief period*» er omfattet. Det samme med «*when other works including photographs, motion pictures, or sound recordings -are digitized*». Amerikansk rett har imidlertid også «låneregler» som gjør at slik eksemplarfremstilling kan være vederlagsfri i forhold til «fair use» – regelen. Forfatterne av hvitboka fant støtte i en sak fra appeal court hvor lagring i RAM ble ansett å være en opphavsrettskrenkelse.²¹⁰ I USA har man altså funnet ut at den beste løsningen vil være et videre eksemplarfremstillingsbegrep som strammes inn i den andre enden av låneregelbestemmelsene.

Det sterkeste argumentet for at vi om kort tid vil få endrete løsninger også her i Europa er EUs harmoniseringsdirektiv. Regelverket legger seg på en balansering mellom hensynet til samfunnsinteresser og rettighetshavere. Man får ikke et formelt regelverk, men et pragmatisk regelverk, hvor det oppstår vederlagforpliktelse der det skjer en økonomisk utnyttelse av de utøvenes og opphavsmennenes prestasjoner.

I alt for stort mon er opphavsrettsstrukturen oppdelt i vanskelige, juridiske sondringer som ikke nødvendigvis har noe med den økonomiske utnyttelsen av prestasjonene å gjøre. Dette er blant annet tilfelle med sondringene mellom visning, spredning og offentlig fremføring, eller om reglene om eksemplarfremstilling. Her må man juridisk ta stilling til sondringer i stedet for å ta standpunkt til hvorvidt det foregår en økonomisk utnyttelse av prestasjonen. Det vesentlige burde være skjæringspunktet i forhold til brukere/ publikum, og det er når noe blir tilgjengeliggjort for allmennheten. Sondrin-

208. WIPO har ca 150 medlemsland (1996) og er et såkalt «specialized Agency» under FN.

GATT-avtalen danner grunnlag for internasjonale regler om handel på globalt nivå. GATT er også et globalt forum og et tvisteløsningsorgan. World Trade Organization (WTO) er dannet på basis av GATT-avtalen. Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights er den delen av WTO-avtalen som omhandler opphavsrett.

209. USAs hvitbok, «*Intellectual Property and the National Information Infrastructure*», 1995, s. 64

210. MAI SystemCorp. Versus Peak Computer INC. (991 F.2d 511, 519 (9th. Cir. 1993)



gen visning, spredning, fremføring eller eksemplarfremstilling blir i så måte uinteressant.

Jeg ser fremtidige regelendringer som skritt i en retning mot et mer oversiktlig regelverk, som kan møte konvergensvirkningene på en måte som sikrer utøvere og opphavsmann vederlag for utnyttelse og bruk, mens som ikke laver finurlige regler som er mat for advokater mer enn for dem regelverket er myntet på. Knophs uttalelse kan sette fokus på den balansen man etter mitt skjønn må etterstrebe: «*En rekke av de innskrenkninger som gjøres i eneretten, forklares også ved at de ikke gir anledning til konkurranse med rettighetshaverens egen rettsnytelse, og følgelig ikke volder ham virkelig skade...*»²¹¹

3.3 § 42 og lånerregelen i §12

Lånerreglene i åndsverkloven vil kunne bli relevant ved direkteoverføringer over Internett hvis det skjer en nedlasting av materialet etter fremføringen. Jeg kunne derfor velge å definere problemstillingen utenfor min oppgave. Imidlertid synes jeg problemstillingen er så sentral i forbindelse med digital teknologi at jeg ønsker å behandle den, om særdeles begrenset. Dessuten kan behandlingen anses som en naturlig følge av at jeg valgte å behandle problemstillingen eksemplarfremstilling til harddisk.

Lånerreglene er mange og befinner seg i kapittel 2 i åndsverkloven. Den lånerregelen som imidlertid er satt under hardest press i forbindelse med utøverrettigheter er § 12 bla pga MP3-filer, som omhandler retten til privat eksemplarfremstilling. Det er derfor kun denne regelen jeg vil vurdere opp mot utøververnet.

3.3.1 Er lånerregelen i § 12 innenfor avhandlingens ramme?

Lånerregelen i § 12 er en modifikasjon av eneretten til eksemplarfremstilling i § 42, 1. ledd. Regelen lyder:

«Når det ikke skjer i ervervsøyemed kan enkelte eksemplarer av et offentliggjort verk fremstilles til privat bruk.»

Hjemmelen for lånerregelens anvendelse overfor utøvende kunstneres rettigheter, fremgår av § 42, 5. ledd: *Bestemmelsen i...§ 11-13 ...gjelder tilsvarende.*

211. Knoph, Åndsretten, s. 565: «Og selv om loven ikke gir uttrykkelig anvisning på det, vil en forstandig dommer ta konkurransemomentet til hjelp både titt og ofte, når han skal avgjøre tvilsomme enkeltpørsmål, fordi det i virkeligheten faller sammen med det konkrete interessensynspunkt, ...»



68 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

I forarbeidene til åndsverkloven²¹² bekreftes dette uten at det blir gitt noen nærmere begrunnelse for å gi låne-reglene anvendelse overfor de utøvende. Reelle hensyn tilsier at dette er en rimelig løsning. Hvis man ikke hadde tilsvarende låne-regler for utøverprestasjonene ville det kunne innebære begrensning av tilgangen på verkene. Dessuten er det ikke ønskelig å gi de utøvende mer omfattende vern enn for de utøvende. Ved direkteoverføring vil regelen innebære at det for eksempel er tillatt å nedlaste fremføringen til harddisk, fordi dette er eksemplarfremstilling.

§ 12 gjelder eksemplarfremstilling til privat bruk – privatkopiering. Hovedregelen gir en rett for fysiske personer til å fremstille enkelte eksemplarer av offentliggjorte verker. Kopiering av beskyttet materiale i privatsfæren blir altså holdt utenfor det opphavsrettslige vernet! Slik kopiering kan skje uten samtykke fra den utøvende og uten at det betales vederlag.

Privat bruk omfatter fremstilling av eksemplarer til en slik bruk, men også til nær omgangskrets, herunder familie og venner.

Hovedhensynet bak privatbruksregelen er at opphavsretten ikke skal gjelde innenfor det private hjem, av hensyn til «privatlivets fred» ønsket man ikke å ha regler som kontrollerte utnyttelsen av verker. Dessuten ante man at ubegrenset tilgang på kultur stimulerte til økt åndsarbeid som ansås ønskelig.²¹³ Den private eksemplarfremstilling som det samtidig gis tillatelse til, må skje under hensyntagen til den utøvedes (og opphavsmannens) interesser. Konsipistene anså det rimelig å etablere en likeverdig rett til fordel for samfunnsmedlemmene innenfor den private sfære, tilsvarende den som tilligger utøvende og opphavsmenn utenfor denne sfæren.²¹⁴ Reelle hensyn tilsier også at det ville vært vanskelig å kontrollere at den motsatte regel ville bli overholdt.

Fremføringen må være offentliggjort for at eksemplarfremstillingen etter § 12 skal kunne skje. Offentliggjort er definert i § 8, 1. ledd. Det innebærer at verket med opphavsmannens samtykke er gjort tilgjengelig for allmennheten, dvs, i direkteoverføringstilfellet, at prestasjonen er overført etter samtykke fra den utøvende.

Skjæringspunktet for når overføringen anses tilgjengeliggjort for allmennheten fremgår av forarbeidene til databasedirektivet; det er tilgjengeliggjøring av et verk dersom «*et verk...gjøres tilgjengelig via åpne nettverk, for eks Internett.*»²¹⁵ Det samme skjæringspunktet fremkommer av danske

212. Ot. prp. nr 26 1959-60, s. 95 lov om opphavsrett

213. Ot. prp nr. 15 1994-95, s. 48 om endringer i opphavsrettsloven

214. Knoph, Åndsretten, s. 124

215. Ot. prp. nr 85, 1997-98, s. 16 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

forarbeider.²¹⁶ Også i EUs forslag til harmoniseringsdirektiv opererer man med det samme skjæringspunktet.²¹⁷

3.3.2 Representerer nedlasting fra Internett et brudd på låneregelen i § 12?

Digitaliseringen og Internett har medført en kvalitet og kvantitet av kopiering i et langt større omfang enn forutsatt.²¹⁸ I forarbeidene til åndsverkloven fremheves det at «*man ved fortolkningen av bestemmelsen må ta hensyn til at den teknologiske utvikling har medført en radikal økning av omfanget av den eksemplarframstilling som skjer innenfor den private sfære ...*»²¹⁹ I Norge ble reglene endret for å hindre bruk av fremmed hjelp ved kopiering, men ellers er ikke spesielle foranstaltninger innført for å imøtegå den digitale teknologiens muligheter. I Danmark ble det innført begrensninger i låneregelen, slik at juridiske personer ikke lengre kunne fremstille eksemplarer med hjemmel i § 12.²²⁰ I tillegg gikk man til den ytterlighet å forby kopiering fra et digitalt til et digitalt medium.²²¹

Det er mye som tyder på at digitalisering og Internett har endret bruken i den private sfære dithen at det forutsatte²²² balanseforholdet mellom den utøvende og brukeren er blitt endret i disfavør av den utøvende og at den utøvenes økonomiske interesse derved er truet. Men er bruken i et slikt omfang at det innebærer brudd på låneregelen i åndsverklovens § 12?

MMI har gjort en undersøkelse for Norwaco over hvor utbredt cd-brenning er i landet.²²³ Den viser at gjennomsnittlig 34% av alle husstander i Norge har cd-er som de har brent selv. Så mye som 71% av disse CD-platene inneholder musikk. I tillegg er det nå gjort en undersøkelse om nedlasting av MP3-filer.²²⁴ 78 % av de spurte har installert ett eller flere programmer for å spille av MP3-filer på sine PCer. De spurte har også gjennomsnittelig 12 uoriginale musikk-cd-er, dvs. musikk som er lastet ned fra Internett og lagret på en cd. I tillegg laster brukerne ned 11 MP3-filer per måned. Multiplisert med

216. Danske forarbeider, FT 1994-95, sp. 1334 om «video on demand» via Telenettet

217. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 16 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser og EUs forslag til harm. dir. artikkel 3 nr. 1/ EU 1997/0359 (COD)

218. Peter Schønning, Opphavsretsloven, s.208

219. Ot. prp. Nr 15, 1994-95, s. 42 om endringer i åndsverkloven mm

220. *Avtaletisensbestemmelsene* i åndsverkloven § 13 flg. var også et tiltak som ble iverksatt for å kontrollere kopieringen som hadde foregått med hjemmel i § 12

221. Ophrl. § 12, stk. 2 nr 4

222. Knoph, Åndsretten, s. 124

223. MMI's rapport om Innehav og innhold på egenbrente CD'er i Norge av 6. april 2000

224. MMI, Undersøkelse om hvor mange som har prøvd og bruker MP3-filer, av 9. juni 2000 RE/ 58493



70 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

antall brukere blir dette ca 5 millioner MP3-filer pr måned. Dette sier litt om omfanget av den private eksemplarfremstillingen.

Problemet er om denne kopieringen er så omfattende at den forrykker den balansen som er nedfelt i lovgivningen gjennom regelen i § 12? Dette er igjen et spørsmål om kopieringen medfører tapte arbeidsinntekter. Eventuelle endringer kan tvinge frem forandringer i selve «økobalansen» innenfor kultursektoren.

Undersøkelsene fra MMI bekrefter at kopieringsomfanget er stort. Det som ikke vises av undersøkelsene er hvorvidt bruken fortrenger kjøp av fysiske cd-er eller annet fra butikkene. Hvis nedlastingen kun genererer musikkinteressen er dette ikke en trussel for rettighetshaveres interesser.

Gjennom § 12 etableres en regel som tillater kopiering. Regelen er befestet med en rekke forutsetninger og prinsipper som ikke må brytes, i så fall er man ikke lenger innenfor «samfunnsretten» som § 12 etablerer. Nedenfor vil jeg bruke kilder for å prøve å skissere konturene til regelen. Derneft vurderer jeg hvorvidt regelen trås for nær. Dette er, som overskriften viser, en rettslig vurdering. Jeg belager meg derfor ikke på å gå i dybden på problemstillingene. Bare skissere hvorvidt det kan synes som om den nye teknologien truer rettighetene til de utøvende, som også avgrensningen i § 12 er et uttrykk for. Den skal opprettholde balansen mellom hensynet til de utøvende og samfunnets medlemmer. Spørsmålet om nedlasting fra Internett til privat bruk er en mulig krenkelse av § 12 må løses med utgangspunkt i ordlyden.

Ordlyden i § 12 tilsier at vi står overfor en skjønnsmessig regel.²²⁵ Dette er vel, i tillegg til mulighetene som teknologien skaper, grunnen til at problemet oppstår. Bestemmelsen er så åpen at det er vanskelig å vite – for brukere og rettighetshavere – når man er utenfor eller innenfor regelen.

Begrunnelsen i forarbeidene for en så åpen regel, var at det ansås nødvendig for å favne «et meget vidt spekter av verkskategorier, eksemplartyper og former for bruk innenfor den private sfære. Ved tolkingen skal det foregå en avveining av brukerens behov og rimeligheten av den aktuelle eksemplarfremstilling, mot opphavsmannens interesser i å utnytte verket på sedvanlig måte. Eksemplarfremstilling av den aktuelle art skal ikke urimelig begrense opphavsmannens mulighet for økonomisk utnyttelse av sitt verk...»²²⁶

Dessuten gir forarbeidene visse retningslinjer for omfanget av regelen: «Hvor stor del av et verk og antall eksemplarer som kan fremstilles, vil bero på omstendighetene i det konkrete tilfelle – bl.a. hva slags verk det er tale om, verkets omfang, hvor stor del av verket som gjengis på eksemplaret, arten av det eksemplar som fremstilles og om eksemplaret gjengir verket i samme form

225. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 42 om endringer i åndsverkloven mm

226. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 42 om endringer i åndsverkloven mm

.....

som gjengivelsen stammer fra, og hva slags bruk det tas sikte på. For eksempel vil det normalt ikke være adgang til for personlig bruk å fremstille selv en enkelt kopi av en hel bok eller et helt tidsskrift som er å få i handelen»²²⁷

Forarbeidene²²⁸ gir utrykk for en del forutsetninger som ligger til grunn for låne-reglene. Retningslinjene som gis ovenfor kan bidra til å skape konturene til den skjønnsmessige regelen. Er nedlasting fra Internett til privat bruk et brudd på disse forutsetningene? Bli forutsetningene innfridd ved den bruken av materialet som Internett-transmisjoner innebærer, og som dokumenteres i de to undersøkelsene?

Undersøkelsene viser at hver husstand brenner flere (5, 1) hele cd-er. Uttalelsen om at eksemplarframstillingen ikke må komme i strid med den utøvenes interesse i å utnytte verket på sedvanlig måte²²⁹ (salg av cd-er) og at framstillingen ikke skal urimelig begrense opphavsmannens mulighet for økonomisk utnyttelse av sitt verk, synes i strid med den bruk som dokumenteres gjennom undersøkelsene. Men er dette mer enn ved lagring til kassetter? Eller videotaper? Faktiske forhold tilsier at med all sannsynlighet vil cd-brenning og MP3-nedlasting av filer med stor sannsynlighet vil konkurrere med salg fordi kvaliteten er tilsvarende en original kopi, og prisen er ubetydelig. Dessuten er distribusjonsformen av signaler som kan lage ytterligere kopier den best tenkelige. I tillegg kommer det at en del av «tapet» som privatframstillingen av kassetter og videotaper representerte ble ført tilbake til de utøvende og opphavsmenn ved blankbåndsvederlaget, som var pålagt ved omsetning av lagringsmediene. Avgiften danner grunnlag for et fond hvor kunstnere kan søke støtte til prosjekter. En slik avgift er ikke pålagt ved digital kopiering.

Uttalelsene i forarbeidene kan tyde på at omfanget av den private kopieringen representerer et brudd på låne-regelens forutsetninger.

Rettspraksis hevder at mediets karakter kan være adekvat i vurderingen av hvorvidt låne-regelen er trådt for nære. I Rt 1991 s. 1296 uttalte Høyesterett at «*graden av tilgjengelighet måtte vurderes forskjellig i forhold til de forskjellige media. Det må antas at en videokassett oftere vil bli brukt av flere enn for eksempel et trykt skrift, typisk ved at den blir avspilt for flere personer. Også de mulighetene det var for gode kopier av videoene og utlån av disse igjen medførte at spredningsmulighetene var store.*»²³⁰ Dette fikk konsekvenser for hvor stort antall det var tillatt å kopiere til privat bruk, og førte til at et lavt antall personer fra arbeidsplassen til den siktete var for høyt i for-

227. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 38 om endringer i åndsverkloven mm

228. Ot. Prp. nr 15 1994-95, s. 38 om endringer i åndsverkloven mm

229. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 42 om endringer i åndsverkloven mm

230. Rt 1991,s. 1296, Porno-videodommen



72 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

hold til grensene. Hensynet bak uttalelsen er, etter stor sannsynlighet, at utnyttelsen må ses i forhold til sårbarheten fremstillingen representerer. Er det enkelt å kopiere videre (stor risiko for misbruk) og skjer fremstillingen i konkurranse med den utøvedes økonomiske interesser, er det nærliggende at det handles i strid med momentene Høyesteretts la vekt på. Digitaliseringen representerer en ytterligere nøyaktighet ved kopieringen enn ved opptak til video («*mulighetene for gode kopier*»). Distribusjonsteknikken gjennom Internett representerer en økt mulighet både for kopiering og utnyttelse av verket («*spredningsmulighetene var store*») ved at opptakene kan fremføres over Internett. Reelle hensyn tilsier at hvis skadepotensialet er relevant for videokassetter til sammenlikning med for eksempel trykt skrift, vil det gjelde i enda større grad for digital kopiering over Internett enn i forhold til analog kopiering og vanlig omsetningskjeder.

Uttalelser i Høyesterett kan tyde på at Internett og digital kopiering og særlig nedlasting fra Internett er kopieringsmåte hvor man vil tillate svært liten kopiering før grensene anses overtrådt.

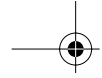
I juridisk teori fremsetter Knoph det såkalte konkurranserettslig fortolkningsprinsipp.²³¹ Både 1991-dommen og den såkalte tretrinns-testen²³² harmonerer, etter mitt skjønn, med retningslinjene i dette prinsippet. Knoph etablerer eller påpeker at det i opphavsretten finnes et konkurranserettslig tolkningsperspektiv som blant annet lånerreglene må sees i lys av: «*En rekke av de innskrenkninger som gjøres i eneretten, forklares også ved at de ikke gir anledning til konkurranse med rettighetshaverens egen rettsnyttelse, og følgelig ikke volder han virkelig skade.*»

Også annen juridisk teori anerkjenner prinsippet. Lassen kaller det et slags opphavsrettslig fortolkningsprinsipp: «*Og det er på den annen side i norsk teori og i de norske motiver understreket at lånerreglene ikke må tolkes slik at de kan komme til å åpne adgang til utnyttelse av verket i økonomisk konkurranse med opphavsmannen. Det vil derfor trolig i alle de fire land kunne regnes med hva Koftvedgaard kaller en «konkurrancepreget fortolkning» av lånerreglene.*»²³³

231. Knoph, Åndsretten, side 132 og 562

232. Tretrinns-testen fremkommer av TRIPs-avtalens art. 13 og fastlegger at unntak fra eneretten kun kan skje i 1) særlige tilfeller, 2) som ikke på skadelig måte påvirker den normale utnyttelse av verket 3) og som ikke på urimelig måte gjør inngrep i opphavsmannens legitime interesser.

233. Lassen Om tolking av opphavsrettslige lånerregler, gjengitt i Studiemateriale i opphavsrett og tilgrensende rettsområder, Stensilseserie nr 97, 1978, s. 91



Omfanget av den bruken som dokumenteres i MMI-undersøkelsene sett i forhold til de konkurranserettslige fortokningsprinsipp som Knoph lanserte, synes som en ganske klar indikasjon på at den utøvendes økonomiske interesser er truet. Ved et så stort omfang av privat kopiering, samt så god kvalitet på produktet kan man ikke utelukke at dette skjer på bekostning av et ordinært kjøp. I så fall vil ikke loven oppfylle sitt formål og dette kan tale for en innskrenkende fortolkning av § 12.

Også det konkurranserettslige fortolkningsprinsipp, må anses trådt for nære ved det dokumenterte omfanget av digital kopiering.

Peter Schønning hevder i en dansk juridisk doktrine²³⁴ at låneregelen må tolkes i hjemmel av våre folkerettslige forpliktelser (TRIPS²³⁵ og WIPO etc), dvs at tretrinnsstesten²³⁶ må være oppfylt for at eksemplarframstillingen skal anses lovlig og innenfor § 12. Dette innebærer grovt sett at eksemplarframstillingen ikke må skje i konkurranse med opphavsmannens normale bruk. En «normal bruk» av verket (eller prestasjonen) kan være å ta opptak av fremføringen og lagre den til en cd og omsette den, eller i direkteoverføringstilfellet ; å ta opp konserten for å selge «live-versjonen» av musikken. Peter Schønning hevder også i artikkelen at det i veldig liten omfang må være tillatt å kopiere etter § 12 på basis av materiale som er lagt ut på nettet uten den utøvende eller opphavsmannens tillatelse. Han hevder: «...en fri adgang til privat kopiering kunne have vesentlig økonomisk betydning for rettighetshaverne og således både påvirke den normale udnyttelse av værket og på urimelig måte gjøre indgreb i rettighetshavernes legitime interesser... i hvert fald privat kopiering af musik, film, m.v. fra Internet og fra cd'er, cd-rom o.lign, er kopieringens lovlighet betinget af, at kopieringen sker på grundlag af et lovligt eksemplar eller en lovlig tilgængeliggørelse for almenheden.» MMI-undersøkelsen kan tyde på at omfanget av kopieringen truer den «normale bruken», fordi det er antatt at en stor del filer er uautoriserte.

Juridisk litteratur tilsier at digitaliseringen og Internett medfører en trussel for den utøvendes økonomiske interesser.

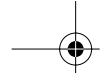
Også i tidligere forarbeider til åndsverkloven gis det uttalelser som gjør at digital eksemplarframstilling i kombinasjon med Internettoverføring kan sies å være i konflikt med de uttalte prinsipper. Forfatterlovkomiteen kom i sin

234. Artikkelen er trykket i UFR, s. 1 flg «Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer?», av 7.9.2000

235. Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) er den delen av WTO-avtalen som omhandler opphavsrett. Se note 50

236. Tretrinnsstesten, se note 237





74 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

innstilling med en prinsipputtalelse om synet på opphavsretten og begrensninger av den: «*det er et absolutt krav at alle innhugg i den kunde «godtgjøre sin nødvendighet eller rimelighet fra samfunnets synspunkt. Den historiske kjensgjerning at denne eller hin innskrenkning i retten består i vår gjeldende lov, er ikke tilstrekkelig grunn til at de bør bibeholdes, hvis de ikke kan rettferdiggjøre sin eksistens overfor nåtidens rettsoppfatning.»*²³⁷ Forarbeidene er gamle. Men de uttrykker et grunnsyn på balanseforholdet mellom eneretten og lånerreglene som, etter mitt skjønn, også i dag er adekvat. Kan det sies at det er «nødvendig eller rimelig» ut ifra samfunnsinteresser at det foregår privat kopiering i et slikt omfang at vanlig omsetning er truet. Dette er verken samfunnet eller rettighetshavere tjent med.

Også forfatterlovkomiteens grunnsyn synes overtrådt ved anvendelse av lånerregelen på digital kopiering over Internett.

En lang rekke kilder tilsier at det gjennom Internett skjer en bruk som bryter med regelen i § 12, som forutsetter en forsvarlig privat eksemplarframstilling med hensyntagen til den utøvedes interesser.

Jeg ønsker ikke å fatte noen konklusjon bare meddele at det kan synes som om Internett i beste fall, representerer en meget stor trussel i forhold til de utøvedes økonomiske interesser. I verste fall er regelen i ferd med å slå bena inn under eneretten til de utøvende med de konsekvenser det vil måtte medføre i forhold til å opprettholde kunstnerstanden.

3.3.3 Rettspolitiske betraktninger av lånerregelen i § 12

Kan hende gjør teknologien at kravene og forventningene til § 12 som ligger i bunnen av regelen, ikke blir oppfylt. At hovedhensynene bak regelen ikke lengre ivaretas, fordi balansen mellom låneretten og eneretten ikke blir opprettholdt. Etter mitt skjønn står vi i fare for at man ved digital kopiering og Internett-distribusjon forflytter «markedet» fra *offentlighet* til den vernet private sfære hvor opphavsretten ikke gjelder. Ved analog teknologi skjedde ikke dette fordi distribusjonen og tilgjengelighet ikke var så enkel og så god. Digitaliseringen og utviklingen av moderne datateknologi har muliggjort eksemplarframstilling som kvalitativt er på linje med originalkopiene. Også det at eksemplarframstillingen kan skje ved svært enkle operasjoner, har gjort at for eksempel overføring av musikkfiler konkurrerer med omsetningen i butikkene.

237. Forfatterlovkomiteens innstilling av 1925, s. 14





Ordlyden var i 1961 «uskyldig» fordi den private eksemplarframstilling som var mulig ikke kunne konkurrere på kvalitet, effektivitet og omfang som digital kopiering og inter-nettverket muliggjør.

I Danmarks anså man den digitale kopieringen som en trussel mot opphavsmannens interesser. Av hensyn til den sårbarhet opphavsmannen står overfor ved digital teknologi, innførte man forbud mot eksemplarframstilling innenfor den private sfære fra et digitalt kopi til et digitalt kopi (Ophrl. § 12, stk. 2 nr 4) De danske forarbeidene begrunner begrensningene av digital eksemplarframstilling innenfor lånereglene med at «den digitale teknologi innebærer nye tekniske muligheter for fiksering, transmission, videregivelse, reproduksjon og presentasjon av tekst, bilder og lyd...uden kvalitetstab af alt beskyttet materiale, som foreligger i digital form».²³⁸

Opphavsretsloven har til hensikt å verne de skapende og utøvenes interesser slik at de blir stimulert til å fortsette å produsere. Er deres økonomiske situasjon truet i ly av opphavsretsloven, er man etter mitt skjønn, nødt til å endre noen av elementene i systemet for å gjenopprette balansen. Dette kan for eksempel gjøres via regelverket –nasjonalt eller internasjonalt – eller teknisk, ved å sette sperrer på kopieringsadgangen til kun å omfatte et visst antall kopier e.l., eller ved å innføre kompensasjonsordninger som den for eksempel kassettavgiftsfondet representerer, hvor fondet avspeiler den økte bruken privat eksemplarframstillingene representerer.²³⁹

Eksempelene fra undersøkelsen er hentet fra musikk, fordi det er dette produktet som er aktuelt og mulig å distribuere for øyeblikket. Det er likevel ikke lenge til man vil stå ovenfor mulighetene til å sende filmer over Internett med minst like god kvalitet som man nå får ved leie av en videokassett fra en videoforhandler og da langt mer effektivt ved at man kan få filmen umiddelbart.²⁴⁰ Da vil muligheten og utnyttelsen av de utøvenes prestasjoner presses ytterligere. Det er derfor viktig å finne løsninger på hvordan man skal demme opp for den utflytningen som har skjedd med hjemmel i § 12.

238. Danske forarbeider, FT 1994-95. Tillegg A, s. 1330

239. Blankbåndvederlaget til kassettavgiftsfondet er en avgift på alt salg av video- og lydassetter. Danner grunnlag for Kassetavgiftsfondet, hvor kunstnere kan søke støtte til konkrete prosjekter.

240. I forbindelse med Utleiedirektivet, ble det diskutert hvorvidt transmisjon av digitale verk, kunne anses som «utleie». Se for øvrig problematisering rundt temaet i Rognstad, s. 65 flg og på s. 70 note 166



76 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

3.4 Tilgjengeliggjøring for allmennheten

3.4.1 Om systematiseringen av fremstillingen

Redaksjonelt inneholder § 42, 1. ledd først et konkretisert eksempel på å tilgjengeliggjøre for allmennheten – kringkasting – forut for den mer generelle hjemmelen i § 42, 1. ledd c. Jeg vil likevel behandle pkt c) først fordi den er den mest selvfølgelige hjemmelen ved direkteoverføringer over Internett.

Det er likevel mye som tyder på at litra b) om kringkasting av fremføringen, også vil kunne være relevant ved direkteoverføringer på Internett. Dette alternativet vil i så fall gi et langt sterkere vern for de utøvende. Først vil jeg kort gå igjennom den generelle hjemmelen, også relatert til Internett. Deretter behandler jeg kringkastingsbestemmelsen i § 42, 1. ledd b mer inngående.

3.4.2 § 42, 1. ledd c

Vernet i § 42, 1. ledd c) er den generelle hjemmel ved tilgjengeliggjøring for allmennheten av den utøvedes prestasjon. Bestemmelsen omhandler tilfellet hvor fremføringen blir viderebrakt til en annen krets av tilhørere, i tillegg til den fremføringen foregår overfor. Ordlyden til §42, 1. ledd c) er:

«En utøvende kunstners fremføring av et verk må ikke uten kunstnerens samtykke kringkastes eller på annen måte ved samtidig overføring ved tekniske hjelpemidler gjøres offentlig tilgjengelig for en annen krets enn den kunstneren direkte opptrer for.»

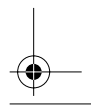
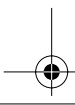
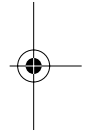
Bestemmelsens overordnede karakter, som sekkebestemmelse for annen tilgjengeliggjøring for allmennheten, fremkommer av ordlyden gjennom på «annen måte». Det samme fremgår av juridisk teori.²⁴¹ Dette bringer langt på vei de utøvedes enerett for primærfremføring på linje med det vernet som er gitt opphavsmennene. Bestemmelsen er også i tråd med den forpliktelse som Romakonvensjonens pålegger konvensjonslandene i art 7, 1, a: «*The protection provided for performers by this Convention shall include the possibility of preventing: a) the broadcasting and the communication to the public, without their consent, of their performance...*»

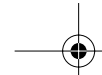
Det fremgår av forarbeidene til åndsverkloven at samtykket til overføringen ikke behøver å skje eksplisitt.²⁴² Det kan være stilltiende eller fremgå av for eksempel engasjementsavtalen. I teorien hevdes det at samtykket da omfatter sending mot vederlag.²⁴³

241. Lassen avhandling om «Utøvende kunstners prestasjoner», § 17 I s.7, note 11

242. Ot. prp. nr 26 1959-60, s. 94 lov om opphavsrett

243. Lassen avhandling om utøvende kunstners prestasjoner, § 17 I, s. 8





Det er kun «samtidige overføringer» som gis vern gjennom regelen. Men hva innebærer dette? Er det et krav om samtidig mottak eller et samtidighet som et parameter på tiden transporten tar gjennom kabelen? Av forarbeidene fremgår det at det er snakk om to krav: det skal være overføring av originalprestasjonen,²⁴⁴ og det må skje samtidig i tid. Det er altså et parameter på *tid*. Tidsmessig kan ikke overføringen ta lengre tid enn den som det tar signalene å transporteres gjennom kabelen. Det er også dette som gjør bestemmelsen til hjemmel for primærrettighetene, – direkteoverføringen, fremføringen skal skje samtidig med opptaket.

I og med at vilkåret kan tolkes som et krav om at signalene ikke må ta lengre tid enn signaltransporten, vil forutsetningen om direkteoverføringer på Internett oppfylle vilkåret. Ved en direkteoverføring vil signalene gå i en jevn strøm gjennom Internettet fra kameraet/ mikrofonen fanger signalene til mottaker får prestasjonen fremført på PCene. Samtidighetsvilkåret er derfor oppfylt ved overføring av utøvende kunstners prestasjoner på Internett.

Det er kun overføringer som skjer ved «tekniske hjelpemidler» som er relevante. Men hva omfatter tekniske hjelpemidler? Det står ingenting i åndsverklovens forarbeider om hva man har ment med uttrykket. Det er likevel mye som kan tale for at uttrykket er teknologinøytralt og at det dermed omfatter alle tenkelige innretninger som kan foreta en overføring av fremføringen. Teknologinøytralitet er i følge forarbeidene, et gjennomgående trekk og mål for åndsverkloven.²⁴⁵ Dette følger også som en nødvendig konsekvens av at bestemmelsen anses som en sekkebestemmelse.

Forarbeidene til fondsloven omtaler bestemmelsen i § 42 1. ledd, c). Dette som en følge av at regelen opprinnelig befant seg i fondsloven. Der står det at tråd er det tekniske hjelpemiddelet det «*i første rekke kan bli tale om*».²⁴⁶ Dette kunne tyde på at det kun er kabelsendinger og sendinger over telefontråd som er omfattet. Et slikt krav ville imidlertid ikke kunne bli oppfylt hvis hensynet til teknologinøytralitet i åndsverkloven skal tilfredsstilles. Det er flere innretninger som mestrer fremføringer for et annet publikum som ikke er overføring via «tråd».

Forhistorien til bestemmelsen tilsier imidlertid at uttalelsen ikke skal tas bokstavelig, og at «tråd» ikke er en uttømmende betegnelse på teknologien som er omfattet. Det fremgår av forarbeidene til fondsloven²⁴⁷ at konkretiseringen i bestemmelsen kom i stand etter påtrykk fra Danmark som hadde rettspraksis rundt tilfellet (UfR 1939, s.153) og at «tråd» kom som utslag av dette. Ordlyden i eksemplifikasjon i forarbeidene tilsier også at ikke teknolo-

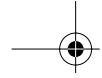
244. Sv. prp. s 241 se Lassen avhandling om «Utøvende kunstners prestasjoner» § 17 I s. 3

245. Ot. prp. nr 15 1994-95, s. 167 om endringer i åndsverkloven mm

246. Ot. prp. nr 10, 1956, s. 9 lov om opphavsrett

247. Ot. prp. nr 10, 1956, s. 9 lov om opphavsrett





78 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

gien er uttømmende angitt i og med at det er den teknologi «det i første omgang» er tale om. Reelle hensyn tilsier også en slik forståelse fordi bestemmelsen ellers ville få en snevrere rekkevidde enn det som synes å være formålet. Man tenkte seg overføring gjennom elektrisk ledning til en høyttaler i et annet rom. Selv om det i forarbeidene er lagt opp til fysisk nære situasjoner, som det å overføre fremføringen til andre lokaler i «etablissementet», er det gjennom nyere teknologi langt flere aktuelle situasjoner som omfattes av ordlyden enn på lovgivningstidspunktet.

Direktesendingen gjennom diverse tekniske innretninger, som kabler antenner(eter), satellitter, omfattes derfor også.

Betyr det at loven bruker uttrykket overføring til «...en annen krets enn den kunstneren opptrer for» snarere enn «fremføring utenfor den private sfære» eller «tilgjengelig for allmennheten (§ 2, 3. ledd)», at det er snakk om en tilsiktet realitetsforskjell med et annet innhold enn de andre offentlighetsbegrepene i åndsverkloven?

Bakgrunnen for at offentlighetsbegrepet i § 42, 1. ledd c) har en annen utforming er at den nedstammer fra lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstners prestasjoner (14.12.56, nr. 4). Forarbeidene til denne loven er derfor relevante for bestemmelsen (Ot. prp. nr.10, 1956).

Forarbeidene til avgiftsloven taler i favør at ordlyden har det samme realitetsinnholdet som i åndsverkloven. Det fremgår av kilden at begrepene «*stort sett bør tolkes som de tilsvarende bestemmelsene i åndsverkloven.*»²⁴⁸

Åndsverklovens forarbeider styrker antakelsen om likeartet innhold ved at det uttales at man oppnådde nordisk rettsenhet ved innføringen av § 42, 1. ledd c), selv om den norske ordlyden er forskjellig fra de øvrige nordiske lovene.²⁴⁹ I svensk og finsk lov bruker «gjøres tilgjengelig for allmennheten». Dette skulle kun bekrefte at på tross av forskjellig ordlyd, dekker uttrykkene hverandre.

På tross av ulik ordlyd tilsvarer uttrykket «til en annen krets enn den...» begrepet «tilgjengelig for allmennheten» i åndsverkloven § 2, 3. ledd.

Men selv om kildene tilsier at uttrykkene dekker hverandre, kan det spørres om det er den samme grensen for når et verk anses tilgjengeliggjort for allmennheten og når en fremføring er det. Er det med andre ord det samme skjæringspunkt ved tilgjengeliggjøring for de utøvende som for opphavsmenn?

248. Ot. prp. nr 10, 1956, s. 9 forarbeid til fondsloven

249. Ot. prp. nr. 26 1959-60, s. 94 lov om opphavsrett

Tilgjengeligjøring for allmennheten er definert i åndsverkloven § 2,3. ledd. Bestemmelsen omhandler eneretten for opphavsmenn. Er med andre ord, definisjonen relevant for den utøvende?

For så vidt er vel henvisningen i § 42, 5. ledd nok for å gi bestemmelsen relevans som skjæringspunkt for de utøvende: «Bestemmelsen i § 2, 3. ledd... gjelder tilsvarende.» Det finnes også en fersk svensk høyesterettsdom som bekrefter forholdet: «*Uttrycket «göras tillgänglig för allmänheten» i § 46 § (jfr vår § 42) skall således förstås som ett överensstämmande med motsvaranda uttryck i 2 § upphovsrättlagen. Enligt 2 § tredje stycket upphovsrättlagen omfattar detta förfoganden, nämligen offentlig framförande, spridning av exemplar och offentlig visning.»*²⁵⁰

Men hva er omfanget av retten til å tilgjengeliggjøre for allmennheten? Og når oppstår skjæringspunktet? Bestemmelsens omfang gis ved en legaldefinisjon i åndsverkloven § 2, 3. ledd :

«Verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når det fremføres utenfor det private området, eller når eksemplarer av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres eller vises utenfor dette område.»

Dette innebærer, ifølge de likelydende nordiske lovforarbeider: «*en hvilken som helst måte hvormed allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis, således f.eks. ved utgivelse, offentlig opplesing, fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon, og videre gjengivelse gjennom høyttaler»*²⁵¹

I bestemmelsen oppstilles tre alternative måter å tilgjengeliggjøre for allmennheten på: spredning, visning eller fremføring utenfor det private området. Men hvilken offentliggjøringshandling er betegnende ved overføring via nett av fremføringer av utøvende kunstnere på skjerm?

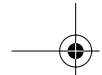
Er visning aktuelt for «levende fremføringer»? Meddelelsen for utelukkende den visuelle del av sanseapparatet, blir forbeholdt situasjonen når malerier og skulpturer eller lignende vises for offentligheten. Dette bekreftes av en svensk Høyesterettsdom som utelukker at en overføring av MP3-filer på Internett innebar en visning. «*Frågan är då om hans åtgärder är att bedömma så som offentligt framförande eller spridning av ljudupptagningarna.*»²⁵²

Det er fortsatt diskusjoner i det juridiske miljøet på hva en fremføring på dataskjerm representerer, dvs hvorvidt man kan betegne det som spredning? Karakteristikkene er alternative. I forarbeidene til databasedirektivet uttales det at handlingen vanligvis vil bli betegnet som «offentlig frem-

250. Högsta domstolens dom 2000-06-15, mål nr. B 413-00

251. Ot. prp. nr.26 1959-60, s.16 lov om opphavsrett

252. Högsta domstolens dom 2000-06-15, mål nr. B 413-00



80 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

føring».²⁵³ Også juridisk teori heller i den retningen: «*At transmisjon av opphavsrettsbeskyttet materiale i digitale nettverk anses som framføring i nordisk rett, og ikke som spredning, er etter mitt skjønn det eneste logisk riktige, dersom klassifiseringen av betegnelse skal klassifisere den betegnelsen som faktisk skjer.*»²⁵⁴ I denne sammenhengen ser jeg ikke at jeg har rom for å gå dypere inn i en slik drøftelse. Jeg forutsetter derfor heretter at en direkteending av de utøvedes fremføringer på fjernsynsskjerm skjerm, dataskjerm, radio eller annen innretning, er en offentlig fremføring.²⁵⁵

Men når anses et verk tilgjengeliggjort ved bruk av Internett? Forarbeidene til databasedirektivet tilsier at når noe er lagt ut på nettet slik at materialet er tilgjengelig på selvvalgt tid og sted er det skjedd en tilgjengeligjøring for allmennheten.²⁵⁶ Dette vil være tilfellet når signalene fra et kamera eller en mikrofon knyttes opp mot Internett.²⁵⁷

Konklusjon: En Internettoverføring kan altså oppfylle vilkårene i § 42, 1. ledd c, og krever derved den utøvedes samtykke.

Det synes ikke vanskelig å innlemme Internettoverføringer i virkeområde for § 42, 1. ledd c). Men er dette den eneste hjemmelen for Internettoverføringer? Og gir det et tilstrekkelig vern for den utøvende? Dette vil jeg forsøke å se nærmere på.

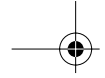
253. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 15 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

254. Rognstad, s. 73

255. Se drøftelse side 46. I teorien har eksemplarfremstilling blitt definert til noe som finner sted når det skjer en fiksering av en *viss varighet* og med en *viss selvstendighet* og når reproduksjonen er tilstrekkelig lik originalen til å gi den *samme bevissthetsopplevelsen* hos leseren Stray Vyrje, ophavsrettens ABC

256. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 16 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

257. Ron White, How computers work, s. 358



4 KRINGKASTING

Også det å gjøre fremføringen tilgjengelig ved hjelp av «kringkasting» er innenfor eneretten til den utøvende. Oppfinnelsen av kringkasting muliggjorde at fremføringen ble tilgjengelig for flere enn de tilstedeværende. Et av hovedhensynene bak reglene i § 42, 1. ledd er å gi den utøvende kompensasjon for at teknologien muliggjør fremføringer han ikke har kontroll over.²⁵⁸ Bestemmelsen er en forlengelse av dette hensynet. Men er det slik at overføringer av utøverprestasjoner over Internett kan klassifiseres som «kringkasting»? Det vil jeg med drøftelsen nedenfor forsøke å belyse. En beskrivelse av kringkastingsmediet vil forhåpentligvis bidra til å belyse dette.

4.1 Litt om kringkasting som medium.

Kringkasting er en form for telekommunikasjon, selv om de to begrepene rettslig sett er atskilt. Tidligere skilte man mellom ulike typer telekommunikasjon etter den teknikk som ble anvendt. Kringkasting foregikk på en annen måte enn telefon, derfor endte de opp som to kategorier offentlig kommunikasjon. I dag benyttes i stor grad samme teknikk for transport av signaler med ulikt innhold og ulike mottakere.

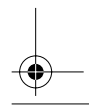
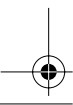
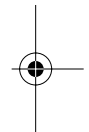
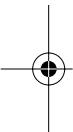
Telekommunikasjon består i å formidle informasjon ved hjelp av elektromagnetiske signaler. Både synlig lys og varme representeres ved samme fysiske fenomen- elektromagnetiske bølger. Hva slags egenskap bølgene har er avhengig av frekvensen. Informasjonsformidlingen skjer ved at opptakerenheten, kamera eller mikrofon, samler opp signalene. Ved digital transport omgjøres signalene til pulssignaler uttrykt i tall (sekvenser av to tall, 1 eller 0, representerer strøm på eller av) og fraktes i kabel eller i trådløst nettverk til abonnenten. I mottakerenheten foregår det en ny transformasjon av signalene fra digitale til analoge, slik at de kan høres og/ eller danne bilder.

Hittil har det ved kringkasting bare vært mulig med enveiskommunikasjon.²⁵⁹ Det har vært fremhevet som karakteristisk for tjenesten at det er én utsender og mange mottakere (fra offentlig- evt/privat sfære til allmennhet), i motsetning til telekommunikasjon som er sendinger fra punkt til punkt (fra privat til privat sfære).²⁶⁰ Dette følger bla av kringkastings-loven § 1- 2. 4. ledd, jfr telekommunikasjonsloven § 1-1.

258. NOU 1984:25, side 33 om «Nabolandsfjernsyn i kabel»

259. NOU 1983:35, s. 21 om endringer i åndsverkloven m.v.

260. Ot. prp. nr 55 1988-89, s. 7 om endringer i kringkastingsloven osv





82 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

Det er etterhvert utviklet teknologi som gjør at man kan ha toveiskommunikasjon også ved kringkasting. Telefonlinjene supplerer kringkastingsnettet, eks man ringer tilbake og stemmer på kandidater i et underholdningsprogram eller lignende. Dessuten har man utviklet teknikker som gjør at man kan frakte bildesignaler over telefonnettet Integrated Services in Data Networks (ISDN).²⁶¹ Dette gjør det mulig å etterspørre en spesiell film el. på et ønsket tidspunkt (kringkasting på forespørsel). Dette har medført økende nettverkskonvergens,²⁶² i stadig større utstrekning benytter tradisjonell kringkasting- og teletjeneste seg av det samme nettverket.

Både kringkasting – og telenettet består av anlegg for trådløs utsending og anlegg for trådkabelnett. Utstyret er hovedsakelig offentlig eid av staten ved Telenor. Det finnes også store kabelnett for kringkastingsformidling eiet av private. Ved distribusjon over lange avstander benyttes både trådløst nettverk og kabel.

De ulike teletjenestene (i vid forstand) krever forskjellig distribusjonskapasitet, fordi tjenesten teknisk sett består av forskjellig mengde data. Eksempelvis krever telefon 3000 Hertz²⁶³ og fjernsyn krever 3-5 millioner. ISDN-teknikken²⁶⁴ har imidlertid gjort det mulig å sende levende bilder over smalband – for eksempel telefonnettet. Teknikken går ut på å pakke signalene slik at signalene ikke tar mer plass enn en telefonsamtale. Teknikken har begrenset overføringskapasitet. Derfor har man utviklet en ny teknikk som øker kapasiteten. Assymetric Digital SubscriberLine (ADSL)-teknikken vil kombinert med en oppgradering av telenettet, gjøre at digitale fjernsynssignaler kan distribueres over telenettet.²⁶⁵

Den trådløse kommunikasjonen kan skje ved bruk av bakkeutstyr eller satellitt. Når analoge (eller digitale) signaler blir sendt trådløst er det kapasitetsbegrensninger. Signalene kan forstyrres av andre signaler og det kan oppstå interferens, noe som gir dårligere kvalitet på signalene. Derfor må frekvensressursene administreres ved blant annet reservering for et antall sendinger for hvert land. Dette er en av grunnene til at man har konsesjonsplikt ved kringkasting, man er avhengig av å samordne sendingene for å forhindre interferens. Ordningen reguleres også av internasjonale avtaler.²⁶⁶

Det finnes tre hovedtyper kabler som for tiden er aktuelle: telefonnett (smalband, beregnet på toveiskommunikasjon), kabelnett (bredband, beregnet

261. Ot. prp. nr 36 1994-95, s.8 lov om telekommunikasjon

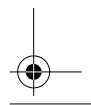
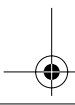
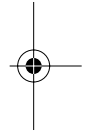
262. Se note 33

263. Målenhet for antall svingninger.

264. Ot. prp. nr 36 1994-95, s.8 om telekommunikasjon.

265. Stortingsmelding nr 46, s. 15 om Digitalt fjernsyn, 1998-99.

266. EUs radio- og fjernsynsdirektiv (89/552/EOEF) og Europeisk konvensjon om fjernsyn over landegrensene



på enveis-kommunikasjon), integrert bredbåndnett (bredbånd, toveis i hovedsak vil bli eid av det offentlige). Ved sending i kabel (over tråd) får man løst kapasitetsbegrensningene. Man får heller ikke interferensproblemer av betydning. Ved å digitalisere signalene og samtidig forsterke dem underveis har man blitt i stand til å sende signalene i kabler over lengre strekninger. Dette får også betydning for kringkastingssignaler som kan sendes slik. Etter hvert har man gått over til fiberoptiske kabler som er laget av en slags glassfiber, som øker hastigheten i overføringen. Signalene sendes på frekvenser opp mot synlig lys. Teknikken har stor kapasitet både med hensyn til kanalbredde og ved at signalene kan sendes over store strekninger uten å svekkes nevneverdig.²⁶⁷

4.1.1 Presisering av problemstillingen.

Hva innebærer «kringkasting» i åndsverkloven § 42, 1. ledd? Begrepet har også en rettslig karakteristik ved at det knyttes rettsvirkninger til det som kvalifiserer som kringkasting.

Internett og digital teknologi representerte et veiskille for kringkastings- og IT-sektoren: «*Et revolusjonerende aspekt ved Internett er at det har muliggjort direkte kommunikasjon mellom et ubegrenset antall lokale PC-er. Dette har brakt den enkelte datamaskinen ut av «isolasjonen» og gjort PC-verktøyet til en sentral plattform for informasjonsutvikling og kommunikasjon.*»²⁶⁸

Digitaliseringen og utbyggingen av Internettet muliggjør at kringkastings-selskapet kan benytte nettverket til å sende programmer med utøverprestasjoner. Internett muliggjør at også andre enn kringkastings-selskapene kan formidle kringkastings-programmer og single utøverprestasjoner direkte over Internett. På denne måten har man fått en gråsoner mellom mediene. Det eksisterer et vern mot kringkasting av disse prestasjonene, men kan det fortsatt kalles kringkasting når prestasjonene blir formidlet til en PC eller over Internett?

Eksempelvis en tjeneste som film på forespørsel kan sees fra et kringkastingsperspektiv, sendt som betalingsfjernsyn eller kringkasting på forespørsel (video on demand) som etter forarbeidene til kringkastingsloven skal regnes som kringkasting i kringkastingslovens forstand. I senere forarbeider forutsettes at det er kabel-tvnettet som skal være i stand til å overføre tjenesten.²⁶⁹ I forarbeidene til telekommunikasjonsloven antas det at video on demand er en tjeneste som telekommunikasjonsloven skal regulere.²⁷⁰Hvis kringkas-

267. De tekniske opplysningene er hentet fra NOU 1975:7, s. 15, Kringkastingslov og Ot. prp. nr 47 1986-87, s. 14-15, Einstablands CompLex 2/92, side 62 flg.

268. NOU 1999:26, s.36 Konvergensutredningen

269. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 35 lov om kringkasting og Ot. prp. nr 36 1994-95, s. 13, lov om telekommunikasjon

270. Ot. prp. nr 36 1994-95, s. 29 punkt f) om telekommunikasjon



84 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

tingselskapet benytter Internett for overføring av sine programmer, er dette da kringkasting eller noe «annet»?

I tidlige forarbeider til kringkastingslovgivningen ble det uttalt at ²⁷¹ utgangspunktet for eneretten skulle knyttes til hva som ble sendt til hvem, ikke hvordan det ble formidlet rent teknisk sett: «NRKs enerett bør ikke knyttes til den tekniske utsendingsformen som benyttes, men til hva som utsendes og til hvem utsendingen er rettet.» Synspunktet blir støttet av departementet som hadde «kome til at det må seie seg samd i framlegget frå fleirtalet i utvalet og kan i all hovudsak visa til deira grunngjeving.»²⁷²

Skal denne uttalelsen fra forarbeidene igjen bli et overordnet mål? Tvinger digitalisering og konvergens oss til å forenkle systemene og forandre begrepsbruken slik at distribusjonsformen ikke blir utslagsgivende for den juridiske karakteristikken? Kanskje vil man se det som riktigere å benytte samlebegrepet «tilgjengeligjøring til allmennheten» i stedet for «kringkasting» og så regulere rettighetene til de utøvende i forhold til dette. Noen ord om hva vi har i vente:

«Digitaliseringen ligger til rette for at alle typer informasjon kan overføres over alle infrastrukturer og tjenestenett...Kapasiteten økes i telenettene og kringkastingsnettet gjøres mere interaktive.»²⁷³

Tolking av lovens ordlyd.

Når den utøvedes prestasjonen blir tilgjengeliggjort for allmennheten via kringkasting dekkes dette av åndsverkloven § 42, 1. ledd pkt b):

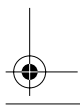
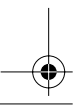
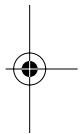
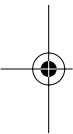
En utøvende kunstners fremføring må heller ikke uten kunstnerens samtykke kringkastes.

Men hva innebærer begrepet? Utgangspunktet for tolkingen er ordlyden i åndsverkloven og en vanlig forståelse av den. Folk flest forbinder «kringkasting» med NRKs sendinger, selv om dette etter opphevelsen av monopolet ikke er reelt. Teknikken som var tilgjengelig den gang kan gi en viss veiledning. Teknikken som var kjent ved tilblivelse av lovt teksten tilsier at «kringkasting» skulle omfatte fremføring som når frem til allmennheten via radio eller fjernsynsmottaker. Det skjedde den gang ved hjelp av radiobølge (eller telefonlinje). Fjernsynet var ikke kommet på markedet den gang ordlyden i § 42 ble til, men fenomenet var kjent. Forarbeidene til åndsverkloven bekref-

271. Innst. nr 1 1966, s. 39 «Innstillingen om omfanget av Norsk Rikskringkastings enerett»

272. Ot. prp. nr 75 1969-70, s. 7 Kringkasting

273. NOU 1999:26, s. 48 Konvergensutredningen



ter derfor at «kringkasting» dekker både formidling av lyd og bilde til allmennheten.²⁷⁴ Dette er likevel ikke fyllestgjørende i forhold til å forstå begrepet godt nok til å ta stilling til hvorvidt Internettssendinger for eksempel er kringkasting i åndsverklovens forstand.

Forarbeidene til endringene i åndsverkloven i forbindelse med nabolandsfjernsyn gir oss visse hint: «I forarbeidene til åndsverkloven er ikke uttalt hva som omfattes av begrepet «kringkasting» i lovteksten. ... Utgangspunktet er at begrepet må fortolkes ut fra de hensyn som åndsverkloven skal ivareta. Det er naturlig også å se hen til hvordan begrepet forstås i kringkastingsloven.»²⁷⁵ Men er kringkastingslovens begrep dekkende i forhold til åndsverklovens kringkastingsbegrep?

Jeg vil nå undersøke hva kringkastingslovens kringkastingsbegrep omfatter. Dernest vil jeg undersøke om kringkastingslovens begrep kan legges til grunn for åndsverklovens kringkastingsbegrep.

Kringkastingsbegrepet i kringkastingsloven

Utgangspunktet er ordlyden i kringkastingsloven.²⁷⁶ Den er langt mer utfyllende enn i åndsverkloven og har en legaldefinisjon av kringkasting i § 1-1, 1. ledd:

«Med kringkasting menes utsending av tale, musikk, bilder og lignende med radiobølger over tråd, ment til å mottas direkte av allmennheten.»

Legaldefinisjonen består av et sett med forutsetninger:²⁷⁷

- Det må skje en utsending
- Informasjonen må ha form av tale, musikk, bilder og lignende
- Teknisk sett må sendingen skje i form av en utsending av elektromagnetiske signaler som radiobølger eller over tråd.
- Sendingen må gå direkte fra avsender til mottager
- Avsender må ment å sende signalene til den aktuelle mottakergruppe
- Sendingen må mottas av en allmennhet

Vilkårene er kumulative slik at alle må være oppfylt for at det skal foregå kringkasting i lovens forstand.

274. Ot. prp. nr 26, 1959-60, s. 94 om opphavsrett til åndsverk

275. NOU 1985:25, s. 33 om nabolandsfjernsyn i kabel (som er innlemmet i Ot. prp. nr 80 1984-85)

276. Lov om kringkasting, av 4. des. 1992 nr 127

277. Vilråene fremgår av bestemmelsen, men også av NOU 1999:26, s. 93 Konvergensutredningen



86 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

Utsending av data

Det må finne sted en «utsending av data».²⁷⁸ Dette skal i følge forarbeidene²⁷⁹ forstås dithen at det teknisk sett må sendes ut signaler i motsetning til at de opptas eller lagres på film eller annet lagringsmedium. Utsending av data vil omfatte all originær utsending²⁸⁰, enten det er elektromagnetiske signaler gjennom jordbundne nett, kabelsendinger eller opplink til satellitt.

Tale, musikk, bilder og liknende

Data må være «tale, musikk, bilder og liknende». Begrepene enkeltvis, er ikke omtalt i forarbeidene.²⁸¹ Dog står det at det må dreie seg om «en sending av programmer»²⁸²

Denne delen av ordlyden har stått uendret siden 1929.²⁸³ I konvergensutredningen²⁸⁴ omtales dog begrepene: «Den informasjonen som sendes må ha form av «tale, musikk, bilder eller lignende» («eller lignende» feilstavet i NOU s. 93, 2. spalte)» noe som i praksis omfatter nær sagt enhver slags informasjon som kan omsettes til noe meningsfylt for mennesker.» Dette gir oss ikke noe mer veiledning enn en antydning om at det ikke finnes noen begrensninger så sant signalene kan bli noe meningsfylt for mennesker. Imidlertid består begrepet av ord fra vår daglige tale slik at vanlig forståelse av ordlyden kanskje kan gi oss en økt forståelse for innholdet. «Tale» omfatter all muntlig kommunikasjon fra ett enkelt ord og korte setninger til lange foredrag og diskusjoner. «musikk» er lyd med melodi og toner med eller uten tekst. «bilder» skulle tilsi at enkeltbilder er omfattet og levende film fargebilder, sort/hvitt, tegnede bilder og elektroniske bilder.

278. Data er definert av Selmer i Lov og Rett 1995, s. 149: «Informasjon kan ikke lagres eller overføres. Informasjon oppstår først i et menneskes (eller dyrs!) bevissthet når dette «noe» som er data blir sett, hørt, følt eller på noen måte brakt innenfor rekkevidde av sanseapparatet. ... Data er alt som- dersom man bare har de riktige innretninger for å skape sanseinntrykk- kan føre til at vesen får en bestemt, tilsiktet informasjon.»

279. NOU 1999:26 s.93 Konvergensutredningen

280. «Originær» betyr at den er opprinnelig, førstegangsutsending, at den ikke er en videre-sending.

281. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 31 lov om kringkasting og Innst. nr 1 1966, s. 39, «Innstillingen om omfanget av Norsk Rikskringkastings enerett «som ikke behandler begrepene, men sier at de tilsvarer gjeldende retts definisjon. Problemet er at de aldri er omhandlet heller ikke når de kom inn i telegrafloven i 1929

282. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 31 lov om kringkasting

283. Ot. prp. nr 44 1929 om endringer i lov om meddelelser ved hjelp av telegraflinjer og lignende anlegg med senere tilleggslover.

284. NOU 1999: 26, s. 93 Konvergensutredningen



Men hva vil begrepet «liknende» tilsi? Er det en utvidende fortolking av de konkretiserte begrepene? Eller hører «liknende» kun til bilde? Og i så fall hva annet kan det romme enn det som er eksemplifisert? Ordlyden har som sagt stått uforandret siden den kom inn i endringer i telegrafloven i 1929. I forarbeidene relevant for uttalelsen står det ingenting om hva og liknende skal bety. Lovens forhistorie tilsier at begrepet kun er et vedheng, en sikkerhetsventil for lovgiver, i tilfellet det er eksempler som er glemt eller ikke oppfunnet på lovgivningstidspunktet. «og lignende» fantes også som en del av ordlyden til telegrafloven av 29. april 1899. Her sto den som en del av forbudsbestemmelsen mot å oppstille apparater eller innretninger til mottagelse av «meddelelser og lignende».²⁸⁵

I alle fall kan det ikke hentes noen veiledning, snarere kan det se ut som rene tilfeldigheter har gjort at ordlyden fortsatt har vedhenget eller at vanlig ansvarlig lovgivningsteknikk tilsier at man sikrer seg på denne måten for å ha en utgang hvis man får problemstillinger man ikke har tenkt på. Det eneste man kan si er vel at det kan virke som om lovgiver ønsket alt mulig omfattet og at uttalelsene til konvergensutvalget om at det omfatter «nær sagt enhver slags informasjon» bekrefter dette.

I teorien²⁸⁶ hevdes det at man vanskelig kan tenke seg annet enn tekst som kan falle inn under «eller lignende». Jon Bing uttaler også at: «*Passusen «Utsending av tale, musikk, bilder og liknende» bærer i seg selv ikke noe bud om at den tar sikte på å skulle avgrense mot typer av innhold som er noe annet. Det virker altså ikke som om man tenker seg muligheten av utsendinger direkte til allmennheten gjennom kabel eller ved radiobølger som ikke skulle falle inn under lovens definisjon av kringkasting.»*

Også annen juridisk teori har drøftet uttrykket. Selmer hevder at det som omfattes er: «*Alle former for signaler, når den allmennhet som kan motta dem «direkte» gjennom sine radio- eller TV-apparater kan tolke dem som informasjon.»*²⁸⁷ Disse uttalelsene, samt uttalelsen fra konvergensutvalget tilsier at det ikke ligger noen begrensninger i begrepene som avgrenser omfanget av kringkastingsbegrepet.

Alt som kan sendes er omfattet av «tale, musikk bilder og liknende».

285. Ot. prp. nr 44 1929, s. 2 om endringer i lov om meddelelser ved hjelp av telegraflinjer o.s.v

286. Jon Bing, Rettslige aspekter ved digital kringkasting, CompLex 6/97, 51.

287. Knut Selmer, Lov og Rett 1987 s. 552



88 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

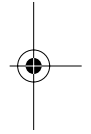
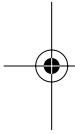
Vil internettspråket med multimedieuttrykk være et typisk «og liknende»-eksempel fra vår tid? Ved Internett og World Wide Web²⁸⁸ har man brutt med det alfanumeriske²⁸⁹ skjermbildet. Man vil få inkorporerte grafiske elementer, og gjerne også korte sekvenser med lyd og levende bilder. Dette omfattes i følge juridisk teori²⁹⁰ klart av begrepet «tale, musikk, bilder», slik at også uttrykk av en slik sammensatt karakter tilfredsstiller informasjonsvilkåret i loven. Uttalelsen fra konvergensutvalget²⁹¹ om at alt som kan gi mening for mennesker er omfattet, tilsier også at multimedieuttrykket er omfattet. Uttalelser i juridisk teori hevder det samme.²⁹² Internettetspråket er omfattet av ordlyden.

Imidlertid er det usannsynlig at et slikt «språk» er relevant ved direkteoverføring da man i så fall må operere med veldig mange kameraer samtidig.

Radiobølger eller tråd

Utsendingen må skje med signaler som overføres via «radiobølger eller over tråd». Men hva innebærer «radiobølger»? Omfatter dette også fjernsynssignaler, eller er det bare lydsendinger til radioapparater som er omfattet?

Ordlyden tilsier at fjernsynssendinger ikke er omfattet av «radiobølger». Heller ikke den tekniske definisjonen tilsier dette: «Radiobølger» er elektromagnetiske bølger på frekvenser lavere enn 3000GHz, spredt i rommet uten kunstig hjelp.²⁹³ Fjernsynssendinger blir sendt på en høyere frekvens enn 3000GHz og sendes fortsatt hovedsakelig trådløst. Hvis man skal knytte den juridiske forståelse til den tekniske betydningen av begrepene vil fjernsynssendinger, som blir sendt på frekvenser over 3000GHz, ikke være kringkasting. Forarbeidene bekrefter at det har vært en viss tradisjon for å knytte kringkastingsbegrepet opp mot tekniske definisjoner.²⁹⁴



288. Internett har jeg sikkert tidligere definert i innledningen. WorldWideWeb er en informasjonstjeneste på Internett. Karakteristisk for tjenesten er hyperlinkene som gjør at man kan klikke seg videre til ny informasjon

289. «Alfanumerisk» tegnssett omfatter både siffer og bokstaver, Tanums store rettskrivningsordbok 1996

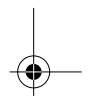
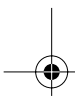
290. Jon Bing, Rettslige aspekter ved digital kringkasting, *CompLex* 6/97, 52.

291. NOU 1999:26, s. 93, Konvergensutredningen

292. Jon Bing, Rettslige aspekter ved digital kringkasting, *CompLex* 6 / 97, s. 52

293. Internasjonalt radioreglement, Geneve 1959, se Innstilling nr 1 1966 s.39.

294. Ot. prp. nr 47 1986-87, s.22 lov om nærkringkasting



Forarbeidene til kringkastingsloven behandler ikke begrepet.²⁹⁵ Forarbeidene til telegrafloven (som er forgjengeren til kringkastingsloven) definerer «radioelektrisk» til «*enhver art av trådløs overføring*».²⁹⁶ Også i forarbeidene til nabolandsfjernsyn i kabel²⁹⁷, som innebærer endringer i kringkastings- og opphavsrettslovgivningen, behandles etersendingsbegrepet under ett, ikke det snevrere «*sending med radiobølger*». Uttalelsene er riktignok myntet på åndsverklovens kringkastingsbegrep. Men sterke reelle hensyn (rettsteknisk og forutberegnelighet) taler for at begrepet gis samme innhold i lovgivning på nærliggende bruksområder, ærlig når forarbeidet regulerer virkeområdet for begge lovene. Forarbeidene til åndsverkloven uttaler:

*«Den alminnelige begrepsbruk og reale hensyn taler for at begrepet kringkasting i åndsverkloven må antas å omfatte ikke bare etersendinger, men også sending over tråd(kabel), så vel den opprinnelige sending som videresendingen.»*²⁹⁸

Kringkasting blir her altså antatt å omfatte all etersending, ikke bare radiobølger på et begrenset spekter. Også noen tidlige forarbeider til åndsverkloven støtter et slikt standpunkt. Det hevdes at det som er vesentlig er hva som formidles til hvem, ikke hvordan det formidles. En slik uttalelse innebærer at frekvensspekteret det overføres i ikke blir interessant slik at all trådløs overføring er omfattet.²⁹⁹ Juridisk teori hevder at ³⁰⁰ det tekniske innholdet i radiobølger og tråd bør gis liten vekt.

Også reelle hensyn tilsier at «radiobølger» må tolkes vidt. Med en strengt teknisk definisjon ville man ikke kunne sende «bilde», som inngår som en del av legaldefinisjonen av kringkasting og klarligvis derfor er en forutsetning for definisjonen. Reelle hensyn taler derfor i favør av at man må anlegge en mer pragmatisk definisjon slik at all signalspredning gjennom eteren omfattes av «radiobølger».

Få relevante kilder har gjort det nødvendig å skjene til forarbeider til åndsverkloven for å finne løsninger for forståelsen av vilkåret om «radiobølger». I tillegg finnes det støtte i noen meget gamle forarbeider og sterke reelle hensyn. Selv om ordlyden er et sterkt argument mot en utvidende forståelse av

295. Ot. prp. nr 67 1978-79, lov om kringkasting

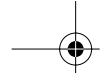
296. Ot. prp. nr 44, 1929 om endringer i lov om meddelelser ved hjelp av telegraflinjer o.s.v

297. NOU 1984:25, s. 33 om «Nabolandsfjernsyn i kabel»

298. NOU 1984:25, s.33 om «Nabolandsfjernsyn i kabel»

299. Innst. nr 1 1966, «Innstillingen om omfanget av Norsk Rikskringkastings enerett «og Ot. prp. nr 75 1969-70, s. 7 Kringkasting

300. Kringkastingsbegrepet, TERESA(78), CompLex 2 / 92, side 72



90 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

begrepet er vekten av ordlyden svekket på grunn av alder. I tillegg er det såpass mange kilder i favør av en utvidende fortolkning av begrepet.

Radiobølger må derfor gis en utvidende betydning til å omfatte trådløse sendinger på en hver frekvens, derav omfattes også fjernsynssendinger.

Den andre delen av vilkåret om distribusjonsformene som kan brukes til «kringkasting» er «tråd». Etter lovens ordlyd blir alle typer kabler omfattet, uansett kabeltype eller frekvens sendingen skjer på. Dette bekreftes også av forarbeidene, der «tråd» antas å omfatte alle former for signalførende kabler, «*sendingar på telefonliner, kraftliner og tråd og kabelnett*». ³⁰¹De mest aktuelle kabler for kringkastingsendinger er telefonnettet, kabelfjernsynsnettet, og de integrerte bredbåndsnett som er i ferd med å bygges ut.

Kringkasting i alle former for kabler er omfattet av definisjonen.

Direktevilkår

Videre stilles det som vilkår i kringkastingsdefinisjonen at sendingen skal gå direkte til allmennheten. ³⁰² Men hva innebærer dette?

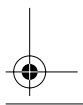
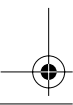
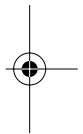
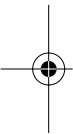
Jeg gir drøftelsen av direktevilkåret så vidt stor plass fordi den er interessant i forhold til Internett-problematikken. Kan man gi direktevilkåret en selvstendig betydning og representere et vilkår om samtidig mottak og kringkastingslovens kringkastingsbegrep er sammenfallende med det i åndsverkloven, kan dette medføre at å offentliggjøre utøverprestasjoner over Internett ikke er kringkasting. Dette begrunner en så vidt grundig drøftelse. Dessuten synes jeg at vilkåret er underbelyst i forarbeider og juridisk teori.

Vilkåret kan fortolkes i to retninger; direkte i tid eller direkte i linje. Ordlyden gir ingen forståelse av om ordet er et parameter på tid eller strekning? Hvis vilkåret tolkes som et parameter relatert til tid, er det snakk om krav om at sendingen ikke skal ta lengre tid enn det tar å transportere signalene gjennom kabelen. Hvis vilkåret forstås som et linjeparameter, betyr det at sendingen må gå uten mellomstasjoner fra avsender til mottaker.

Er direktevilkåret et linjeparameter? Av forarbeidene følger at før 1989 tolket man allmennhetsbegrepet i kringkastingsloven som et linjeparameter. Dette nødvendiggjorde en lovendring. Med endringen understreket man at selv om sendingen fysisk sett gikk i baner som gjorde at det traff mellomstasjoner som ikke var allmennhet, tilfredsstilte sendingen å være til allmennheten når

301. Ot. prp. nr 75 1969-70, s. 4, Kringkasting

302. Allmennhetsbegrepet vil bli inngående drøftet senere (s. 85). Foreløpig kan det, grovt sett, defineres som at *sendinger til allmennheten* omfatter sendinger som blir gjort av kringkastingselskaper som kan mottas av de som har TV.



den hadde intensjon om å nå allmennheten. Mellomstasjonene var bare en tekniske nødvendighet for å transportere signalene langveis fra.³⁰³

Ved satellittsendinger har man en slik situasjon. Et kringkastingsselskap «opplinker» (sender opp signaler) til en satellitt og så «nedlinkes» signalene til allmennheten.³⁰⁴ Før lovendringen hevdet man at ikke allmennhetsvilkåret ble oppfylt fordi kringkastingsselskapet sendte signaler til en satellitt. Satellitten var ikke allmennheten, og derfor ble ikke sendingene sendt direkte (direkte her som linjeparameter). Ved endringene i 1989 ønsket man å favne den situasjonen, slik at *intensjonen* om å sende til allmennheten er utslagsgivende.³⁰⁵

Reelle hensyn tilsier derfor at hvis direktevilkåret skulle leses som et linjeparameter, et vilkår om at sendingen skulle foregå uten mellomstasjoner, ville dette bringe regelens innhold på linje med innholdet som gjorde at man anså en endring av ordlyden nødvendig. Hvis da direktevilkåret skulle innebære et vilkår om at man måtte sende uten mellomstasjoner ville dette medføre at vilkårene i kringkastingsbegrepet likevel ikke var oppfylt ved satellittsendinger. Det er tydelig at ikke lovkonsipistene til endringene hadde en slik forståelse av direktevilkåret. Da ville ikke endringene i 1989 medført at man oppfylte intensjonene man hadde om å rydde tvil til side i forhold til oppfyllelse av allmennhetsbegrepet.³⁰⁶ Dette må være avgjørende. *Vilkåret er ikke et linjeparameter. Hvis vilkåret har noen selvstendig betydning må det være et tidsparameter.*

Men er vilkåret et tidsparameter med selvstendig betydning? I følge forarbeidene til kringkastingsloven er det motsatte tilfellet: *«etter utvalgets mening har denne avgrensningen. liten selvstendig betydning. Det som ligger i kravet er at sendingene skal mottas over tråd eller ad radioelektrisk vei direkte av allmennheten.»*³⁰⁷

I eksemplet fra forarbeidene blir direktevilkåret nærmest lest i sammenheng med allmennheten: *«Radiopressen» som sendes trådløst til norske båter er ment for mannskapet, men er likevel i kringkastingslovens forstand ikke sendinger til dem. Radiotelegrafisten mottar sendingene trådløst og distribuerer dermed nyhetene til mannskapet.»* Hvis programmet blir mottatt av en enkelt person som videreformidler dette til allmennheten er vilkåret altså ikke oppfylt.

303. Ot. prp. nr 55 1988-99, s. 6 om endringer i kringkastingsloven av 1980 osv

304. samme note som foregående.

305. Ot. prp. nr 55 1988-89, s. 7 om endringer i kringkastingsloven av 1980 osv

306. Ot. prp. nr 55 1988-99 s.6, om endringer i kringkastingsloven av 1980 o.s.v

307. Ot. prp. nr. 67 1978-79, s. 35 lov om kringkasting



92 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

Det er et også et motargumentet at verken fjernsynskonvensjonen eller direktivet³⁰⁸ opererer med et direktevilkår. Å gi vilkåret noen selvstendig betydning ville da stride mot de internasjonale instrumentene Norge er bundet av.

På den annen side skal ikke nasjonallovgivningen måtte oppfylle annet enn minstevilkårene som er angitt i konvensjonen.³⁰⁹ Norsk lov kan derfor stille strengere vilkår enn konvensjonen, så sant likevel hensynene i konvensjonen blir ivarettatt. Hovedhensynene i konvensjonen og direktivet er frekvensadministrasjon, mediekontroll og kulturpolitiske målsettinger som høyere programandel av europeiske sendinger osv. Ingen av disse hensynene trues av et reelt direktevilkår, slik at konvensjonsordlyden for så vidt ikke står i veien.

Dessuten ville et reelt direktevilkår som parameter på tid, kunne ha fremmet målsettinger som fremgår indirekte av de internasjonale instrumentene. I eksemplifikasjonene til bestemmelsene i konvensjonen og delvis av definisjonen av «broadcasting» i direktivet fremgår det uttalelser som kunne tilsi at³¹⁰ man ønsker å utelukke brukerinitierte sendinger fra «broadcasting»-begrepet.³¹¹ Dette omfatter tjenester på forespørsel, som når man etterspør en musikk- eller filmfil på Internettet. Et reelt direktevilkår resulterer i at man må holde brukerinitierte tjenester utenfor, fordi slike tjenester ligger i baser og ikke blir sendt direkte fra kringkastingsselskapet. TV 2s Hotell Cæsar-sendinger er eksempel på slike sendinger. De siste episodene blir lagt ut på Internett slik at man kan få overført opptaket på et ønskelig tidspunkt.

På den annen side er det ingenting i forarbeidene som tilsier at direktevilkåret er satt inn for å oppfylle direktivforpliktelser. Tvert imot. I forarbeidene står det bare at direktevilkåret ikke er oppfylt hvis en radiotelegrafist mottar programmet først, for så å videreformidle det til mannskapet. Direkte knyttes altså til allmennheten.³¹²

Direktivet anses implementert i norsk lov.³¹³ Da ville man hatt klarere avgrensninger i lovverket mot brukerinitierte tjenester. Nødvendige lovend-

308. Europarådets konvensjon om fjernsyn over landegrensene, 5. Mai 1989 og ratifisert av Norge 30.7 1993. Raadets direktiv 89/552/EOEF av 3. okt. 1989 om samordning av visse love og administrative forbindelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse av tv-radio-spredningsvirksomhed.

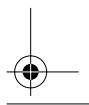
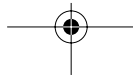
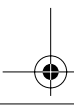
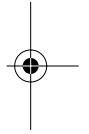
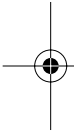
309. Prinsippet fremgår av Romakonvensjonen art 7, jfr art19, men gjelder også i forhold til andre konvensjoner.

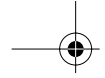
310. Explanatory report on the European convention of Transfrontier Television Council of Europe, Strasbourg 1990:15 og Council directive of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, (se Bing Complex 6/97 s. 70)

311. Jon Bing CompLex 6/97 s. 70

312. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 35 lov om kringkasting

313. Direktivet er implementert ved lov av 17. desember 1993 nr 126. Konvensjonen er ratifisert av Norge 30.7.1993. Fremgår av Karnov.





ringer innarbeides før implementering.³¹⁴ Direktetilvilkåret eksisterte før implementeringen som kom på 90-tallet. Kanskje er heller ikke eksemplifikasjonene så klare at de utelukker alle brukerinitierte sendinger? I alle fall taler mangel på tydelighet i argumentbærerne i mot at en forståelse av direktetilvilkåret som et parameter på tid.

Argumentene imot direktetilvilkåret som et parameter på tid forsterkes av at problemstillingen heller ikke utdypes i forarbeider eller i juridisk teori. Reelle hensyn som demokratihensynet og forutberegnelighetssynspunkter tilsier at en tolklingsløsning med så vidtgående konsekvenser måtte fremgått klart av tilgjengelige kilder. Konsekvenser av et selvstendig direktetilvilkår kunne medført konsesjonsplikt for noen distribusjonsformer (fordi det oppfylte kringkastingsvilkåret) og ikke-oppfyllelse av kringkastingsvilkåret i andre sammenhenger, som også har rettslige konsekvenser av forskjellig art.

Også det at utvalgsuttalelser³¹⁵ (NOU 1999:26) innfortolker et samtidighetsvilkår for å finne hjemmel for å utelukke brukerinitierte tjenester, taler i disfavør av at direktetilvilkåret har en slik betydning, da hadde utvalget ikke sett behov for å innfortolke et samtidighetsvilkår i allmennhetsbegrepet.

Konvergensutvalget³¹⁶ uttaler at direktetilvilkåret innebærer at det ikke kan foregå større tidsforsinkelser enn de tidels sekunder som skyldes motstand i kabler.³¹⁷ Dette tilsier altså at de ser på direktetilvilkåret som et *tidsparameter* uten at de trekker de slutningene som jeg gjør ovenfor, nemlig at dette kanskje derved må utelukke interaktive tjenester. For meg er denne mangelen på kobling ikke til å forstå hvis ikke vilkåret da skal anses alltid oppfylt og da blir det uten betydning av den grunn: det- tar- den- tiden- det- tar-type vilkår. Da blir ikke «direkte» et vilkår, men en beskrivelse. Det høres ikke sannsynlig ut.

Etter mitt skjønn, vil det ved filoverføring foregå en tidsforsinkelse ved at filen blir liggende i basen inntil den blir etterspurt. Da tar den lengere tid enn den ville ha tatt hvis sendingen hadde gått direkte fra opplaster til den som laster ned filen. Filoverføring vil derfor blitt utelukket hvis direktetilvilkåret skulle leses som et tidsparameter. Direkteoverføringer over Internett derimot ville oppfylle vilkåret. Den tar bare tiden det tar gjennom kabelsystemet. Reelle hensyn tilsier også at det ville vært meget uheldig med et splittet syn avhengig av om det er snakk om direkte- eller filoverføring.

Det er også flere reelle hensyn som taler imot et direktetilvilkår med selvstendig tidsparameterbetydning. Ved direkte overføring ville man oppfylt et direktetilvilkår med krav om at overføringen kun skulle ta tiden signalene bru-

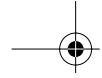
314. Ot. prp. nr 15 1999-2000, s. 7 om endringer i åndsverkloven mm

315. Den rettskildemessige plasseringen av Konvergensutvalgets NOU har jeg diskuterer jeg på side 93

316. NOU 99:26, Konvergensutredningen

317. NOU 99:26 s.94 Konvergensutredningen





94 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

ker gjennom kabelen. Slike sendinger er originære, uten stopp i noen base. Sendingene tar ikke lengre tid enn ved sendinger over det tradisjonelle kringkastingsnett. Dette kunne resultere i at direkteoverføringer over Internett vil være «kringkasting», kreve konsesjon osv, mens filoverføring ikke er «kringkasting» og behandles ut ifra andre regler, fordi en fil (opptak) stopper i en base og at tidskravet derfor ikke oppfylles. Rettstekniske hensyn og hensynet til forutberegnelighet og harmoni i rettssystemet tilsier at man klassifiserer disse tjenestene likt. Ellers ville man få helt ulike regelsett til å behandle direkteoverføring og filoverføring over Internett på. Dette reelle hensynet taler derfor også imot en slik forståelse av direktevilkåret.

Det er også reelle hensyn som taler i favør av å gi vilkåret betydning som et tidsparameter: Vi forutsetter at med et tidsparametervilkår følger at direkteoverføringer er «kringkasting», fordi sendingen ikke tar lengre tid enn signaltransporten. Ved «kringkasting» har man et videresendingskompleks tilknyttet sendingene jfr kringkastingsloven § 4-1. Vederlagsplikten ved overføring av utøvedes prestasjoner, fremgår av forarbeidene til åndsverkloven.³¹⁸ Dette innebærer, meget grovt sett, at det anses som ny vederlagspliktig handling ved hvert nytt mottak. Ved for eksempel «avstikkere» fra en kabel til et borettslag med flere enn 100 husstander (kringkastingsloven § 4-1, 1. ledd), er det en ny vederlagspliktig handling. Hvis ikke Internettoverføring er «kringkasting», vil man ikke ha et «videresendingskompleks» å knytte overføringen opp mot. Antageligvis vil det kun være en vederlagspliktig handling når prestasjonen blir tilknyttet Internettet.³¹⁹ Da vil vederlagskravet bli langt lavere enn ved «kringkasting». Dette er et meget sterkt reelt hensyn som taler i favør av å definere direkte vilkåret som et tidsparameter. De utøvende vil få økt vern ved beskyttelsessystemet som videresendingskomplekset tilbyr den utøvende.

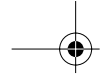
Jeg legger størst vekt på forarbeideruttalelsen om at vilkåret ikke skal gis selvstendig betydning³²⁰, samt manglende forarbeideruttalelser hvis man skulle ilagt vilkåret en selvstendig betydning. Dessuten har jeg lagt vekt på at de internasjonale kildene mangler et slikt vilkår. Det er derfor enda sterkere argumenter som tilsier at det ikke er grunnlag for å lese direktevilkåret som et tidsparameter med selvstendig betydning.

Direktevilkåret kan ikke gis noen selvstendig betydning.

318. NOU 1984:25, s. 33 om nabolandsfjernsyn i kabel

319. Når skjæringspunktet for vederlagsplikt oppstår fremgår av forarbeidene til databasedirektivet, Ot. prp. nr 85, 1997-98, s. 16, gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

320. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 35 lov om kringkasting



Ment for allmennheten

Avsenderen må ha ment å sende signalene til allmennheten. Hva innebærer at en sending er ment for allmennheten?

Av forarbeidene fremgår at vilkåret er et intensjonskriterium; den som har ønske om å sende informasjon til allmennheten, sender til allmennheten og oppfyller derved vilkåret.³²¹ Bakgrunnen for regelen er at man endret definisjonen på kringkasting i 1989 for å oppfange opplinktilfellene. I opplinktilfellene blir signalene sendt via satellitt før de når allmennheten. Det oppsto derfor tvil om dette var sendinger «til allmennheten». For å rydde tvilen av veien endret man ordlyden fra «egnet til å mottas» til «ment til å mottas» og fra et frekvens- til et intensjonsperspektiv. Dette medfører at sendingen anses «ment for» allmennheten, selv om sendingen treffer mellomstasjoner, som for eksempel en satellitt, på veien dit.³²²

Kriteriet innebærer at har man intensjon om å sende til allmennheten hindrer det ikke oppfyllelse av vilkåret at signalene når mellomstasjoner underveis.

Allmennhetsvilkåret

Det stilles også krav til at sendingene må mottas av en allmennhet. Men hva innebærer begrepet «allmennhet»? Begrepet har ingen klart avgrenset semantisk betydning. «Allmennhet» brukes i flere lover (straffeloven, åndsverkloven, kringkastingsloven for bare å nevne noen). Det er heller ingen grunn til å tro at begrepet har samme innhold i de forskjellige lovene det brukes.³²³

Også forarbeidene³²⁴ til kringkastingsloven understreker begrepets flertydighet: begrepet «*har den svakhet at det også kan bety en meget fåtallig gruppe. Slik anvendes det i lov av 12. mai 1961 (nr 2) om opphavsrett til åndsverk...*». Forarbeidene til kringkastingsloven uttaler samtidig, antitetisk, at i en slik betydning er det ikke brukt i kringkastingsloven; allmennhet i kringkastingslovens forstand betyr ikke en meget fåtallig gruppe. «Begrepet allmennhet kan nok ikke få en skarp avgrensning. Det dreier seg ikke om et spesifisert antall individer.» Videre heter det at det hovedsakelig er to faktorer som skal ilegges vekt: antallet seere og relasjonen mellom dem.

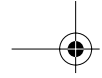
321. Ot. prp. nr 55 1988-89, s. 6 og 7 om endringer i kringkastingsloven av 1980

322. Ot. prp. nr 55 1988-89, s. 6 og 7 om endringer i kringkastingsloven av 1980

323. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 lov om kringkasting

324. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 lov om kringkasting





96 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

I senere forarbeider³²⁵ har det etablert seg faste kriterier som allmennhetsbegrepet skal vurderes på grunnlag av, blant annet basert på kriteriene oppstilt i disse eldste forarbeidene: Momentene ved vurderingen er

- Tallet på husholdninger/mottakere
- Graden av interessefellesskap hos mottakerne (og evt, mellom sendere og mottakere), utover interessen av programmene.
- Formålet med sendingen
- Innholdet i sendingene
- (samtidighetsvilkår)

Tallet på husholdninger. Det ble diskutert i forarbeidene til kringkastingsloven hvorvidt man skulle konkretisere antallet husholdninger som skulle til for å danne en allmennhet.³²⁶ Utvalget som var nedsatt for å behandle temaet var i tvil om dette og kom frem til at den ikke ville angi presise kriterier, men ville heller ha avgjørelser i det konkrete tilfellet. «*Jo større antall, jo lettere vil det være sendinger til allmennheten. En viss betydning vil det dessuten ha om gruppen er konsentrert eller spredt.*»

En voldgiftsdom fra 1987 ilegger antallet seere vekt.³²⁷ Konflikten gjaldt hvorvidt det skulle betales vederlag for offentlig fremføring av kabelsendinger til et spesielt antall husstander innenfor et borettslag. Det er grensene i forhold til «tilgjengeliggjøring for allmennheten» i §2, 3. ledd som diskuteres: «*kabelnett som er avgrenset til 25 bygninger og/ eller 100 husstander er ikke omfattet av bestemmelsene i dette kapittel*» (kringkastingslovens § 4-4, 1. ledd). Bruk av bestemmelsen indikerer da at når det sendes til 25 bygninger eller flere (eller 100 husstander), er dette sendinger til allmennheten. Selv om dommen gjelder kringkastingssending er den helt klart basert på åndsverklovens allmennhetsbegrep. Det er derfor ikke sikkert at dommen har relevans som argument for hva som ligger i allmennhetsbegrepet i kringkastingsloven.

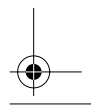
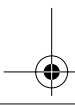
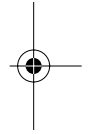
På den annen side er størrelsen «adoptert» som grense for videresendingsbegrepet i kringkastingslovens § 4-1.³²⁸ Men dette kan vel snarere leses som at det er åndsverklovens allmennhets- og kringkastingsbegrep som er relevant for vurderingen av skjæringspunktet for når det skjer en videresending. Da vil ikke grensene i loven kunne anføres som et argument for at man opererer med spesifikke antall seergrenser.

325. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 flg., lov om kringkasting og Ot. prp. nr 80 1984-85 s. 27 om nabolandsfjernsyn i kabel

326. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 31 lov om kringkasting

327. Voldgiftsdom avsagt 20. mars 1987, trykket i NIR 1989, s. 369

328. Relevante kilder jeg har undersøkt tilsier at det er åndsverklovens allmennhetsbegrep som er skjæringspunktet for videresending i kringkastingsloven. Tiden og oppgavens omfang tilsier at jeg ikke kan gå nærmere inn på det her.



I forarbeidene til kringkastingsloven gis det diverse eksempler på hva som er/ ikke er sendinger til allmennheten. I et av eksemplene er antallet seere spesifisert. Eksempelet omhandler sendinger til 5000 studenter. Dette ble ikke ansett å være sendinger til allmennheten på tross av det relativt store antallet: «*En gruppe på 5000 studenter som blir undervist ved hjelp av et lukket fjernsynssystem, eksempelvis kabel-tv, er klart nok et stort antall mennesker. Imidlertid har de et interessefellesskap(studiene), og sendingen knytter seg nettopp til dette fellesskapet. Det foreligger derfor ikke sendinger til allmennheten.*»³²⁹ Denne uttalelsen derimot, skulle tilsi at antallet er relevant, men at selv et stort antall kan innebære at allmennhetsvilkåret ikke er oppfylt. Forarbeiduttalelser hittil kan oppsummeres dithen at man ikke har ønsket å spesifisere antallet³³⁰ at antallet likevel er større enn det som oppstilles i åndsverkloven³³¹ – og at selv et stort antall likevel ikke behøver å utgjøre en allmennhet.³³²

Det er likevel kilder som tilsier at antallet ikke er avgjørende i forhold til allmennhetsvurderingen i kringkastingsloven. Man vurderer karakteren av sendingen ved utsendelse, ikke på mottaktidspunktet, slik at det konkrete antall seere derfor ikke blir relevant. Kan det være slik i forhold til kringkastingsbegrepet i kringkastingsloven og at antallet lyttere/ seere derfor blir irrelevant eller i alle fall sterkt må leses med et annet perspektiv?

Tradisjonelt sett, i forhold til allmennhetsbegrepet, er det mye som tyder på at det generelt kan oppstilles et allmennhetsbegrep ved offentlig kommunikasjon som er løst fra vurderinger fra publikumgruppen, at det er utsendelseskapasitet og mulighetene for tilknytning som er utslagsgivende. Dette skal tas opp og belyses senere i avhandlingen.

I forarbeidene om nabolandsfjernsyn i kabel,³³³ som innebærer endringer i åndsverkloven og kringkastingsloven, uttaler man: at «*kringkasting*» har vært definert som sendinger til allmennheten (min understreking): «*Det er det forhold at verket gjøres tilgjengelig, ikke det forhold at det faktisk av den enkelte husstand også blir sett og lyttet på, som er avgjørende.*» Denne uttalelsen synes å utelukke at antallet seere er utslagsgivende for hvor vidt allmennhetskarakteristikken er oppfylt.

Juridisk teori³³⁴ hevder at det at verket gjøres tilgjengelig er utslagsgivende for at allmennhetsvilkåret er oppfylt ved offentlig kommunikasjon, – også i forhold til kringkasting, man ser på tilbudet, intensjonen bak, snarere enn

329. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 kringkastingsloven

330. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 31 lov om kringkasting

331. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 lov om kringkasting

332. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 kringkastingsloven

333. Ot. prp. nr 80, s. 9 om nabolandsfjernsyn i kabel

334. Jon Bing CompLex 7/92 s. 56



98 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

hva som faktisk skjer:» *Ved kringkasting, har man tøyed offentlighetsbegrepet dithen at det ikke er nødvendig at fremføringen skjer i en offentlig situasjon, det er nok at den retter seg mot allmennheten.*» Det medfører at man klassifiserer tjenesten på intensjonsstadiet, ikke på mottakstidspunktet. Antall seere blir heller ikke her utslagsgivende.

Det samme fremgår av forarbeidene til kringkastingsloven. Her uttales det når det gjelder dekodere til kabel TV-sendinger: «*dreier det seg om trådsendinger, må det være tilstrekkelig at det foreligger et stående tilbud om å bli tilkopledd det trådsystem som brukes til sendingene. En trådsending vil derfor være egnet til å*³³⁵ *mottas av allmennheten selv om bare et fåtall allerede er tilkopledd sendernettet, dersom tilbudet er rettet til allmennheten.*»³³⁶

Selv om et fåtall altså er tilknyttet, vil allmennhetsvilkåret anses oppfylt fordi det er lagt til rette for at «allmennheten» kan knytte seg til sendingen.

På den annen side er det på samme sted i forarbeidene indirekte uttalt at kringkastingslovens allmennhetsbegrep ikke innebærer sendinger til et fåtall: «*Uttrykket allmennhet har den svakhet at det kan bety en meget fåtallig gruppe.*»³³⁷ Dette kan vitne om motstridende utsagn i forarbeidene. Hvis muligheten for tilknytning er det sentrale, kan ikke det at et fåtall har knyttet seg til være utslagsgivende.

Imidlertid tror jeg utsagnene kan harmonere hvis man ser uttalelsen om fåtallig gruppe som et tall på potensialet for tilknytning. Hvis man skaper anordninger ved kringkasting som bare muliggjør at en fåtallig gruppe kan knytte seg til, er ikke allmennhetsvilkåret oppfylt.

En slik fortolkning harmonerer da også med senere kringkastingsforarbeiders³³⁸ uttalelser om at det er intensjonen med sendingen som er utslagsgivende, ikke hva som konkret skjer. Dette gjelder riktignok i forhold til den fysiske banen til sendingen. Men hvis intensjonsaspektet ilegges vekt ved denne delen av allmennhetsvurderingen, er det ut ifra konsekvenshensyn ikke unaturlig at dette også gjelder i forhold til andre deler av begrepet.

Også en annen uttalelse fra samme forarbeid vitner om at tilknytningsmulighet kan være nok i forhold til karakteristikken: «*En sending betraktes i utgangspunktet som kringkasting selv om den er kodet, såfremt dekodeutstyr er allment tilgjengelig.*»³³⁹ Uttalelsen tyder også på at selv om sendingene er ment for de som har abonnement, som kan utgjøres av en fåtallig gruppe, anses det likevel som en sending til allmennheten når dekodeutstyret er

335. Dette er nå endret, men det endrer ikke relevansen av uttalelsen da *egnet til* er et vanskeligere kriterium å oppfylle enn «*ment til å*»

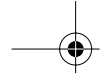
336. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 lov om kringkasting

337. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 lov om kringkasting

338. Ot. prp. nr 55 1988-89, s. 6 og 7 om endringer i kringkastingsloven av 1980

339. Ot. prp. nr 55 1988-89, s. 7 om endringer i kringkastingsloven av 1980





offentlig tilgjengelig, slik at allmennheten har muligheten for å knytte seg til. Det er altså verken nødvendig at sendingen som sådan er tilgjengelig for «alle» eller at *noen* konkrete, som kan oppfylle kravet til antall, har kjøpt dekamerutstyret for at signalutsendingen skal representere sendinger til allmennheten. Heller ikke her er antall tilknyttete seere relevant for allmennhetskarakteristikken, bare tilknytningskapasiteten. Antallet kommer inn som en del av kapasitetsvurderingen, ikke som en vurdering av hvem som konkret titter på den konkrete sendingen.

Det finnes ingen norsk høyesterettsdommer som kan belyse spørsmålet. Heller ikke den svenske praksisen er relevant, bortsett fra kanskje i ett enkelt tilfelle som også er tvilsomt fordi det omhandler videresending.³⁴⁰ Den øvrige rettspraksis gjelder bruken av TV- og radioapparater i tilknytning til allmennheten / det private rom i forhold til åndsverkloven. Dette gjør at dommene ikke nødvendigvis har relevans i forhold til kringkastingsloven. Det er hverken nødvendig eller sannsynlig at kringkasting- og åndsverkloven har et entydig allmennhetsbegrep.

Reelle hensyn kan kanskje også tilsi at tilknytningsmodellen er en rasjonell dreining av fokus i forhold til allmennhetsbegrepet. Begrepet kommer på linje med en struktur som flere hevder kan påvises ved kommunikasjon i det offentlige rom. Fra en WIPO-konferanse på Harvard i 1993 uttalte Thomas Dreier at det gjennom kringkastingbegrepet har foregått en dreining av allmennhetsbegrepet henimot et begrep som sender fra en privat sfære til en privat sfære, men at allmennhetsbegrepet likevel er oppfylt.³⁴¹ Den sendetekniske kapasiteten på systemet er da utslagsgivende for vurderingen.

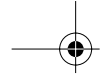
Uttalelsene i de eldste forarbeidene (Ot. prp. nr 67 1978-79) kan tolkes dithen at man vurderer hver enkelt sendings seere/ lyttere. I såfall er dette en uttalelse i disharmoni med tilknytningsmodellen. På den annen side må likevel vekten av denne forarbeiduttalelsen anses svekket av alder og den teknologiske utviklingen som har gjort at enkelte av de tidligere vurderingene har redusert verdi. Uttalelser fra senere forarbeider vil da ha større vekt. Slike forarbeidsuttalelser går i retning av et allmennhetsbegrep for kringkastingsloven med fokus på tilknytningsmuligheten for abonnenter, snarere enn antall seere. Juridisk teori taler i mot at antallet tilknyttet er utslagsgivende for vurderingen av om allmennhetsbegrepet er oppfylt.

Konklusjon: Antall tilknyttete er ikke utslagsgivende for allmennhetsbegrepet i kringkastingsloven. Antallet kommer inn i kapasitetsvurderingen.

340. NJA 1980 s.123 om Tv-sendinger til hotellrom. Jeg har tidligere antydnet at jeg antar at videresendingsbegrepet er knyttet til allmennhetsbegrepet i åndsverkloven. I dette ligger det en forutsetning om forskjellige allmennhetsbegrep i de to lovene.

341. Thomas Dreier, «Copyright digitized», Harvard april 1993.





100 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

Vurdering av problemstillingene i forbindelse med tolkingen. Kan disse uttalelsene tyde på at det er motstrid i kildeuttalelsene? Forarbeidene i kringkastingsloven gir jo også uttalelser om at antallet er relevant?

Jeg tror at årsaken til motstriden, eller kanskje – den tilsynelatende motstrid, oppstår fordi uttalelsene i forarbeidene relaterer seg til forskjellige perspektiver, uten at dette er tilstrekkelig klargjort. Jeg hevder at slik de bør forstås, og må forstås for å være entydige, er at antallet er relevant i den forstand at for å oppfylle allmennhetsvilkåret må kringkastings-selskapet skape tilknytningsmulighet for allmennheten. Denne allmennheten må være tilsvarende de retningslinjene som gis i forarbeidene, blant annet basert på antallet. At det da er to som hører/ ser på den konkrete utsendelsen er ikke avgjørende for om vilkåret er oppfylt. Kringkastings-selskapet må kun ha kapasitet og intensjon (intensjonen får uttrykk gjennom kapasiteten) om å sende til en allmennhet som oppfyller det antallet som forarbeidene anser som nødvendig.

Graden av interessefellesskap mellom dem. Graden av interessefellesskap mellom publikum blir også ansett som et moment i allmennhetsbegrepet i kringkastingsloven. I de eldste forarbeidene blir momentet stilt opp som et styringsmoment i forhold til antall seere. Hvis det er et stort antall seere er det presumpsjon for at de ikke har et forhold av privat karakter og at det derfor er snakk om sendinger til allmennheten.³⁴² Det er således egentlig relasjonen som er det dominerende av disse to momentene. Grunnen er at det har formodningen mot seg at et stort antall mennesker har et nært forhold. Har man et stort antall tilknytninger til sendingen må det bevises at forholdet mellom dem er av privat karakter for at sendingene ikke skal anses å være «til allmennheten». Mulighet for et stort antall tilknytninger tilsier altså at man står overfor sendinger til allmennheten.

I tråd med forrige drøftelse må konsekvensene være at også dette momentet må nedtones og innordnes intensjonsperspektivet jeg skisserte ovenfor. Dette innebærer at man må vurdere hvorvidt de sendingene er ment distribuert til, har nær relasjon. Hvis dette er tilfelle taler dette i disfavør av at det er kringkasting til allmennheten.

Formålet med sendingen. Det fremgår også av forarbeidene til kringkastingsloven³⁴³ at fellesskapsvurderingen (momentet ovenfor) i loven må bedømmes på bakgrunn av formålet med det som sendes. Sendes det et *undervisningsprogram* ved hjelp av et lukket fjernsynssystem for 5000 studenter er dette

342. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 lov om kringkasting

343. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 lov om kringkasting



ikke sending til allmennheten: «En gruppe på 5000 studenter som blir undervist ved hjelp av et lukket fjernsynssystem, eksempelvis kabel-TV, er klart nok et stort antall mennesker. Imidlertid har de et betydelig interessefelleskap (studiene), og sendingene knytter seg nettopp til dette fellesskap. Det foreligger derfor ikke sendinger til allmennheten.» Interessefelleskap gjør altså at det betydelige antallet ikke «slår inn» som avgjørende.

Det eksisterer også, i følge de samme forarbeidene, en avart av ervervsynspunktet: Hvis det er «sendinger av musikk til en arbeidsplass, restaurant eller lignende, vil det ikke være sending til allmennheten. ...Annerledes er det om et musikkprogram tilbys overført et stort antall – kanskje alle – bedrifter i landet eller en del av landet. Her står programtilbudet åpent for flere tusen, kanskje flere hundre tusen lyttere, som heller ikke geografisk er samlet...»³⁴⁴ Det er for meg litt uklart hvordan man har tenkt på dette punktet.

Også juridisk teori hevder at hvorvidt formidlingen skjer i næringsvirksomhet kan være et relevant moment.³⁴⁵

Standpunktet imøtegås imidlertid i senere forarbeidene fordi man også ønsket å holde kringkastingsbegrepet åpent for nærkringkasting, som sjelden «lønner» seg.³⁴⁶

Konklusjon: Det er etter mitt skjønn derfor ikke grunnlag for å ivektelegge ervervsynspunktet vekt i forhold til kringkastingslovens kringkastingsbegrep.

Innholdet i sendingene. Formål og innhold går litt i ett som momenter. Man kan for eksempel velge å se på momentet fra forarbeidet «om undervisning» som at formålet med sendingen er undervisning, eller at innholdet er et undervisningsprogram, momentene overlapper således hverandre.

Forarbeidene ilegger også innholdet vekt i forhold til allmennhetsvurderingen.³⁴⁷ Sender man et undervisningsprogram til 5000 studenter er det ikke «kringkasting». Sender man derimot et underholdningsprogram til den samme gruppen er dette «kringkasting». Da mangler, i følge forarbeidene, interessefelleskapet og relasjonen mellom dem.

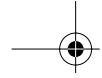
Både innholdet i sendingen og formålet er to aspekter av formidlingen som kan tas hensyn til selv om man opererer med et gjennomgående intensjonsperspektiv på vurderingen. En slik vurdering kan gjøres på utsendelsestidspunktet, hva slags sendinger tilknytningen skal tilrettelegge for.

344. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 33 lov om kringkasting

345. Jon Bing, Rettslige aspekter ved digital kringkasting, CompLex 6/97 s.95

346. følger av at nærkringkasting er en del av kringkastingsloven, se kringkastingslovens § 1-1, 2. ledd

347. Ot. prp. nr 67 1978-79, s.32 flg. lov om kringkasting



102 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

Jeg har et ganske privat eksempel fra min tid som skuespiller som kan trekkes inn her. Jeg var med i en undervisningsserie om juss som ble innspilt for NRK («Hverdagsjuss, om Dynastiet Grahndahl» av Jon Bing). Vi ble imidlertid av NRK avspist for vederlag for videoutgaven fordi man mente at sendingene var til undervisningsformål og derfor ikke vederlagspliktig! Kanskje fordi det ikke da ble ansett som «kringkasting», hva vet jeg. Jeg hadde ikke jussinnsikt den gang og på tross av at skuespillerne gikk til sak mot NRK tapte vi saken.

Samtidighetsvilkår. Et offentlig utvalg³⁴⁸ har nylig, lansert et mulig nytt moment til allmennhetsvurderingen i kringkastingsloven – et samtidighetsvilkår.

Behovet for et slikt moment er åpenbart. Kan man kreve samtidig mottak for at en sending skal kunne karakteriseres som sendinger til allmennheten, har man et argument for å holde brukerinitierte teletjenester over Internett utenfor kringkastingsbegrepet. Man vurderer hvorvidt det er grunnlag for å innfortolke i allmennhetsbegrepet i kringkastingsloven et vilkår om at sendingen må mottas synkront og samtidig for at allmennhetsvilkåret skal anses oppfylt:

*«Det kan stilles spørsmål til om man i forhold til vilkåret om en sending til en allmennhet også må tolke inn et vilkår om synkront eller samtidig mottak av sendingen, alternativt om sendinger som sendes sekvensielt skal anses som sendt til en allmennhet dersom en tilstrekkelig stor krets har tilgang til sendingen innen et avgrenset tidsrom. Utvalget har kommet til at det er mest nærliggende å legge til grunn at et samtidighetskriterium må innfortolkes i definisjonen.»*³⁴⁹ Dette siste er etter mitt skjønn, et spørsmål om det alternativt er tilstrekkelig at den samme informasjon er tilgjengelig for allmennheten samtidig.

Er det grunnlag for å innfortolke et samtidighetsvilkår i allmennhetsbegrepet i kringkastingsloven, – forstått dithen at sendingen må mottas samtidig?

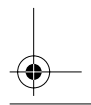
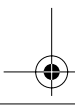
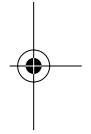
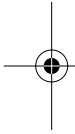
Jeg gir denne drøftelsen forholdsvis mye plass, fordi den er utslagsgivende for videre tolking av kringkastingsbegrepet og hvorvidt Internett kan innfortolkes.

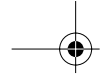
Vurderingen må innebære at man undersøker hvorvidt det i legaldefinisjonen av «kringkasting» i lov om kringkasting, kan innfortolkes et samtidighetsvilkår? Ordlyden i bestemmelsen taler imot et samtidighetsvilkår, fordi det ikke står «samtidig» i lovteksten.

Ordlyden skal tolkes på bakgrunn av lovgivningstidspunktet. På lovgivningstidspunktet var det ikke vanlig med annet enn samtidig mottak. Like-

348. Utredning av et offentlig utvalg (NOU), som tar opp spørsmål vedrørende *konvergens*, dvs. om sammensmelting av tele-, data, mediesektorene.

349. NOU 1999:26, s.93 Konvergensutredningen





vel nevnes eksempler på ikke – samtidige sendinger som man inkluderer i kringkastingsbegrepet:³⁵⁰ «Pay TV forekommer i enkelte utland, bl.a. i Storbritannia. Det dreier seg her om sending av spesielle programmer over tråd til abonnenter som betaler for hver enkelt sending. Hvem som helst kan tilkoples trådsystemet. Ute tvil vil det her være sending til allmennheten.»

Det er usikkert hva forarbeidene mente med «Pay-TV «på den tiden. Men momentet åpner for en mulighet for at det også på lovgivningstidspunktet fantes anordninger innenfor kringkastingsstrukturen som ikke hadde samtidig mottak. Dette kan tale i mot at det kan oppstilles et samtidighetsvilkår.

Kan man innfortolke et samtidighetsvilkår som følge av at det er en vanlig karakteristikk ved kringkastingsbegrepet? Både radio og TV har jo tradisjonelt hatt samtidig mottak, i motsetning til telefon som ikke er samtidig mottak (mange enkeltsamtaler) og som heller ikke er kringkasting (punkt til punkt, privat)?

Fra forarbeidene til kringkastingsloven uttales, som tidligere nevnt, at det er tilstrekkelig at det kan oppstilles et tilbud om tilknytning for at allmennhetsvilkåret skal anses oppfylt. Uttalelsen er myntet på dekodere til kabel TV-sendinger: «dreier det seg om trådsendinger, må det være tilstrekkelig at det foreligger et stående tilbud om å bli tilkopleet det trådsystem som brukes til sendingene. En trådsending vil derfor være egnet til å mottas av allmennheten selv om bare et fåtall allerede er tilkopleet sendernettet, dersom tilbudet er rettet til allmennheten». ³⁵¹ Dette innebærer at samtidig mottak ikke er et krav. Karakteristikken av tjenesten blir gjort på utsendelsesstadiet, i form av en vurdering av tilknytningsmulighet.

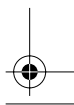
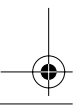
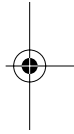
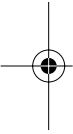
Er det slik at all annen offentlig kommunikasjon stiller krav til samtidig mottak slik at en via resonnementet finner grunnlag for at samtidig mottak er et naturlig vilkår å innfortolke?

Forarbeidene til kringkastingsloven³⁵² nevner teletorgtjenestene som eksempel på kommunikasjon til allmennheten. Dette er en sammenlignbar tjeneste med for eksempel Internettoverføring av filer, fordi det har individuelle mottak. Det kobles bare opp hver gang noen ringer og hekter seg til tjenesten. Hvor mange som kobler seg til og hvem er underordnet allmennhetsvurderingen. Det er likevel ikke tvil om at dette er informasjon til allmennheten og at man ikke kan innfortolke noe samtidighetsvilkår for at denne tjenesten skal anses å oppfylle allmennhetsvilkåret. Forarbeidene til kringkastingsloven viser altså eksempler på at samtidighetsvilkår ikke er vanlig ved kringkasting spesielt eller ved annen offentlig kommunikasjon generelt.

350. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 35 lov om kringkasting

351. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 lov om kringkasting

352. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 33 og 35 lov om kringkasting





104 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

I forarbeidene til databasedirektivet anslås elektronisk publisering på Internett som kan nås av den som klarer å finne nettstedet, å være skjæringspunktet for når materialet er tilgjengeliggjort for allmennheten.³⁵³ Det er altså tilknytningen til nettet som anses utslagsgivende for at materialet er tilgjengeliggjort for allmennheten, ikke at det mottas på en spesiell måte.

Eksempler fra ulike, klart sammenlignbare tjenester, tilsier at samtidig mottak ikke er et vanlig vilkår å oppstille ved offentlig kommunikasjon. Ikke fordi det ikke kan være karakteristisk for tjenesten, men fordi man måler allmennhetskarakteren på grunnlag av mulighet for tilknytning. *Dette taler imot at samtidighetsvilkåret kan oppstilles som utslag av tjenesten.*

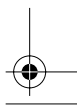
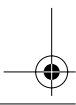
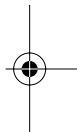
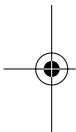
I forarbeider til WIPO-konvensjonene³⁵⁴ blir det uttalt at en allmennhetsstruktur uten fokus på mottak er karakteristisk ved vår tids offentlig kommunikasjon. Thomas Dreier, som er Head of departement fra Max Planck-instituttet i München, hevder i et innlegg til WIPOs konferanse i 1993 om opphavsrett og digital teknologi: «*The advent of broadcasting indeed posed a major threat to the interest of copyright holders... According to the solution retained, it is not the effective reception by the general public of the signal emitted which is decisive, but the mere possibility that a public may receive the signals...public access to a protected work no longer requires «publication» in the sense that the work be transferred from the private to the public sphere.*» Han hevder at den digital teknologi har en endret allmennhetsstruktur å forholde seg til, som er utviklet gjennom kringkastingsmediet. Det er ikke lenger en «allmennhet» i den forstand at det er flere som mottar samtidig. Mottaket er privat – likeledes utsendelsen, likevel er allmennhetsbegrepet oppfylt. *Uttalelsen gir støtte for at en allmennhetsstruktur uten fokus på mottakssituasjonen anses som rådende.*

Konvergensutvalget hevder at et samtidighetsvilkår kan utledes av kringkastingsbegrepet og er kommet til at det mest hensiktsmessige er at det innfortolkes et samtidighetskriterium i kringkastingsdefinisjonen.³⁵⁵ Men hva slags relevans og vekt har en slik uttalelse? Er uttalelsen et slags forarbeid til en eventuelt kommende lov? Eller et slags etterarbeid til kringkastingsloven? Eller er det juridisk litteratur?

353. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 16 om gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser mm

354. Det kan klart diskuteres hva slags rang uttalelsene har. WIPO kan ikke stå inne for alt som bli uttalt på konferansen. Men det er en generell uttalelse om en utvikling som har gått over tid. Dessuten er den utgitt i WIPOs navn, «WIPO Worldwide Symposium».

355. NOU 1999:26, s. 93 Konvergensutredningen



Hvis det kan kalles et etterarbeid har slike «etterfølgende lovgiveruttalelser» en stemoderlig status.³⁵⁶ Uttalelsene har ikke vært behandlet i Stortinget og er heller ikke knyttet til en men flere lover. Det er heller ikke sikkert at rådene følges opp av et lovforslag. Uttalelsen kan derfor ikke anses som etterarbeid.

Men er den da et forarbeid? Hvis ikke konsekvensen er en lovendring eller en ny lov er det heller ikke et forarbeid. På det nåværende tidspunkt er dette ikke mulig å fastslå. Utredningen er riktignok offentlig, i den forstand at utredningen er iverksatt på grunnlag av et offentlig initiativ og hvis det muner ut i lovgivning, vil det få rang av forarbeid.

Men selv om Konvergensutredningen er offentlig initiert kan også dette være karakteristisk for faglitteratur som også, i alle fall indirekte, er offentlig initiert, ved at litteraturen er finansiert av statlige forskningsmidler. Uttalelsene i Konvergensutredningen må vel snarere anses som juridisk teori.

På det nåværende tidspunkt er uttalelsen ikke å regne for annet enn juridisk teori. Etter mitt skjønn bør det ha større vekt enn annen juridisk teori. Uttalelsen er meget fersk. Utvalget består av håndplukkete, høyst kompetente spesialister på et område. Uttalelsen kommer også på grunnlag av oppdatert teknologisk kunnskap, slik at de kan gi oss forstandige betraktninger som normalt er bygd på tunge reelle hensyn. Utvalget er også offentlig oppnevnt og ansvaret gitt til personer som staten har tiltro vil være de best egnete til å lave retningslinjer for problemstillingene. *Uttalelsen har relevans og må vektlegges som juridisk litteratur og taler i favør av å innfortolke et samtidighetskrav.*

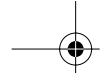
Annen juridisk teori går i mot at det må innfortolkes et samtidighetsvilkår. I Jon Bings endringsforslag til kringkastingsloven, hevder han det er behov for en ordlydsendring hvor han innfører «samtidig» som en del av lovteksten.³⁵⁷ Dette må innebære at han mener det ikke kan innfortolkes et slikt vilkår ellers hadde det ikke vært nødvendig med en ordlydsendring. I en senere utgivelse hevder Jon Bing at det karakteristisk ved offentlig kommunikasjon er at en måler karakteren av det ved utsendelse, ikke på mottakstidspunktet, man ser på tilbudet, intensjonen bak, snarere enn hva som faktisk skjer. Ved kringkasting «ble offentlig fremføring videreutviklet til også å omfatte denne situasjonen, man krevde ikke at fremføringen skulle skje i en offentlig situasjon, det var tilstrekkelig at den rettet seg mot allmennheten.»³⁵⁸ Det vil si at man klassifiserer tjenesten på intensjonsstadiet, ikke på mottakstidspunktet.

De fleste uttalelser i juridisk teori går i mot at samtidig mottak er karakteristisk for kringkastingsbegrepet.

356. Fleicher, Rettskilder og juridisk metode, s.70

357. Jon Bing, Rettslige aspekter ved digital kringkasting, CompLex 6/97, s.68

358. Jon Bing, Rettslige aspekter ved digital kringkasting, CompLex 7/92 side 56



106 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

Sterke reelle hensyn taler for å innfortolke et samtidighetsvilkår. Da kan man utelukke brukerinitierte³⁵⁹ tjenester fra kringkastingsbegrepet. Brukerinitierte tjenester kan ikke oppfylle et samtidighetsvilkår. Når materialet ligger i baser i påvente av forespørsler, betyr det at materialet blir mottatt på forskjellig tidspunkt avhengig av når det blir etterspurt. Karakteristikken «kringkasting» medfører krav om konsesjon, jfr kringkastingsloven § 2-1. Dette vil koste penger og tid for dem som overfører stoff på Internett. Derfor er dette et sterkt reelt hensyn som tilsier å innfortolke et samtidighetsvilkår.

Også ut ifra et forutberegnelighetssynspunkt bør man utelukke tjenester på forespørsel fra kringkastingsbegrepet. Tilbyder av material over Internett har slått seg til ro med at internettforespørsler er noe annet enn «kringkasting». Å komme i ettertid og kreve at brukere skal søke konsesjon vil bryte med den forventningen som har vokst frem gjennom mange års bruk av systemet uten konsesjonspålegg.

Reelle hensyn tilsier også at strukturen som kan påvises i de forskjellige forarbeidene legger til grunn et intensjonsperspektiv. Poenget mitt er at hvis man skulle opererer med et samtidighetsvilkår ville man måtte endre perspektiv og vurdere mottakssituasjonen! Man stiller opp et krav om at kringkastingsendingene må mottas samtidig for å kunne oppfylle allmennhetskriteriet i kringkastingsloven. Man vil da bryte med strukturen ved offentlig kommunikasjon. Hensynet til harmoni og forutberegnelighet taler i mot en slik endring av fokus. Dette taler imot at det må innbakes et samtidighetsvilkår i allmennhetsbegrepet i kringkastingsloven.

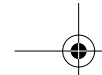
Dessuten er det mye som tilsier at interaktive kringkastings tjenester snart vil være faktum for kringkasting. Disse vil selvsagt ikke mottas samtidig av publikum, da fleksibiliteten er poenget med tjenesten. Dette taler også imot å innfortolke et samtidighetsvilkår.

Et annet reelt hensyn som taler i mot et samtidighetsvilkår er at lover blir til på en betryggende måte gjennom forberedelse og vedtagelse av tekst som er grundig belyst. Innfortolkes noe kan tilfeldigheter og mindre gjennomtenkte løsninger bli rådende. Behovet for et slikt vilkår er åpenbart. Da må man etter mitt skjønn gå lovgivervei eller på mer åpent vis komme frem til en tolking som tilfredsstillende behovet for avgrensning mot nyere teknologi.

Etter mitt skjønn er det flere reelle hensyn som taler for et samtidighetsvilkår. Juridisk teori taler i favør av et samtidighetsvilkår. Lovens ordlyd, forarbeider og også noen reelle hensyn taler imot å innfortolke et samtidighetsvilkår.

359. Det er mange betegnelser på handlingen. Tjeneste på forespørsel, video on demand, kringkasting on demand, brukerinitierte tjenester. Alle begrepene indikerer at man har med en tjeneste å gjøre som fordrer deltagelse fra «kjøper» på *hva* og *når*.





Konklusjon: Det er ikke rom for å innfortolke et samtidighetsvilkår i allmennhetsbegrepet.

4.2 Sammenfallende kringkastingsbegrep?

Jeg har nå tolket kringkastingsbegrepet i kringkastingsloven. Det jeg nå må ta stilling til, er hvorvidt dette kan legges til grunn for kringkastingsbegrepet i åndsverkloven? Er det kildemessig grunnlag for det?

Jon Bing uttaler i en publikasjon fra 1994 at «*det ikke uten videre er på det rene at kringkastingslovens definisjon kan legges til grunn for å tolke disse lovenes kringkastingsbegrep. ...Men inntil man har påvist argumenter for avvik, vil det være naturlig å anta at begrepet betyr det samme som i kringkastingsloven.*»³⁶⁰ I drøftelsen nedenfor vil jeg forsøke å belyse hvorvidt det er argumenter for at det eksisterer et slikt avvik.

Kringkastingsbegrepet i åndsverkloven er ikke definert i loven. I bestemmelsen i § 42, 1. ledd står det kort og godt, at ved «*kringkasting*» av fremføringen må det innhentes samtykke fra den utøvende.

I begge lovene inngår «*allmennhet*» som en del av kringkastingsbegrepet. I kringkastingsloven inngår det som en del av legaldefinisjonen i kringkastingsloven § 1-1, 1. ledd. I åndsverkloven inngår det indirekte fordi «*kringkasting*» er en konkretisert måte å tilgjengeliggjøre for allmennheten på. Dette fremgår bla av ordlyden i § 42, 1. ledd c («*eller på annen måte*³⁶¹...gjøres offentlig tilgjengelig»).

Forarbeidene til åndsverkloven uttaler seg ikke om innholdet av begrepet. Men av forarbeidene følger likevel at det er mye som kan tyde på at kringkastingsloven og åndsverkloven opererer med forskjellig allmennhetsbegrep, og at kringkastingslovens må tolkes innskrenkende i forhold til det i åndsverkloven.³⁶² Dette ville i så fall innebære at det skal mindre til for at man kaller det en sending til allmennheten i åndsverklovens forstand enn i forhold til kringkastingsloven.

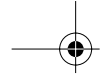
Det er ingen rettspraksis som kan bekrefte eller avkrefte at vi har med samme begrep å gjøre. Det er riktignok mye praksis om fjernsyn/radiosendinger til allmennheten, men de tar for seg åndsverklovens allmennhetsbegrep. Det i seg selv er kanskje et argument for at vi har med forskjellige begreper å gjøre.

360. Jon Bing, Offentlige informasjonstjenester, CompLex 6/94, s. 9

361. Min understreking

362. NOU 1984:25 s.27, om nabolandsfjernsyn i kabel, Ot. prp. nr 80 1984-85, s. 5 om nabolandsfjernsyn i kabel og Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 lov om kringkasting





108 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

Slutningene som kan utledes fra juridisk teori innebærer at kringkastingsbegrepene ikke er sammenfallende. Etter et sitat fra kringkastingslovens forarbeider som beskriver en situasjon som må anses som sending til allmennheten, skriver forfatteren: «Etter mitt skjønn vil det lett kunne argumenteres med at opphavsrettslig sett ville en fremføring for den krets som er angitt ovenfor, være en fremføring utenfor det private området. Det er derfor sannsynlig at vi har forskjellige allmennhetsbegrep i de to lovene.»³⁶³ På den annen side kan Jon Bings uttalelse³⁶⁴ på forrige side tale i favør av at man hittil har operert med at begrepene er sammenfallende.

Det er mye som tilsier at lovenes formål tilsier at vi har med forskjellige begreper å gjøre. Lovens formål er et sentralt argument:

*«Loven eller den enkelte bestemmelses formål tillegges ofte betydning for tolkingen... En nokså vanlig situasjon er at bestemmelsens formål blir bedre realisert om man velger det ene tolkningsalternativ enn om man velger det andre.»*³⁶⁵

Kringkastingsloven og åndsverkloven har vidt forskjellige formål for sine bestemmelser. For kringkastingsloven fremgår deler av formålet av loven (kringkastingslovens § 2-6). Kulturpolitiske målsettinger, som å fremme de medie- og kulturpolitiske mål som regjering og Storting formulerer til en hver tid, er et sentralt hensyn.

Det er også et viktig formål å gi myndighetene mulighet for å føre kontroll med kringkastingsvirksomheten som skjer i Norge.³⁶⁶

Å tilrettelegge forholdene for frekvensadministrasjon har vært et meget sentralt formål ved loven. Dette er også en av hovedhensynene bak konsesjonsplikten som følger av lovens § 2-1. På kringkastingsområdet er vi bla bundet av internasjonale konvensjoner for å samordne frekvensspektrene internasjonalt. Overgangen fra analog til digital teknikk innebærer endringer på dette området fordi digitaliseringen medfører økt bruk av kabler. Selv om noe av den digitale distribusjonen går via satellitt som krever frekvensadministrasjon, må likevel hensynet til frekvensadministrasjon anses mindre sentralt som lovens formål enn tidligere.

Dessuten var en av hovedformålene med loven når den i sin tid kom, å avgrense NRKs enerett.³⁶⁷ Forarbeideruttalelser fra 1978-79, må derfor også

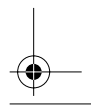
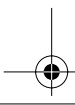
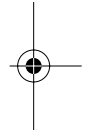
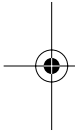
363. Jon Bing, Rettslige aspekter ved digital kringkasting, CompLex 6/97 s.52

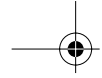
364. Jon Bing, Offentlige informasjonstjenester, CompLex 6/94, s. 9

365. Torstein Eckhoff, Rettskildelære, s. 102

366. Ot. prp. nr 2 1999-2000, s. 7 endringer som følge av tillegg til EØS-avtalens fjernsynsdirrektiv

367. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 31 lov om kringkasting





ses i lys av dette formålet. Kringkastingsloven har altså en rekke formål som trekker i ulike retninger i forhold til å fastslå hvordan begrepet bør tolkes.

Frekvenshensynet tilsier at begrepet tolkes videre (at det skal mer til for å kalle det kringkasting) enn før, fordi mange sendinger nå går i kabel som ikke trenger frekvensadministrasjon. Vekten av dette hensynet vil øke med utviklingen av digital teknologi. Kulturpolitiske hensyn taler i favør av et snevert kringkastingsbegrep (det skal lite til for å kalle noe kringkasting) fordi dette vil øke styringsmulighetene til myndighetene. Hensynet til ytringsfrihet taler sterkt imot et snevert kringkastingsbegrep. Kringkasting medfører konseksjonsplikt som igjen kan virke hemmende på ytringsfriheten. NRK har ikke lenger monopol slik at dette formålet ikke lenger er relevant som formål. Likevel bør forarbeiduttalelser fra denne tiden tolkes med et slikt perspektiv.

Alt i alt taler hensynene bak kringkastingsloven for at kringkastingsbegrepet skal tolkes innskrenkende, at det skal mye til for å kalle noe kringkasting.

Hensynene bak åndsverkloven og utøverrettighetene er å gi lønn for innsats. Ragnar Knoph uttrykker det dithen at det skal «...sikre han adgang til å høste økonomisk vederlag for det arbeidet det har kostet ham.»³⁶⁸ Dessuten skal vederlaget være et incitament til å fortsette å skape og samtidig legge strukturer som gjør at den utøvende kan bevare kontroll over prestasjonen. Dette hensynet tilsier at man heller bør ha en vid fortolking (det skal lite til) av begrepet, fordi det i større mon sikrer de utøvende. *Hensynet bak åndsverkloven tilsier et vidt kringkastingsbegrep.*

Det at de to lovene har forskjellig og tilsynelatende også delvis motstridende «interesser» av begrepets utforming (innskrenkende eller utvidende fortolkning), taler i mot at man kan legge kringkastingslovens allmennhetsbegrep til grunn for åndsverklovens allmennhetsbegrep.

Hensynene bak de to lovene tilsier at man ikke bør legge kringkastingslovens kringkastingsbegrep automatisk til grunn ved tolking av § 42, 1. ledd b)

Det er likevel åpenbare reelle hensyn i favør av at kringkastingsbegrepet i de to lovene er sammenfallende. Rettsteknisk er det hensiktsmessig at begreper som brukes innenfor immaterialrettens område er ekvivalente. Fra en publikumssynsvinkel er dette både forventet og ønskelig. Det vil øke forutsigbarheten i systemet å vite at det er én grense for når en handling kan karakteriseres som «kringkasting». Man opererer med ett begrep som utløser ulike

368. Knoph, Åndsretten, s. 85





110 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

virksomheter; som skjæringspunkt i forhold til åndsverklovens rettighetsstruktur, konsesjonsplikt, sensur osv.

Også argumentet om konsekvens og harmoni i rettssystemet³⁶⁹ tilsier at vi skal legge kringkastingslovens begrep til grunn for «kringkasting» i § 42, 1. ledd. Det som øker tyngden av dette argumentet er at det er samvirke mellom lovene, de opererer innen mediesektoren og ofte med de samme aktører (til dels samme rettighetshavere og sluttbrukere).

I tillegg til de mer lovtekniske reelle hensyn, er det også andre reelle hensyn som taler i favør av at vi står overfor sammenfallende begreper. Den utøvende vil ikke stå uten hjemmel for sitt vederlagskrav hvis det ikke kan hjemles i § 42, 1. ledd litra b). Kravet kan enkelt tolkes inn under sekkebegrepet i § 42, 1. ledd litra c). Hvorfor da forsøke å hjemle det under en regel som er mindre åpenbar?

På den annen side taler konsekvenshensynet i mot at begrepene er sammenfallende. Etter mitt skjønn blir ikke åndsverklovens hovedformål om kompensasjon for bruken av de utøvenes prestasjoner godt nok ivarettatt gjennom sekkebestemmelsen i § 42, 1. ledd c). Videre sendingsreglene er knyttet til kringkastingsbegrepet i åndsverkloven. Dette medfører at der kravet blir hjemlet i § 42, 1. ledd c),³⁷⁰ vil ikke videre sendingsreglene regulere distribusjonen gjennom nettverket. Kan man hjemle kravet under kringkastingsbestemmelsen i åndsverklovens derimot, vil videre sendingsreglene sikre rettighetshaveren nye vederlag når sendingen oppfyller vilkårene i kringkastingslovens § 4-1, og medføre rett til vederlag.³⁷¹ Teoretisk sett kan man tenke seg at en distribusjon gjennom samme nettverk med forskjellig karakteristikk («kringkasting» jfr åndsverkloven eller «Internettssending») vil få vidt forskjellige økonomiske konsekvenser for de utøvende. Åndsverklovens hovedformål er å gi den utøvende kompensasjon for bruk av prestasjonen. Hvis et ubegrenset potensial tilhørere / tilskuere gjennom Internett vil få tilgang på prestasjonen, tilsier hensynet til at loven skal oppfylle sitt formål, at de skal betale det samme som ville ha vært tilfellet, hvis det samme potensialet hadde fått tilgang via kringkastingsnett.

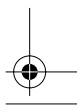
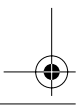
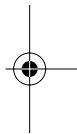
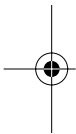
På den annen side må man ikke få ordninger som medfører dobbeltbetaling av tjenesten.

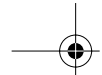
Dette tilsier at reelle hensyn taler i begge retninger i forhold til vurderingen av å gi de to begrepene samme innhold.

369. Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 4. utgave (1997), s. 381

370. Her forutsettes det at konsekvensene er at de kan ikke Internettssendinger tolkes innunder pga. at sterke reelle hensyn taler imot å pålegge Internettssending konsesjonsplikt.

371. NOU 1984:25, s. 33 om nabolandsfjernsyn i kabel

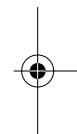




Nedenfor har jeg ordnet argumentasjonen i forhold til *momenter* som argumentbærere som forarbeider, rettspraksis og juridisk teori hevder skal ilegges vekt ved vurderingen. Dette gjør jeg for å se om det kan bidra til å klargjøre hvorvidt kringkastingsbegrepene er sammenfallende eller ikke.

Antallet. Det er en rekke dommer basert på skjæringspunktet for når en handling er å anse som «tilgjengeliggjort for allmennheten» i forhold til åndsverkloven. «Kringkasting» er jo en måte å tilgjengeliggjøre for allmennheten på, slik at dommene sier noe om allmennhetsbegrepet i åndsverkloven. I dommene blir blant annet antallet seere / tilhørere trukket frem som sentralt. I Bedriftsmusikkdommen³⁷² ble bedrifter med flere enn 180 ansatte ansett for å være sending til allmennheten og innenfor rettighetshavernes enerett:

«avgjørelse av om det foreligger offentliggjørelse i lovens forstand, vil i første rekke bero på bedriftens størrelse. På den ene siden finnes det bedrifter hvor antall arbeidere og funksjonærer som har adgang til å høre musikkfremføringen er så stort – ofte også vekslende – at deres tilknytning innbyrdes er så fjern at fremføringen ikke kan sies å ha den private karakter. På den annen side finnes der bedrifter som beskjeftiger et så lite antall arbeidere og hvor forholdene i det hele er så intime at det ville være naturlig å jevnstille fremføringen med den som finner sted i familiekretsen».



Det blir ikke uttalt noe om en nedre grense i dommen og antallet vil bare være et av leddene i vurderingen av om det er fremføringer innenfor den private sfære. I Diskotekdommen³⁷³ var mellom 25-40 tilhørere antatt å tilfredsstille vilkåret til allmennhet. Antallet i Diskotekdommen var svært lavt i forhold til eksemplet fra forarbeidene til kringkastingsloven, som hevdet at sending til 5000 studenter var innenfor det private området i forhold til kringkastingsloven.³⁷⁴

Også i videodommen fra 1991³⁷⁵ ble et lavt antall mennesker (ca 30) som den tiltalte hadde lånt ut videoer til, antatt å være nok til å representere allmennheten slik at tiltalte hadde forbrutt seg mot bestemmelsen om opphavsmannens enerett til å framstille eksemplarer innenfor det private området.

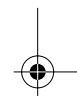
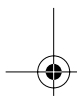
Gjennomgående ser vi at det skal et lite antall til, og langt lavere enn i eksemplene i kringkastingslovens forarbeider, for å stadfeste at det foregår

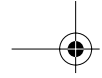
372. Rt 1953, s. 633, Bedriftsmusikkdommen

373. Rt 1970, s. 1172, Diskotekdommen

374. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 lov om kringkasting

375. Rt 1991, s. 1296, Porno-videodommen





112 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

fremføringer til allmennheten i åndsverklovens forstand. Dette bekreftes også av uttalelser i kringkastingslovens forarbeider:

«Uttrykket allmennhet har den svakhet at det kan også bety en meget fåtallig gruppe. Slik anvendes det i lov av 12. mai 1961(nr2) om opphavsrett til åndsverk.»³⁷⁶

Uttalelsen er samtidig et argument for at man kan slutte fra kringkastingslovens forarbeider at allmennhetsbegrepene er forskjellige.

Ved sammenlikning av antallet tilskuere tilsier forarbeider og rettspraksis at vi ikke har med sammenfallende begreper å gjøre.

Tilknytningens art. Annen rettspraksis legger hovedvekt på tilknytningsmomentet i vurderingen. I en dom fra 1991³⁷⁷ var forholdet mellom de ansatte utslagsgivende for vurderingen av om handlingen var ansett å være eksemplarframstilling innefor det private området eller ikke.³⁷⁸

En mann hadde lånt ut videoer med pornografisk innhold til 32 av sine kollegaer. Videoene hadde han fremstilt selv. Relasjonen ble her fremtrukket som et sentralt moment: *«en kopiering til bruk for arbeidskolleger må kunne skje med hjemmel i § 11³⁷⁹ dersom disse også er personlige venner... Byretten har lagt til grunn at det ikke var noen særlig kontakt mellom domfelte og vedkommendes arbeidskolleger annet enn det som fant sted på arbeidsstedet.»*

Også juridisk teori slår fast at tilknytningens art er et relevant moment i vurdering av hvorvidt formidling til «allmennheten» i forhold til åndsverkloven: *«Hvis gjengivelse av et åndsverk skal ha privat karakter må det skje innenfor den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps eller omgangsbånd skaper. Det som faller utenfor denne krets er etter lovens mening skjedd offentlig...»³⁸⁰* Teorien hevder også at jo større antall mennesker desto større presumpsjon for at det ikke er personlige bånd mellom dem.³⁸¹

I forarbeidene til kringkastingsloven fremgår det at momentet også er relevant for kringkastingslovens begrep: *«For det annet vil bedømmelsen avhenge av graden av interessefellesskap mellom dem som kan motta programmene.*

376. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 lov om kringkasting

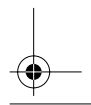
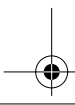
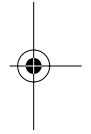
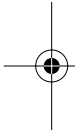
377. Rt 1991, s. 1296, Porno-videodommen

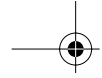
378. Jeg forutsetter at offentlighetsbegrepet i § 2, 3. ledd er komplementært med «private sfære» i § 12, som dommen omhandler.

379. § 11 forutsettes å være komplementær med § 2, 3. ledd i så måte at det som ikke er til privat bruk er innenfor den private sfære, det som ikke er innenfor den private sfære er i den offentlige sfære.

380. Knoph, Åndsretten, s.89-90

381. Voldgiftsdommen fra 1987. Lassen gir uttrykk for prinsippet på side 371 i dommen





... Jo sterkere interessefellesskapet er, desto mindre sannsynlig er det at det dreier seg om sendinger til allmennheten.»³⁸²

Begge lover opererer altså med et tilknytningsmoment. Dette kan tale i favør av at kringkastingsbegrepene er sammenfallende i de to lovene. På den annen side er momentet bare trukket frem som en del av vurderingen slik at «antallet» eller andre momenter kan gå i motsatt retning.

Dessuten må antagelig «tilknytning» i kringkastingslovens forstand tolkes videre enn i åndsverkloven. I kringkastingsloven er interessefellesskap trukket frem som sentralt. Dette kan oppveie at antallet er stort. 5000 studenter har interessefellesskap i forhold til studiene og har derfor tilknytning. Dette ville med stor sannsynlighet ikke vært privat nok i forhold til åndsverkloven, fordi antallet tilskuere er så stort. De to lovene bruker etter mitt skjønn ytterpunktet av begrepet på forskjellig måte.

Uttalelser i rettspraksis og forarbeider om «tilknytning» kan tolkes i favør av at kringkastingsbegrepene er sammenfallende fordi begge lover ilegger momentet vekt.

Ervervssynspunktet. Ervervssynspunktet er også fremtrukket som et moment i allmennhetsvurderingen i åndsverkloven. Momentet blir et korrigerende element i forhold til å vurdere tilknytningen mellom tilhørerne/ tilskuerne.³⁸³ Desto større grad av ervervsøyemed desto større sjanse for tilhørere/ tilskuere ikke har nærrelasjon og at det derfor er fremføring for allmennheten. Både i Bedriftsmusikkdommen og Diskotekdommen³⁸⁴ er momentet fremmet. Vilkåret om ervervsøyemed ble i Bedriftsmusikkdommen ansett å være indirekte (jo bedre men har det på jobb, desto mer produserer man). I Diskotekdommen var en beskjeden medlemskontingent grunnen til at kravet til ervervsøyemed var oppfylt, sammenkomstene var avhengig av betaling i form av kontingent. Momentet er også fremhevet i voldgiftsdommen fra 1987.³⁸⁵ Nemndas formann uttalte at vilkåret om ervervsøyemed hadde relevans. Hvis man betalte for fremføringen hadde det formodningen mot seg at fremføringen var av privat karakter.

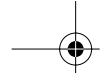
382. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 32 lov om kringkasting

383. Trykket i NIR 1989, side 369, voldgiftsdom av 20. mars 1987 avsagt av Nemda for avgjøring av tvister vedgående videresending etter åndsverkloven § 20. Birger Stuevold Lassen var formann for Nemda vedrørende tvister ved videresending av kringkastingsprogram.

384. Se note Rt 1953 s. 633 Bedriftsmusikkdommen og Rt 1970 s. 1172, Diskotekdommen

385. Se note 388





114 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

Også forarbeidene til åndsverkloven trekker frem momentet.³⁸⁶ Det samme gjør juridisk teori.³⁸⁷

Ervervssynspunktet blir i juridisk teori fremhevet som relevant også i forhold til kringkastingsloven.³⁸⁸ Dette imøtegår imidlertid av forarbeiduttalelser til kringkastingsloven. Ervervssynspunktet lar seg ikke kombinere med at man ønsker å innlemme nærkringkasting innunder «kringkasting». Disse virksomhetene driver sjelden med ervervsformål.³⁸⁹

Rettspraksis, forarbeider og juridisk teori ilegger ervervssynspunktet vekt i forhold til åndsverkloven. Dette er ikke et relevant moment i forhold til kringkastingsloven.

Ervervssynspunktet taler imot at begrepene er sammenfallende.

Ordlyden taler for at begrepene er sammenfallende, i og med at begge lover bruker ordet «kringkasting». Imidlertid må kanskje vekten av ordlyden anses svekket fordi den er gammel og ikke tilpasset ny tids teknologi. Forarbeideruttalelsene er *entydig imot* at begrepene er sammenfallende. Uttalelsene stammer fra forskjellige tidsperioder, og også senere arbeider gir uttrykk for at begrepene er forskjellig. Rettspraksis går imot at begrepene er sammenfallende fordi momentene som ilegges vekt gjennom argumentbærerne viser at begrepene delvis har forskjellig innhold og delvis forskjellig vekt i de to lovene. Juridisk teori taler også imot. Det vi står igjen med er ordlyd og noen reelle hensyn på den ene siden, forarbeider, juridisk teori og tunge reelle hensyn på den andre siden. Ordlydens vekt må anses svekket av alder og teknisk utvikling. Forarbeideruttalelser spenner i tid over et meget lengre tidsrom og får derfor en større forholdsmessig vekt. De reelle hensyn i favør av at begrepene er sammenfallende er av mer retsteknisk art. På den annen side står reelle hensyn som lovens formål.

Konklusjon: Kringkastingslovens kringkastingsbegrep kan ikke legges til grunn for det i åndsverkloven.

– *Etter mitt skjønn må kringkastingsbegrepet i kringkastingsloven slipes hovedsakelig på tre kanter i forhold til kringkastingsbegrepet i åndsverkloven: i forhold til hensynene bak lovene, forskjellige momenter ilegges relevans og er momentene sammenfallende, kan de vise seg å ha forskjellig innhold. Alt i alt vil dette medføre at vi i utgangspunktet sitter igjen med*

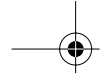
386. Ot. prp. nr 26 1959-60, s. 17 lov om opphavsrett

387. Åndsretten, Knoph, s. 90

388. Jon Bing, rettslige aspekter ved digital kringkasting, CompLex 6/97, s.55

389. Ot. prp. nr 55 1988-89, s. 11 om endringer i kringkastingsloven av 1980, -i lov om nærkringkasting, og endringer i lov om kabelsendinger.





et kringkastingsbegrep etter åndsverkloven som skal tolkes utvidende, i motsetning til det i kringkastingsloven som etter mitt skjønn skal tolkes innskrenkende.

- *Dette betyr at idet jeg skal undersøke hvorvidt internettendinger er «kringkasting» er det kringkastingsbegrepet i åndsverkloven jeg må relatere undersøkelsen til.*
- *Vi får et tosporet system, når den utøvenes enerett til kringkasting inntreffer. Det at den blir vederlagspliktig etter åndsverkloven, betyr ikke at det utløses konsesjonsplikt etter kringkastingsloven, som inntreffer på et «senere» tidspunkt.*

4.2.1 Kringkastingsbegrepet i åndsverkloven

Kringkastingsbegrepet i kringkastingsloven viste seg å være et blindspor, kringkastings-begrepet ser ikke ut til å være ekvivalent med det i åndsverkloven. Da må jeg gå over til å fastlegge åndsverklovens kringkastingsbegrep, gjennom tolking av ordlydens omfang etter § 42, 1. ledd b).

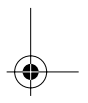
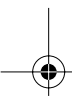
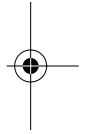
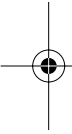
At kringkasting er en måte å tilgjengeliggjøre for allmennheten, og ikke eksemplarframstilling, fremgår av ordlyden i § 42: «*En utøvende kunstners fremføring må ikke ...kringkastes, eller på annen måte gjøres offentlig tilgjengelig ...*» Den tekniske utvikling har medført at fremføringen kan meddeles langt flere, bla. via kringkasting.

«Kringkasting» er en konkretisert måte å tilgjengeliggjøre for allmennheten på. Skjæringspunktet for når dette inntreffer fremkommer av åndsverklovens legaldefinisjon av å tilgjengeliggjøre for allmennheten. Åndsverklovens § 2, 3. ledd lyder:

Verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når det fremføres utenfor det private området, eller når eksemplarer av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres eller vises utenfor dette området.

Lovens ordlyd er imidlertid klart myntet på «opphavsrettigheter», det brukes bla. «verk» som objekt for vernet. Kan likevel offentlighetsbegrepet i § 2, 3. ledd legges til grunn for *utøververnet*? Er det med andre ord samme grensen for når et «verk» og når en «utøverprestasjon» anses tilgjengeliggjort for allmennheten?

§ 42, 5. ledd henviser det til opphavsmennes tilgjengeliggjøringsdefinisjon slik at grensene er sammenfallende for de to typer rettighetshavere. Det samme følger av en nylig avsagt svensk høyesterettsdom: «*Uttrycket «göras tillgänglig för allmänheten» i 46§ är således att helt överensstämmande med*





116 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

*motsvarande yttryck i 2§ upphovsrättslagen.»*³⁹⁰ I en voldgiftsdom fra 1987 uttaler Lassen det samme.³⁹¹

Det er altså ingen tvil, offentlighetsbegrepet er likt for de to gruppene rettighetshavere.

En vurdering av kringkastingsbegrepet i åndsverkloven vil da i hovedsak befatte seg med å kartlegge allmennhetsbegrepet i åndsverkloven. De øvrige vilkårene i kringkastingsbegrepet er sammenfallende for de to begrepene. Dette fremgår også av juridisk teori.³⁹²

Allmennhetsbegrepet i åndsverkloven

I forarbeidene³⁹³ til åndsverkloven står det om begrepet: «*Opphavsmannens enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten omfatter ifølge de delegerte, 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...».*

I § 2, 3. ledd stilles det opp tre alternative kategorier for å gjøre prestasjonen tilgjengelig for allmennheten på: den kan enten fremføres, spres eller vises. Men hva slags type tilgjengeliggjøring representerer kringkasting?

I forarbeidene³⁹⁴ er det under kategorien «1)Fremføring av verket» nevnt kringkasting: «*Men takket være nye tekniske hjelpemidler som kringkasting, høyttaleranlegg, opptaksutstyr, herunder grammofonplater, lydbånd og film, har fremføringsretten for musikkverk nå fått en langt større økonomisk betydning.»*³⁹⁵ Senere i forarbeidet står det: «*De delegerte drøftet deretter spørsmålet om fremføring av musikk gjennom kringkasting eller grammofon...»*

I senere forarbeider fremkommer det at utvalget anmoder om at man bruker uttrykket «fremføre» ved levende bilder og «fremvise» når det enkelte bilde vises hver for seg. «*Utvalget har gått inn for som hovedregel å betrakte gjengivelse av tekst på skjerm som «fremføring».*³⁹⁶ Selv tekst på skjerm kom utvalget frem til skulle være en fremføring.

Konklusjon: Kringkasting av utøvende kunstners prestasjon er fremføring.

390. MP3-fildommen fra Högsta domstolens, 15. juni 2000

391. Voldgiftsdommen 20. mars 1987, side369 (se note 388)

392. Jon Bing, Rettslige aspekter ved digital kringkasting, CompLex 6/97, s. 52

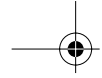
393. Ot. prp. nr 26 1959-60, s. 16, forarbeider til åndsverkloven.

394. Ot. prp. nr 26 1959-60, s. 17, lov om opphavsrett

395. Ot. prp. nr 26 1959-60, s. 16, lov om opphavsrett

396. NOU 1986:18, s. 21 Opphavsrett og edb





Det er kun fremføringer «utenfor det private området» som er vernet etter åndsverkloven. Dette følger av definisjonen i § 2, 3. ledd. Forarbeidene til åndsverkloven bekrefter dette: «*Som hittil er det bare den offentlige fremføring som opphavsmannen har enerett til.*»³⁹⁷ Men hva er «utenfor det private området?»

Dette er i realitetene en henvisning til åndsverklovens allmennhetsbegrep. Det er brukt mange forskjellige termer på handlingen; offentlig fremføring, fremføringer utenfor det private området, fremføringer for allmennheten. Alle begrepene handler om grenseoppgangen for den utøvendes enerett (eller opphavsmannens) når en prestasjon (eller verk) blir fremført etter åndsverklovens § 2, 3. ledd.

Kringkastingssendinger mottas innenfor det private hjem. Det kan derfor stilles spørsmål ved om fremstillingen dermed må anses å ligge innenfor det private området?

Her må jeg henvise til argumentasjonen anført i forhold til kringkastingens allmennhetsbegrep. For å ikke gjenta det jeg tidligere kom frem til kan jeg nøye meg med å uttale at jeg antok at kringkastingsbegrepet (som også ved annen offentlig kommunikasjon) har en allmennhetstruktur, som ikke trekker inn mottakssituasjonen ved overføringen, men som ser på tilknytningspotensialet i sendingen ved utsendelse. Det var flere tunge kilder som støttet antagelsen, bla klare forarbeiduttalelser. Jeg gjengir bare hovedlinjene, men henviser også til tidligere i avhandlingen.

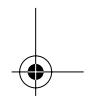
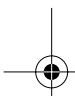
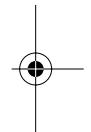
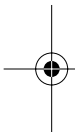
Tilknytningsmulighet eller mottakssituasjonen. Problemstillingen er altså: Må fremføringen anses å være innenfor det private området når det er her sendingene mottas? Dette blir igjen et spørsmål om det er mottakssituasjonen eller tilknytningspotensialet som er det avgjørende for vurderingen av hvorvidt allmennhetsvilkåret er oppfylt?

I forarbeidene om nabolandsfjernsyn,³⁹⁸ som innebærer endringer i åndsverkloven og kringkastingens loven, uttaler man: at «*kringkasting*» har vært definert som sendinger til allmennheten. «*Det er det forhold at verket gjøres tilgjengelig, ikke det forhold at det faktisk av den enkelte husstand også blir sett og lyttet på, som er avgjørende*» Uttalelsen er her gitt i forbindelse med videresendingsproblematikken, hvor åndsverklovens kringkastingbegrep er relevant og utløser krav til samtykke.³⁹⁹

397. Ot. prp. nr 26 1959-60 lov om opphavsrett

398. Ot. prp. nr 80 1984-85, s. 9 om nabolandsfjernsyn i kabel

399. Ot. prp. nr 80 1984-85, s. 8 om nabolandsfjernsyn i kabel: «...videresending... krever samtykke fra de utøvende kunstnere i alle de tilfelle der dem opprinnelig kringkastingssending er betinget av samtykke, hva enten sendingen skjer ved direkte overføring av den levende fremføring eller den er basert på opptak gjort av kringkastingsselskapet selv.»





118 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

På den annen side definerer forarbeidene til åndsverkloven «*fremføring utenfor det private området*» som «*ikke bare fremføringer som er åpne for publikum, men også fremføring innenfor en lukket krets når det ikke er noe personlig bånd mellom deltagerne, slik det er innenfor en familie-, vennskaps- eller omgangskrets.*»⁴⁰⁰ Dette synspunktet ble lagt til grunn i Bedriftsmusikkdommen (Rt 1953, s. 633) hvor Høyesterett fant at når antallet funksjonærer og arbeidere var så stort (mellom 156 og 256?) var deres innbyrdes tilknytning så fjern at dette måtte være fremføring utenfor det private området, selv om kretsen var lukket. Men vil det at dommen trekker inn som relevant den konkrete mottakergruppe i allmennhetsvurderingen tilsi at man ikke har tilgjengelighetspotensialet som utløsende faktor ved allmennhetsvurderingen i åndsverkloven og at det konkrete mottaket er relevant for allmennhetsvurderingen i åndsverkloven?

Bedriftsmusikkdommen kan tale for dette. Imidlertid er dommen fra før åndsverkloven slik at man sånn sett kan la være å bruke dommen som et motargument.

På den annen side ble det ved vedtagelsen av loven understreket at man ikke ville vedta en lov i strid med rettstilstanden på opphavsrettsområdet og at også dommer fra før lovens vedtagelse var relevante.⁴⁰¹

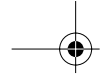
Forarbeidenes uttalelser om «lukket krets» etc., som også dommen refererer til, er hentet fra et Knoph-sitat fra 1936: «*Hvis gjengivelsen av et åndsverk skal ha privat karakter, må det skje innenfor den forholdsvis snevre krets som familie- vennskaps- eller omgangsbånd skaper. Det som faller utenfor 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 det private og personlige forhold for øye.*»⁴⁰² Sånn sett kan man si at både senere forarbeider og Bedriftsmusikkdommen gir uttrykk for at det at det sendes til en lukket krets ikke blir utslagsgivende i vurderingen av om man er innenfor det private området, dersom ikke relasjonen mellom dem i den lukkede kretsen er vennskaps-, omgangskrets-, eller familieband. Stort antall taler tilskuere/tilhørere i disfavør av at den lukkede krets har en slik relasjon.

Knophs uttalelse er gitt i 1936 og det er jo mye som taler for at den derfor har liten vekt. På den annen side er den gitt av en av Nordens nestorer i åndsrett. Han blir fortsatt, på tross av tiden, og på grunn av sitt suverene klarsyn, sitert i moderne kilder. Uttalelsen kan være gitt med de nære fremføringer for øye; konserten eller teaterforestillingen. Dette er imidlertid tvilsomt. Senere i Knophs fremstilling uttaler han: «*Og om selve tilegnelsen skjer hjemme i*

400. Ot. prp. nr 67 1959-60, s. 16 lov om kringkasting

401. Innst. O. 1960-61, s. 6 forarbeid til lov om opphavsrett

402. Knoph, Åndsretten, s. 89



stuen, sånn som ved kringkasting, er det allikevel en offentliggjørelse som foretas, når det nettopp er tanken å nå flest mulig med den. Omvendt er det ikke offentlig fremførelse når en sanger øver seg for åpne vinduer, selv om det danner seg en anselig folkeforsamling utenfor. Men hvis nettopp dette er hensikten, står saken igjen annerledes; ...»

Etter mitt skjønn uttaler Knoph klart at intensjonen med tjenesten er det relevante perspektiv, intensjonen om å nå «allmennheten». Gruppen, antallet og lignende, kommer bare inn i vurderingen av hvorvidt det er en privat fremføring «man har hatt for øyet» eller ikke. Hvis kringkasteren har intensjon om å nå fremmede for ham og tilknytningspotensialet er flere enn grensene i forarbeidene antyder, amputeres ikke dette av at hver og en sitter i sin private sfære og ser på. Hvis det derimot kunne bevises at intensjonen fra kringkaster var å sende til familien men at en gruppe som overskrider grensene/ karakteristikkene gitt i forarbeider og andre kilder, – får inn sendingen, kan det teoretisk være mulighet for å klassifisere dette som en sending til den private sfære.

Resonnementet ligner det jeg gjorde i forhold til kringkastingsbegrepet i kringkastingsloven, bare at kravene til tilknytningspotensialet etter mitt skjønn er forskjellig ved at det skal et lavere og annet potensial abonnenter til i forhold til åndsverkloven.

Jeg påpekte at også annen juridisk teori⁴⁰³ hevdet at dette ofte er tilfellet i forhold til offentlig kommunikasjon generelt, men også i forhold til kringkasting, man ser på tilbudet, intensjonen bak, snarere enn hva som faktisk skjer:» *Ved kringkasting, har man tøyet offentlighetsbegrepet dithen at det ikke er nødvendig at fremføringen skjer i en offentlig situasjon, det er nok at den retter seg mot allmennheten.*» Dessuten etter mitt skjønn, en meget tungtveiende uttalelse, etter mitt skjønn, fra et WIPO-symposium som uttalte at «fra privat sektor til privat sektor» var en type offentlighetsstruktur som hadde vokst frem med kringkastingsbegrepet.⁴⁰⁴

Fra rettspraksis⁴⁰⁵ bekreftes også, etter mitt skjønn, at strukturen er relevant. I Diskotekdommen ble det anført at den ubegrensede adgangen og den lave kontingenten gjorde at nærmest alle kunne bli medlemmer og offentlighetsvilkåret var derfor oppfylt selv om få var tilstede (25-40).

Også tre andre svenske høyesterettsdommer tilsier at det er nok at intensjonen om å nå allmennheten er det utslagsgivende, slik at det er nok at muligheten for tilknytning er tilstede.

I NJA 1980 s.123 fantes det et sentralanlegg på hotellet til mottak av kringkasting med tilknytningsmuligheter på hvert rom for mottak. Dette

403. Jon Bing Rettslige aspekter ved digital kringkasting, CompLex 7/92 s. 56

404. Se side 122, Thomas Dreier, Copyright digitized: Philosophical impacts and practical implications for information exchange in digital networks, WIPO, march 1993, s. 18

405. Rt 1970 s. 1172, Diskotekdommen





120 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

ansås som tilgjengeliggjøring for allmennheten, selv om det ikke var gjort annet enn å stille apparaturen og elektrisiteten til gjestenes avbenyttelse.

NJA 1986 s. 702 gjelder kunders apparatprøving i en radiobutikk. Musikk var testmateriellet og ble av høyesterett ansett å være offentlig framføring av musikk i åndsverklovens forstand. Selve framføringen foregikk bare i forhold til den enkelte, men alle kunne komme inn i butikken: «*I det aktuelle fallet har delar av verken spelats i en affärslokal som varit tillgänglig för allmänheten. Under sådana omständigheter måste det anses ha varit fråga om ett offentligt framförande i upphovsrättslagens mening.*»

NJA 1988 s 715. Puteradioapparatene på et sykehus, som sengeliggende kunne høre på, ble ansett omfattet av vernet mot offentlig framføring av musikk uten den utøvedes samtykke. Også svenske forarbeider underbygger at det er nok å stille apparaturen til disposisjon for å foreta handlingen. I samtlige ovennevnte dommer henvises det til svensk uphovsrättslags forarbeider som tilsier at «*upphovsrätten skulle omfatta alla former för utnyttjanden varigenom ett verk mångfaldigas eller gjordes tillgängligt för allmänheten*»⁴⁰⁶

Derimot taler en norsk høyesterettsdom fra 1995⁴⁰⁷ mot at denne strukturen er aktuell. Problemstillingen var hvorvidt en som har solgt piratdekodere som gjorde kjøpere i stand til å motta kodete TV -sendinger, kunne ansees å ha «*fremført filmene utenfor det private området ved å ha gjort det mulig for et betydelig antall personer å se filmene uten rettighetshavernes samtykke.*» Justisdepartementet hadde i forarbeidene⁴⁰⁸ uttalt at «*den som gjør seg næring i å selge piratdekodere, foretar imidlertid ofte en rekke salg med kort tids mellomrom. ... Alle salg må i et slikt tilfelle sees under ett. Når det totale salget overskrider grensen for privat bruk,⁴⁰⁹ vil åndsverklovens regler komme til anvendelse.*»

Retten i Smartkort-saken kom frem til det motsatte. Den hevdet at et resultat på linje med uttalelsene fra justisdepartementet vanskelig kunne anses forenlig med loven.

«Domfelte har nok ved salget av smartkortene gjort det mulig for kjøperne å skaffe seg tilgang til å se filmene, men jeg finner det anstrengt å si at han ved salget – som for øvrig i tid ligger forutfor sendingene av filmene – selv har fremført dem.»

406. SOU 1956:25 s. 104-105

407. Rt 1995, s. 35, Smartkortdommen

408. Ot. prp. nr 4 1994-95, s. 49 flg om endringer i åndsverkloven

409. Jeg forutsetter her at grensen for *privat bruk* (åndsverkloven § 12) og tilgjengeliggjøring for allmennheten er komplementære, slik at rettspraksis med utgangspunkt i §§ 12 og 2, 3. ledd er relevante for hverandre.



Her mener jeg Høyesterett unnlater å anvende et slikt allmennhetsbegrep som jeg har prøvd å påvise eksisterer i forhold til kringkastingsbegrepet, at man foretar en offentlighetsvurdering på grunnlag av om man ved operasjonen har en *intensjon om å gi muligheten for allmennheten* til å knytte seg på. Som i Hotellrom-saken fra svensk høyesterett hvor alt hotellet hadde gjort var «*å stille apparatur og elektrisitet til gjestenes avbenyttelse.*»⁴¹⁰ Hotellet ble funnet skyldig i å foreta offentlig fremføring.

Men foregår det en fremføring for det offentlige ved at han selger kortet? Etter mitt skjønn gir kortet en mulighet for tilknytning og som tilsvarer selgerens intensjon. Forarbeidernes uttalelse om at alle enkeltalgene skal sees under ett, gjør kjøperne til «offentlighet». Etter mitt skjønn unngår Høyesterett i 94-saken å bruke allmennhets-strukturen jeg hevder kan og at retten derfor kommer frem til feil konklusjon.

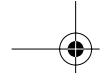
Dette bekreftes etter mitt skjønn, også av MP3-saken fra Skövde tingsrett, som endte opp i Høyesterett (Sverige) og fikk en avgjørelse nå i vår. En gutt ble funnet skyldig i brudd på fremføringsretten ved å ha etablert lenker fra sin egen hjemmeside til ulovlig tilgjengelige filer. Han ble ansett å ha fremført musikken offentlig og derved krenket eneretten etter § 2. Dommene kan sees i lys av at lenken er offentlig fremføring i seg selv, den skaper tilknytningsmulighet.

Retten kom til «motsatt» standpunkt i forhold til Smartkort-saken, etter mitt skjønn på tross av klart sammenlignbare forhold. Hvis det å opprette lenker på egen hjemmeside, til musikk i andres baser, uten å innhente forhåndssamtykke fra rettighetshaverne, er å fremføre offentlig, må det samme være tilfellet når man muliggjør mottak av filmer, uten å innhente samtykke av rettighetshaverne (rettighetene til fremføring lå hos kabel-tv-selskapene). Det var dette selgerne av Smartkortene muliggjorde i saken fra 1994. Etter mitt skjønn er norsk- og svensk rett på kollisjonskurs i forhold til samme lovbestemmelse, ellers så er det skjedd en endring av gjeldende rett på området.

Etter mitt skjønn er det kun visse forarbeideruttalelser og en Høyesterettsdom som går i favør av at mottakersituasjonen er avgjørende for at allmennhetsvilkåret skal anses oppfylt. Forarbeider, juridisk litteratur, konvensjonsforarbeider og rettspraksis går alle i favør av at det er «muligheten for allmennhetstilknnytning» som er det utslagsgivende for at allmennhetsvilkåret skal anses oppfylt.

Konklusjon: Det kan påvises en struktur for allmennhetsbegrepet i åndsverkloven tilsvarende det for kringkastningsloven, hvor intensjonen om å ville til-

410. HD 10.12.86 Hotellromdommen



122 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

rettelegge for at «allmennheten» skal kunne motta sendinger er utslagsgivende i forhold til vurderingen av om det skjer en sending til allmennheten.

4.3 Er internettoverføring «kringkasting»?

Jeg har i min tidligere drøftelse kommet frem til at «kringkasting» i åndsverkloven § 42, 1 ledd b, ikke kan tolkes i samsvar med kringkastingsbegrepet i kringkastingsloven. Imidlertid er det hovedsakelig på to punkter begrepene er forskjellige og det er i forhold til allmennhetsbegrepet⁴¹¹ og i forhold til hensynene bak regelverkene. Jeg tar i den følgende fremstilling derfor utgangspunkt i kriteriene som kringkastingsloven stiller opp fordi vilkårene ellers er sammenfallende og fordi jeg på denne måten gjør fremstillingen mer konsis. Jeg vil imidlertid erstatte kringkastingslovens allmennhetsbegrep med det i åndsverkloven, fordi innholdet i begrepene divergerer. Til slutt vurderer jeg om hensynene som ligger til grunn for åndsverkloven tilsier at Internett er kringkasting eller om andre reelle hensyn tilsier dette.

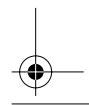
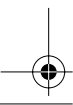
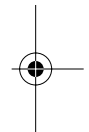
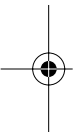
Problemstillingen er hvorvidt man kan karakterisere en sending, hvor de øvrige vilkår i § 42, 1. ledd er oppfylt, som «kringkasting» i åndsverklovens forstand, når den sendes over Internett? For forståelsen av spørsmålet om kringkasting omfatter overføringer på Internett, kan en teknisk gjennomgang av overføringsprosessen kanskje ha interesse.

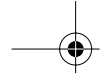
4.4 Litt om Internett som medium

Uansett om overføringen foregår via real audio, real video eller ved ordinær overføringsprotokoll vil en direkteoverføring av utøvende kunstners prestasjoner skje ved at man kobler en mikrofon eller et kamera til en datamaskin. De analoge lyd- og bildesignalene fanges opp og sendes til et en omformer som transformerer signalene til digitale signaler. Digitale signaler er det binære «språket» som alle datamaskiner bruker og som derfor en forutsetning for at maskinene skal «forstå» hverandre. Dataene⁴¹² komprimeres ned til det som er nødvendig for å kunne gjenskape et riktig bilde eller riktig lyd. Hvis bakgrunnen for eksempelet er blå rundt en person som snakker, lagres

411. Ot. prp. nr 67 1978-79, s.32 lov om kringkasting

412. Knut Selmer definerer i Lov og Rett, s. 149, «data» til materiale som ikke er oppfattet av hjernen. Når den er oppfattet utgjør den «informasjon»: «*Informasjon* kan ikke lagres eller overføres. Informasjon oppstår først i et menneskes (eller dyrs!) bevissthet når dette «noe» som er data blir sett, hørt, følt eller på noen måte brakt innenfor rekkevidde av sanseapparatet. ... Data er alt som- dersom man bare har de riktige innretninger for å skape sanseintrykk- kan føre til at vesen får en bestemt, tilsiktet informasjon.»





4 Kringkasting 123

bare informasjonen om bakgrunnen en gang sammen med data som forteller hvor fargene skal brukes når bildet gjenskapes. I stedet for å bli lagret, blir de komprimerte signalene sent over spesielle linjer, for eksempel ved ISDN- teknikk. En PC et annet sted, mottar de digitale signalene, konverterer dem til analoge som kan høres eller sees på en lokal maskin.

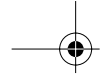
I april 1995 lanserte Progressive networks(USA) en teknikk for å overføre lyd over Internett. Datamaskinprogrammet real audio tillater sanntidsoverføring (streaming) av lyd og nå er man også i stand til å overføre bilder. De første audio- og videooverføringene over Internett tillot kun korte overføringsklipp fordi man var tvunget til å laste ned hele filen til den harddisken før den kunne avspilles. Ny streamingteknologi muliggjør forlengelse av multimedieklippene fra sekunder til timer. Streaming, brukt sammen med Real Player og MP3 audio format (dataprogrammer), muliggjør simultannedlasting av musikk eller bilde så fort de første bytene tikker inn på mikromaskinen. Ved sanntidsoverføring brukes det en annen protokoll (protokoll er reglene om hvordan to datamaskiner skal sammenkoples) enn ved andre overføringsmåter. Ved vanlig overføring instruerer protokollen til å returnere og ombytte skadete «pakker». Ved sanntidsoverføring tillater man mer unøyaktige overføringer. En «pakke» utgjør bare en liten bit av informasjonen og ikke nok til å ødelegge totalopplevelsen av uttrykket. Oftest vil man ikke engang merke at overføringen er unøyaktig, et ord uteblir eller en liten del av et bilde er i feil farge eller form.⁴¹³

Forutsetningene for denne drøftelsen er altså direkteoverføring av utøvende kunstners fremføringer av verk, hvor intensjonen er å motta en fremføring, ikke å nedlaste fremføringen på harddisk. Den «eksemplarframstillingen» som eventuelt foregår er den i RAM, som jeg har kommet til ikke er eksemplarframstilling i åndsverklovens forstand. De praktiske eksemplene er overføring av musikk(konserter) og forestillinger, fremvist på en dataskjerm. Det er to mulige sammenkoplinger av kringkasting og Internett ved primærbruk av fremføringer. Den ene er at noen videresender en direkteoverført kringkastingssending over Internett og den enkelte bruker mottar fremføringen på sin maskin. (For å kalles «videresending» må sendingen karakteriseres som «kringkasting» i åndsverklovens forstand. Videresending er vederlagberettiget etter åndsverkloven men ikke konsesjonspliktig.⁴¹⁴) Den andre situa-

413. Dette er ikke helt riktig ved overføring av video. Der ville teknikken med å ikke rette opp overføres til det nye bildet. Videooverføring skjer ved at bare de delene som er annerledes enn forrige bilde restitueres. Ville man fulgt samme teknikken som for lydoverføring vil dette medført forplantning av feilen. Derfor korrigerer programmet selv bildet ved å sammenligne med et tidligere.

414. Dette følger av Ot prp. nr 80 1984-85, s. 7 om nabolandsfjernsyn i kabel og det siste av kringkastingslovens § 4-2.





124 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

sjonen er at sendingen oppstår i Internett dvs at man kobler en mikrofon eller et kamera til en datamaskin i lokalet der fremføringen pågår. Signalene utgjør konserten eller forestillingen som formidles over Internett.

4.4.1 Internett og åndsverklovens § 42, 1. ledd b.

Jeg vil nå gå over til å undersøke hvorvidt Internettoverføringene oppfyller de øvrige vilkårene i kringkastingsbegrepet, bortsett fra «allmennhet». Vilkårene fremkommer av kringkastingslovens legaldefinisjon. I forhold til allmennhetsbegrepet holder jeg meg til åndsverkloven. Dette kan, etter mitt skjønn forsvares fordi det er, jfr min tidligere drøftelse, her begrepene skiller lag. Det samme fremgår av juridisk teori: «Hvis man skal lete etter kriterier som kan skille mellom formidling i nett og tradisjonell kringkasting, vil en mulighet være å se på allmennhetsbegrepet.»⁴¹⁵

Kriteriene i legaldefinisjonen av kringkasting § 1-1 er:

- a) Det må skje en *utsending* av data⁴¹⁶
- b) Data må representere tale, musikk, bilder og lignende
- c) Data må bæres enten av radiobølger eller signaler over tråd
- d) Signalene må gå direkte til allmennheten
- e) Utsendingen må være *ment til å mottas* av allmennheten (intensjonsaspektet, må sees i kombinasjon med allmennhetsvilkåret i åndsverkloven.)
- f) Signalene må kunne mottas av en større gruppe, *allmennheten* (her vil jeg bruke åndsverklovens allmennhetsbegrep)

Det må skje en utsending. Foregår det en utsendelse av signaler over Internett? Her er den aktuelle sonderingen, utsending i motsetning til lagring: «*Utsending tilsier at det teknisk sett må sendes ut signaler, i motsetning til at de lagres eksempelvis på film eller annet lagringsmedium.*»⁴¹⁷

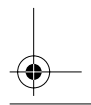
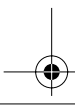
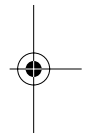
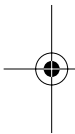
Rent faktisk sett må det ved internettoverføringer skje en utsendelse, fordi de digitaliserte signalene er bakgrunn for at det produseres et lesbart/ hørbart kopi på mottakermaskinen. Da må det ha skjedd en overføring. Jeg må imidlertid også fastslå at dette er riktig rettslig sett.

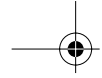
Kan det være slik at noe som er fremføring i en sammenheng (overført via kringkastingsnettet) kan, ved å bli vist på en annen type skjerm og via en annen overføringsmåte, bli karakterisert som noe annet? At man ved å bevege

415. Jon Bing, Rettslig aspekter av digital kringkasting, CompLex 6/97 s.52

416. Knut Selmer LOR 1995, s. 149: «*Informasjon* kan ikke lagres eller overføres. Informasjon oppstår først i et menneskes (eller dyrs!) bevissthet når dette «noe» som er data blir sett, hørt, følt eller på noen måte brakt innenfor rekkevidde av sanseapparatet. ... Data er alt som- dersom man bare har de riktige innretninger for å skape sanseintrykk- kan føre til at vesen får en bestemt, tilsiktet informasjon.»

417. NOU 1999:26, s. 93, Konvergensutredningen





seg fra et medium til et annet kan handlingen skifte karakter fra for eksempel «fremføring» til «eksemplarframstilling»?

Overføringen på Internett medfører at man kan fremstille en kopi på motakermaskinen gjennom de signalene som er oversendt. Med andre ord, er det spørsmål om det at det foregår eksemplarframstillinger underveis og ved motak, er i veien for at overføringen beholder karakteristikken «fremføring»? Det er altså et spørsmål om distribusjonsprosessen kan betegnes som *fremføring* (og derav utsending) eller om det mest karakteristiske for overføringen er at det foregår eksemplarframstilling (som er lagring) og at dette eventuelt da er utslagsgivende for en ny karakteristikk?

Jeg har tidligere slått fast at midlertidige eksemplarframstillinger ikke er eksemplarframstillinger i åndsverklovens forstand. Slik at den midlertidige eksemplarframstilling i RAM ikke kan stå i veien for at karakteristikken av handlingen er fremføring i motsetning til lagring.

Det at prestasjonen kan bli lastet ned, finner jeg ikke å falle innenfor problemstillingen. Ved en slik situasjon må man se på overføringen som to separate handlinger – overføring og nedlasting. To forskjellige beføyelser, med krav om samtykke i begge situasjonene, så sant ikke nedlastingen kan anses som eksemplarframstilling til privat bruk.⁴¹⁸

Det foregår ikke (forbehold om den som foregår i ruterene) eksemplarframstillinger i åndsverklovens forstand ved direkteoverføringsprosessen over Internett. Disse handlingene er derfor ikke i veien for at overføringen beholder fremføringsbetegnelsen. «Fremføring» og «eksemplarframstilling» er dessuten av forarbeidene til åndsverkloven antatt å være komplementære⁴¹⁹. Det samme følger av juridisk teori.⁴²⁰ Hvis utsending anses komplementært med lagring, medfører dette at utsending er det samme som fremføring.

Konklusjon: Overføringsprosessen på Internett er utsending i juridisk forstand.

Data må representere tale, musikk, bilder og liknende. Oppfyller Internettensendinger vilkåret til overføring av lyd, bilder, musikk, og liknende? En direkte-sending over Internett består av samme data som ved kringkasting; tale, musikk, bilde, og eventuell tekst. Det ligger også i forutsetningene for drøftelsen; utøvende kunstners direktefremføringer formidlet over Internett. Slik at innholdet er det samme.

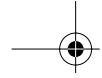
Men informasjonen er digitalisert vil dette ha noen betydning i forhold til å oppfylle vilkåret?

418. Vil bli gjennomgått senere.

419. Ot. prp. nr 85 1997-2000, s. 15 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

420. Jon Bing, CompLex nr 2 / 85, s.88 flg.





126 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

En Internettoverføring krever at de analoge signalene blir omformet gjennom et modem til digitale signaler. I omformingen ligger at analoge signalet kommer ut som pulssignaler. Det digitale signalet er et pulstog med enere eller nuller. Informasjonen ivaretas i digital form gjennom sammensetningen av pulser med nivå 0 eller 1. Hvor i pulstøtet det er nuller og hvor det er enere, er bestemmende for hva slags informasjon det er. Pulstogene moduleres (frekvensmodulering: tvinges inn på bestemte frekvenser) inn på bæreølger (bærefrekvenser). Man kan si at informasjonen er oversatt til et annet språk: det binære, et språk datamaskiner kan kommunisere med. Informasjonsinnholdet forandres ikke ved digitaliseringen, kun formen på det som sendes.

Også danske forarbeider fastslår at digitaliseringen ikke endrer verkets karakter: «*Uttrykket udsendelse i radio eller fjernsyn omfatter herefter enhver transmisjon, herunder også i digital form, af beskyttede værker til almenheden*»⁴²¹ Også juridisk teori hevder at kringkastingsbegrepet beholder karakteristikken kringkasting, selv om signalene er digitaliserte.⁴²²

Reelle hensyn tilsier også at man heller ikke kunne opprettholdt betegnelsen «kringkasting» på digital kringkasting hvis selve digitaliseringen skulle bety noe i forhold til kringkastingsbegrepet.⁴²³ Riktignok er det slik at signalene ved Internettoverføringer er spredt under «overfarten», mens kringkastingsignalene er samlet. Dette burde ikke ha noen betydning, da signalene likevel utgjør «tale, musikk, bilder eller liknende», når de blir avsendt (og mottatt). Hvis man skal være konsekvent i forhold til intensjonsperspektivet burde dette holde. *Reelle hensyn tilsier derfor også at digitaliseringen ikke forandrer innholdet.*

Vil det at Internettoverføringer inneholder multimediespråk, som grafikk, bilde, film lyd under ett, forhindre at innholdsvilkåret i loven ikke oppfylles? Som påvist tidligere må dette anses omfattet av ordlyden. Dessuten vil det antakeligvis ikke være mulig og sende et slikt uttrykk på direkteoverføringen; at det fordrer lagringer av de forskjellige elementene og derfor i så fall blir sekundærbruk av fremføringen (åndsverklovens § 42, 2. ledd). *Digitaliseringen står ikke i veien for at formidlingen opprettholder sitt innhold.*

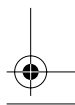
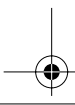
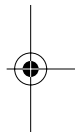
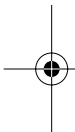
Internettssending oppfylder innholdsvilkåret.

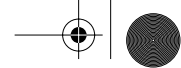
Dataen må bæres enten med radiobølger eller signaler over tråd. Transmisjonen av Internettssendinger foregår ikke kun gjennom kabler. Internettet består av kabler, etersendinger, telefonnett, og elektriske nett. Fordi sendingene skal overføres fra ulike steder, vil ruten ha forskjellige hindringer avhengig av hvor

421. Danske forarbeider, FT 1994- 95, s. 1334

422. Se Jon Bing, Rettslige aspekter ved digital kringkasting, CompLex 6/97 s. 15 flg.

423. Stortingsmelding nr 46 1998-99, s. 10





den kommer fra og hvor den skal til. Dette medfører at sendingene bruker forskjellige transportmuligheter i forskjellige faser av overføringen. Den samme pakken kan også bli sendt i forskjellige retninger samtidig, for at nettet selv skal velge den mest effektive «løypen» som eksisterer for øyeblikket. Dette medfører at begge kriteriene i ovennevnte vilkår kan bli aktuelt for den enkelte sendingen over Internett. Dette innebærer imidlertid også at begge distribusjonsalternativer må være oppfylt.

Det står radiobølger som det ene av to befordringsmåter i lovteksten. Internett- distribusjon foregår med digitale signaler, og digitale signaler blir sendt på høyere frekvens enn 3000GHz⁴²⁴ (som er den øvre grense for radiobølger). At den øvre grensen overskrides, gjør det nødvendig å si noe om ordlyden og forholdet til distribusjon over Internett. Kan digitale sendinger oppfylle frekvensvilkåret?

Jeg har tidligere slått fast at radiobølgvilkåret må tolkes utvidende til å omfatte alle trådløse sendinger på enhver frekvens (se side 89). Digitale signaler sendes på en høyere frekvens enn analoge. I og med at sendinger på alle frekvenser er omfattet av radiobølgvilkåret, innbefatter dette digitalsendinger. *Internettssendinger oppfyller vilkåret i trådløse sendinger.*

Den andre overføringsmåten er «tråd». Internettssendinger var jo ikke oppfunnet på tidspunktet da ordlyden ble til. Er overføringsmåten så avvikende fra analog forsendelse at ikke vilkåret kan anses oppfylt?

Tråd omfatter overføring per ledning, men også kabelsendinger er omfattet av begrepet. Digitaliseringen av signalene er i alle fall ikke i veien for at Internettssendinger er omfattet: Det følger av forarbeider i tilknytning til utbygging av nettverk for digital kringkasting: «*Digitalt fjernsyn kan benytte samme type distribusjon som analogt fjernsyn (dvs. bakkesendere, kabel eller satellitt)*»⁴²⁵ Selve digitaliseringen står altså ikke i veien.

Også danske forarbeider likestiller analoge og digitale transmisjoner: «*enhver transmission, herunder også i digital form, af beskyttede værker til almenheden*» omfattes av eneretten.⁴²⁶ Imidlertid er ikke argumentet til støtte for at internettdistribusjon oppfyller distribusjonsvilkåret i kringkastingsbegrepet. Det argumenteres bare for at overføringen er innenfor eneretten.

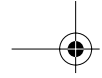
Juridisk teori skulle tilsi at Internettoverføring oppfyller vilkåret, fordi sendingen anses identisk med kabelsendinger. Kabelsendinger av fjernsyn er grunnen til at kringkastingsdefinisjonen i sin tid fikk et alternativ til radiobølgedefinisjonen «tråd».⁴²⁷ I en betenkning som Bing gjorde for Stortinget i for-

424. Internasjonalt radioreglement, Geneve 1959, se Innstilling 1966 s.39.

425. St. melding nr 46 1998-99, s. 13

426. jfr danske forarbeider, FT 1994-95, s. 1334 om ophavsret

427. Innstilling nr 1 1966, s. 39, hvor det ble antatt at alle typer sendinger, trådløse eller i «tråd» var omfattet av kringkastingsbegrepet.



128 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

bindelse med internettsendinger av Stortingets forhandlinger skriver han: «...hvis man sammenlikner overføring i et nettverk for kabelfjernsyn (som f eks. brukes til formidling av lyd i Stortingssalen) og i Internett, har man eksempel på to nær funksjonelt identiske tjenester»⁴²⁸

I NOU 1999⁴²⁹ står det om nettverkskonvergens: «I teknisk forstand er det ingen prinsipiell forskjell på digitalisert transport av f eks tale eller bilde. De ulike distribusjonsnettene blir dermed substitutter for hverandre, og følgelig også konkurrenter.» Dette taler også for at «tråd» kan omfatte overføringsmåten Internettsendinger foregår på.

Overføring pr. «tråd» omfatter Internettoverføringer

Både radiobølger og tråd er i stand til å frakte Internettsendinger og dette blir også gjort ved disse overføringene. Det at Internett-signaler er digitale er heller ingen hindring for at vilkåret skal anses oppfylt.

Formidling over Internett oppfylder vilkåret til radiobølger eller over tråd.

Signalene må gå direkte fra avsender til mottaker. Bortsett fra mellomlagringene underveis vil ikke direkteoverføring på Internett ha noe «stopp» før den når sluttbrukerens datamaskin.⁴³⁰ Overføring vil være sammenhengende fra tilkoblingen av mikrofon/ kamera, til signalene mottas på en annen datamaskin.

Ut ifra den fortolkningen jeg tidligere har gjort er direktevilkåret uten selvstendig betydning (se side 93). Dette innebærer, i følge forarbeidene til kringkastingsloven, et krav om at sendingen ikke må stoppe opp hos en annen enn allmennheten før den når denne. I forarbeidene brukes som eksempel på brudd på vilkåret, en radiosending som stopper opp hos en telegrafist, som så formidler sendingen videre til mannskapet på båten.⁴³¹

Skjæringspunktet for når et verk anses tilgjengeliggjort for allmennheten fremgår av forarbeidene til databasedirektivet: «Det regnes normalt som offentlig tilgjengeligjøring av et verk dersom det gjøres tilgjengelig via åpne nettverk.» Før dette vil det heller ikke være noen stopp i formidlingen av materialet. Direktevilkåret vil derfor være oppfylt så sant allmennhetsvilkåret er det.

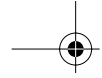
Internettsending oppfylder direktevilkåret.

428. Jon Bing, betenkning om Internettoverføringer av Stortingets forhandlinger av 1998(m.s)

429. NOU 1999:26, s. 32 Konvergensutredningen

430. Ron White, How computers work, s.357 og 358

431. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 35 lov om kringkasting



Er sendingen ment til å mottas av allmennheten. Kriteriet vil være nært knyttet opp mot allmennhetskriteriet og har en flytende grense mot det, slik at man tidvis må se disse to punktene under ett (se side 44, note 152) i avhandlingen.

Det er altså åndsverklovens allmennhetsbegrep som er relevant, slik min tidligere drøftelse av allmennhetsbegrepet viser. Etter mitt skjønn ligger det et intensjonsperspektiv i allmennhetsbegrepet i åndsverkloven, selv om dette ikke fremkommer av ordlyden. Det følger av kildene som kan tas til inntekt for at det å legge til rette for tilknytningsmulighet er utslagsgivende for at allmennhetsbegrepet er oppfylt, snarere enn hvor mange som faktisk har knyttet seg til sendingen. Dette innebærer at slik min tolking av begrepet er, kan man innfortolke et «*ment å mottas*» vilkår, slik som det konkretiserte i kringkastingensloven, – også for allmennhetsbegrepet i åndsverkloven. Et slikt innfortolket vilkår medfører at det tilrettelegges for et slikt perspektiv. Dette intensjonsperspektivet er det, som etter mitt skjønn, oppstiller den allmennhetsstruktur som jeg mener kan påvises både i forhold til kringkastingenslovens- og åndsverklovens- allmennhetsbegreper. På denne bakgrunn er det etter mitt skjønn nok at det påvises tilknytningsmulighet for at kriteriet skal anses oppfylt.

Hvis det kan påvises at også Internettendinger er ment for allmennheten, oppfyller dette etter mitt skjønn åndsverklovens allmennhetsbegrep. I dette ligger det altså at det er nok at allmennheten ved sendingene skaffes en mulighet for tilknytning, fordi det er dette som er kjernen i åndsverklovens allmennhetsbegrep.

Problemstillingen er derfor, kan Internettoverføringer sies å være ment for allmennheten? Fratar det at sendingen karakteriseres som én-til-én-sending,⁴³² og det at det er mottak innenfor den private sfære, overføringens karakter av å være sending til allmennheten?

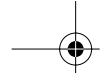
Det særegne ved Internett er blant annet at tjenesten er tjenesten er såkalt brukerinitiert.⁴³³ Den omtales gjerne som en «én-til-én-tjeneste» fordi det er en «privat» som etterspør og en «privat» som har lastet opp informasjon til nettet. Handlingen krever aktivitet for at informasjonen skal mottas (interaktivitet). Dessuten anses det som karakteristisk at sendingen kan mottas på et selvvalgt tid og sted. Særtrekkene gjør det nødvendig å se nærmere på om «én-til-én-tjenester» likevel kan anses «ment for allmennheten»?

Av forarbeidene til databasedirektivet følger at selv om internettjenesten er en-til-en-struktur er det likevel en offentlig fremføring: «*Stilles et åndsverk til rådighet til allmennheten gjennom for eksempel et digitalt nett, vil dette høre*

432. NOU 1984:25, s.25 om nabolandsfjernsyn i kabel

433. Samme som foregående





130 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

inn under enerettsbeføyelsene,...Det regnes normalt som offentlig fremføring av et verk dersom det gjøres tilgjengelig via åpne nettverk.»⁴³⁴ Skjæringspunktet tilsier at det ikke er nødvendig at noen konkret har knyttet seg til, for at handlingen skal anses som formidling til allmennheten. Dette tilsier at én-til-én-strukturen ikke er i veien for at allmennhetsvilkåret er oppfylt. Selve tilrådighetsstillelsen er en offentlig fremføring.

Forarbeidene tilsier at allmennhetsvilkåret er oppfylt ved Internettssendinger.

I tillegg finnes det eksempler fra rettspraksis som ikke lar karakteristikken – én-til-en sending – stå i veien for at det likevel anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten. En svensk høyesterettsdom⁴³⁵ gjelder en musikkforretning hvor det foregår plateprøving. Tjenesten er også én-til-en -tjeneste og brukerinitiert, i det en mottaker tar initiativet til det han vil høre. Det blir heller ikke en fremføring for et stort antall mennesker, men en enkelt person. Det avgjørende er at allmennheten har mulighet for å lytte til musikken ved at «alle» kan komme inn i butikken og høre plater. Høyesterett anslo dette som tilgjengeliggjøring for allmennheten.

Likeledes finnes det en høyesterettsdom fra Sverige fra 1988⁴³⁶ hvor STIM (TONOs søsterorganisasjon i Sverige) fikk medhold i at det fant sted en offentlig fremføring av musikk gjennom puteradioene på sykehus. Her vil jo kontakten være brukerinitiert (den syke slår på) og det er individuelt mottak (bare denne pasienten). Likevel fant altså retten grunn til å karakterisere tilfellet som offentlig fremføring. Én-til-en -strukturen står heller ikke her i veien for at handlingen er offentlig fremføring.

Rettspraksis tilsier også at allmennhetsvilkåret er oppfylt.

Dansk juridisk litteratur karakteriserer tjenesten som offentlig og innenfor eneretten på tross av at ingen har knyttet seg til: «*Er et verk stillet til rådighet for almenheden med henblik på on-linetransmission, er der foretaget en handling der er omfattet av ophavsmandens eneret selv om der ikke er nogle som rent faktisk udnytter denne adgang og henter værket.*»⁴³⁷

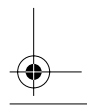
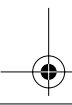
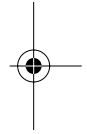
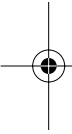
Det samme standpunkt finner man i dansk juridisk litteratur i forbindelse med en drøftelse av offentlig fremføring jfr. § 2, 3. ledd via Internett: «*Er et verk stillet til rådighet for almenheden med henblik på on-linetransmission, er der foretaget en handling der er omfattet av ophavsmandens eneret selv om*

434. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 16 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

435. HRD 1987.69, Plateprøvingdommen, se også Karnell NIR 1977 s. 113

436. HD 21.12 1988, Puteradiodommen

437. Thomas RIIS, IT-rettlige emner «On-line transmisjonssom ophavretlig begrep»





der ikke er nogle som rent faktisk udnytter denne adgang og henter værket.»⁴³⁸ Også denne argumentbæreren taler i favør at det er nok at verket er tilgjengelig, for at det skal anses som en fremføring for allmennheten. Thomas Riis bygger sin slutning på WIPO-konvensjonens (WCT) artikkel 8. Artikkelen lyder:

«Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)...of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them». Regelen i konvensjonen har sin like i bestemmelsen til fordel for de utøvende i WPPT artikkel 8:

«Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them»(article 8).⁴³⁹ I dette ligger at det omfattes av eneretten når materialet ligger tilgjengelig for etterspørsel («may access»). Det er kun handlinger utenfor den privat sfære som er omfattet av eneretten.⁴⁴⁰ Dette medfører at handlingen anses som en fremføring for allmennheten, selv om den enda ikke er etterspurt.

Juridisk litteratur tilsier at vilkåret er oppfylt.

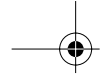
I oppfølgingen av grønnboken om opphavsrett og nærstående rettigheter (1996 s.14), anbefaler kommisjonen i EU å legge tjenester på forespørsel innenfor eneretten.⁴⁴¹ Regelverk anbefales også «linked as closely as possible to the traditional concept of communication to the public.» Grønnboken kan anses som et slags forarbeid til opphavsrettsdirektivet eller andre EU-direktiver vi er bundet av, for eksempel databasedirektivet og utleiedirektivet. På samme sted uttales det også at «there will not be a redefinition of the term «public» for the new digital environment.»

438. Thomas RIIS, IT-rettlige emner «On-line transmisjonssom ophavretlig begrep»

439. WIPOs WPPT-konvensjon (World Performance and Phonograms Treaty) Tilsvarende regel for opphavsmenn i WCT art 8 (World Copyright Treaty)

440. Ot. prp. nr 26 1959-60, s. 16 lov om opphavsrett

441. På forespørsel -tjenester er overføring av opptak (blant annet musikk- og filmfiler) til data-maskiner. Hovedforskjellen i forhold til direkteoverføringer er at opptakene ligger i baser som man søker mot for å få en spesiell film eller lydfil. Dette gjør at man kan også velge tid for mottaket, det kan man ikke ved direkteoverføring fordi man må overføre når fremføringen foregår.



132 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

I WIPOs WCT-konvensjon uttales det under «*comments on the articles*⁴⁴²» om «right of communication to the public art 3(1) i WCT, at en av hovedintensjonene bak reglene er å inkludere på-forespørsel-tjenester: «*It ensures legal certainty by confirming that the communication to the public right is also pertinent when several unrelated persons (members of the public) may have individual access, from different places and at different times, to a work which is in a publicly accessible sight.*» Dette tilsier at én-til-en-strukturen ikke står i veien for at dette likevel anses som sendinger til allmennheten. Det uttales også at det anses som kommunikasjon til allmennheten når de individuelle etterspørerne «may have ...access». Dette er kun et forslag som ennå ikke er ratifisert av Norge, men det viser likevel at våre kommende internasjonale forpliktelser anser *tilknytningsmulighet* nok for å anse vilkåret om tilgjengeliggjøring for allmennheten oppfylt.

Internasjonale konvensjoner gir også signaler om at materialet anses som tilgjengeliggjort for allmennheten etter deres bestemmelser.

Reelle hensyn som hensynet til *at like forhold bør behandles likt*⁴⁴³ tilsier også at siden én-til-en-strukturen ikke har stått i veien for at tjenester som frk Ur eller andre nevnte eksempler, bør dette heller ikke skje i forhold til Internett.⁴⁴⁴ Frk Ur er én-til-en-tjeneste, idet det er én mottaker på privat område og tjenesten er brukerinitiert fordi den kommer i stand på brukerens initiativ ved hans oppringning. Likevel anses tjenesten som offentlig fremføring.⁴⁴⁵

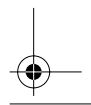
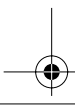
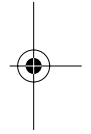
Forutsetningen for drøftelsen er altså direkteoverføring på Internett. Ved et slikt tilfelle kan man heller ikke velge tidspunkt for mottak. Hvis én vil ha med seg sendingen må én koble til når fremføringen og (overføringen) foregår. Initiativet kommer fra enkeltpersonen som sørger for tilknytning. Operasjonen (søket etter konserten el.) skiller seg ikke mye fra en direktesendt fjernsynsoverføring hvor man også må skru på fjernsynet i det direkteoverføringen foregår, for så å velge kanal. Her er det også *enkeltpersonens initiativ* og *mottak på privat område* samt at *sendingen må mottas når fremføringen foregår*. Tilfellet er altså helt parallelt til Internettsituasjonen bortsett fra at sendingen kanskje ikke går i samme nettverk. Hvis man ønsker å se på kringkastingssituasjonen fra et slikt perspektiv er dette også fra privat til privat område. I et WIPO-symposium uttaler også Thomas Dreier at kringkasting har gått i bre-

442. EUs forslag til harmoniseringsdirektiv, Interinstitutional file: 97/ 0359 (COD), proposal for a European parliament and council directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society

443. Rettskildelære, Torstein Eckhoff, 1997, s. 382

444. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 35 lov om kringkasting (som henviser til uttalelser på side 33)

445. Ot. prp. nr 67 1978-79, s. 35 jfr s. 32 lov om kringkasting



sjen for denne nye offentlighetsstruktur ved kommunikasjon. Denne spør han vil bli strukturen for all «communication to the public» fremover. Jeg siterer: «*The advent of broadcasting indeed posed a major threat to the interest of copyright holders... According to the solution retained, it is not the effective reception by the general public of the signal semitted which is decisive, but the mere possibility that a public may receive the signals...public access to a protected work no longer requires «publication» in the sense that the work be transferred from the private to the public sphere.*»⁴⁴⁶ Dette understreker likheten Internettoverføringen har med en kringkastingssending, at det private mottaket ikke er spesielt for Internett. Privat mottak burde derfor ikke stå i veien for at allmennhetsbegrepet anses oppfylt.

Et sterkt reelt hensyn som taler imot at allmennhetsbegrepet anses oppfylt er at man da opererer med to kringkastingsbegreper innenfor samme område (mediekommunikasjon). Dette reduserer forutberegnelighet for publikum og skaper en forvirrende tilstand for rettsanvendere.

Et reelt hensyn som taler *for* at allmennhetsvilkåret er oppfylt ved Internettsendinger er at videresendingsstrukturen kan benyttes til de utøvenes sikkerhet og økonomiske fordel. Hvis allmennhetsvilkåret er oppfylt er Internettoverføring «kringkasting». Da vil også videresending i Internett medføre vederlagsplikt.⁴⁴⁷ Dersom vilkåret ikke anses oppfylt er det mulighet for at de utøvende stiller svakt, særlig ved direkteoverføringer av utøverprestasjoner. Dette medfører at åndsverklovens formål tilsier at man innlemmer Internett i kringkastingsbegrepet, forutsatt at man ser på videresendingsaspektet som en aksessorisk rettighet i forhold til «kringkasting».

På den annen side kan en ved å definere Internettoverføring som «kringkasting» og derved tilknyttet videresendingssystemet, få problemer med dobbeltbetaling i noen tilfeller. Tekniske, firkantete regler kan definere en overføring som videresending, når det egentlig bare er snakk om videredistribusjon av samme sending. Dette taler i mot å anse allmennhetsvilkåret oppfylt.

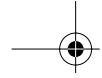
Reelle hensyn tilsier at man ikke skal kunne kreve vederlag annet i de situasjonene hvor det foregår en utnyttelse av prestasjonen, slik at vederlagskrav bare oppstår når det er sendinger til en «ny» allmennhet. Videresendingsreglene er kompliserte, så jeg lar poenget ligge med dette.

Det vil likevel være flere reelle hensyn som taler i favør av at tilknytningen anses som tilgjengeligjøring for allmennheten.

Reelle hensyn tilsier at tilknytning til Internett er tilgjengeligjøring for allmennheten.

446. Thomas Dreier, Copyright digitized: Philosophical impacts and practical implications for information exchange in digital networks, WIPO, march 1993, s. 18

447. NOU 1984:25, s. 33 om nabolandsfjernsyn i kabel



134 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

Økonomisk sett er det klart at det oppstår vederlagsplikt ved *tilkoplingen* til nettet. Men kun én vederlagspliktig handling, som grovt sagt kan dekke sendinger til hele verden, fordi det kun er en tilgjengeliggjøringshandling ved tilkoplingen til Internett. Ved ordinær kringkastingssending ville man ofte hatt flere kringkastingsselskap som overfører, og derved flere vederlagspliktige handlinger. Dessuten har man videresendingskomplekset hvor hver enkelt videresending er vederlagspliktig.⁴⁴⁸ Også ved Internettsendinger vil *kringkastingsselskaper samtidig* kunne knytte seg til (sende konserten), men om ikke lenge vil dette være unødvendig fordi Internett kan ta seg av lokale- og internasjonale overføringer.

Vil det kunne oppstilles så mye penger at den utøvende får offentlig fremføringspotensialet sitt dekket gjennom dette ene vederlaget? I og med at det ikke skjer eksemplarframstillinger som når materialet forlater basen ved filoverføringer, har ikke den utøvende noen «telling» av utnyttelsen som kunne gi ham kompensasjon for hver «nedlasting».

WIPO-konvensjonen, forslag til harmoniseringsdirektiv i EU, forarbeider, rettspraksis, juridisk litteratur og reelle hensyn tilsier at det også for Internett kan oppstilles en allmennhetsbegrep tilsvarende det i åndsverkloven og kringkastingstingsloven. Strukturen innebærer tilknytningsmulighet er tilstrekkelig for at sendingen skal anses ment for allmennheten, noe som anses påvist.

Konklusjon: Én-til-én-strukturen på Internett er ikke til hinder for at sendingen likevel er ment for allmennheten.

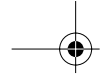
Allmennhetsbegrepet. Ut i fra tidligere tolking er det nok å fastslå at sendingen er ment for allmennheten for at allmennhetsbegrepet er oppfylt. «Ment for» uttrykkes ved at det skapes tekniske tilknytningsmuligheter for mottak. I tillegg må de som gis tilknytningsmulighet tilsvare antallet skissert i kildene.

Forarbeidene til databasedirektivet, teori, konvensjonsregler og reelle hensyn bekrefter at når fremføringer legges ut på Internett skjer en mulighet for at allmennheten kan knyttes på og det skjer i følge disse kildene en «tilgjengeliggjøring for allmennheten». Dette ble påvist i drøftelsen under forrige punkt. At antallet som gis tilknytningsmulighet overstiger grensene fremsatt gjennom kildene, er også helt klart.

Konklusjon: allmennhetsvilkåret er oppfylt.

448. NOU 1984:25, s. 32 om nabolandsfjernsyn i kabel





5 NOEN BETRAKTNINGER

Jeg fant i dette studium av reglene, at Internettoverføringer uten store problemer falt innunder en presiserende⁴⁴⁹ fortolkning av «kringkasting», samt at sterke reelle hensyn forsterket grunnlaget for slutningen.

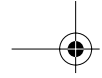
Den alternative hjemmel for utøverprestasjoner på Internett, § 42, 1. ledd c), kan vise seg å gi svært dårlig vern for den utøvende. Dette hovedsakelig på grunn av manglende rettigheter ved «videresending» av fremføringene; hele internettet anses som en videredistribusjon. Bestemmelsen i § 42, 1. ledd c) er overhode ikke myntet på slike situasjoner som den Internettoverføringer vil representere. Eksempelene i forarbeider og juridisk teori nevner opp naive eksempler på overføringer til nabolokale i restauranten, eller til en gruppe tilhørere på gaten. Flere argumenter kunne kanskje i tillegg tilsi at ordlyden i § 42, 1. ledd c) må tolkes innskrenkende, for at Internettsendinger av reelle hensyn ikke bør anses omfattet? For eksempel lovens hovedformål, som er å sikre den utøvende kompensasjon for bruken av prestasjonene, eller at den konkrete bestemmelsens formål tilsier en slik innskrenkende fortolkning; den var myntet på overføringer til mennesker i den fysiske nærhet av fremføringen, ikke på overføringer til hele verden slik Internett muliggjør.

Man vil kunne få flere offentlige fremføringer hvis mottakssituasjonen er en ny offentlig fremføring fordi for eksempel dataskjermen er plassert på en kafé eller lignende offentlig mottak. Da vil man få nok en offentlig fremføring. Dette følger av fondsloven. En slik situasjon er imidlertid ikke en vanlig PC-situasjon.

Forutsatt at direkteoverføringer over Internett hjemles i § 42, 1. ledd c) kan det hevdes at de økonomiske konsekvensene kan kompenseres med avtaler som tar høyde for å kompensere for alle de fremføringene som kan gjøres på grunnlag av tilknytningen. Det er likevel to store innvendinger mot en slik løsning. Det vil være få aktuelle «produsenter», fordi ikke mange kan stille opp med slike summer, som langt vil overgå det et kringkastingselskap hittil har måttet stille opp med. Finansieringsproblemer kan hemme overføringer på nettet. Dessuten er det meget vanskelig å fastlegge slike beløp fordi man ikke aner hvor mange som vil knytte seg til. I øyeblikket er det i tillegg svært vanskelig å kontrollere antallet tilknytninger.

449. Hvis normen er kringkastingsbegrepet i kringkastingsloven





136 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

Den andre hovedinnvendingen er at avtale ble av kunstnerstanden ikke ansett som en egnet måte å gi opphavsmenn og utøvende tilstrekkelig vern i sin tid, derfor fant man det nødvendig å fastlegge reglene i konvensjoner og lover.⁴⁵⁰

Reelle hensyn tilsier også at dette er riktig. Balanseforholdet mellom for eksempel en plateprodusent og en musiker er vanligvis skjev, slik at det er vanskelig å komme i havn med en balansert avtale som også ivaretar den utøvenes interesser. Dette argumentet gjelder om enn sterkere i dag hvor distribusjonskapasiteten er ubegrenset og styrkeforholdet mellom for eksempel en singel aktør og et filmselskap kan være meget stor. Dessuten er jeg redd hjemmelen i § 42, 1. ledd c) kan fungere som et pressmiddel i en forhandlingssituasjon: «Se, hva du kunne ha blitt avspist med». Dette vil være et dårlig utgangspunkt for å få til en balansert avtale.

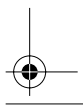
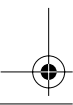
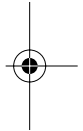
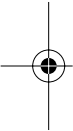
Et ikke-upraktisk eksempel fra virkeligheten kan belyser problemstillingen: Situasjonen er en utekonsert med «a-ha» som har en avtale med et internetselskap om enerettighetene til direkteoverføring. I forhold til åndsverkloven vil tilknytningen av kamera (som tar imot signalene) og overfører det til Internett representere én «tilgjengeliggjøring for allmennheten». Dette følger av at det er hjemmel i § 42, 1. ledd c) ved tilgjengeliggjøring og at dette er tilgjengeliggjøring følger av databasedirektivets forarbeider, EUs harmoniseringsforslag.⁴⁵¹ osv. Men da er det kun én tilknytning som muliggjør uendelig antall fremføringer i de private hjem og i offentlig sfærer overalt i verden.

Hadde «a-ha» hatt et kringkastingsselskap som overførte til fjernsyn i hele verden, ville hver videresending representert et nytt vederlag. Dette følger også av internasjonale avtaler som Bern bis11 og nasjonale lover og forarbeider som kaller hver videresending en ny kringkasting. Hver videresending betyr et nytt vederlag. I tillegg vill det være flere kringkastingsselskaper involvert i direkteoverføringen.

Hvis kravet hjemles i kringkastingsbestemmelsen for de utøvende(åndsverklovens § 42, 1. ledd b)) blir den økonomiske situasjonen for den utøvende en helt annen og tilnærmet lik den som oppstår ved ordinære kringkastingsoverføringer. Dessuten unngår man spekulasjonsadgang ved at noen vil «spare» utgifter til vederlag ved å sende over Internett. De utøvende får et nødvendig vern gjennom åndsverkloven § 42, 1. ledd b).

450. Ot. prp. nr 26 1959-60, s. 85 lov om opphavsrett

451. Ot. prp. nr 85 1997-98, s. 16 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databasedirektivet og EUs forslag til harm. dir. artikkel 3 nr. 1/ EU 1997/0359 (COD)





5.1 Konsekvenser

Noen tanker avslutningsvis om konsekvensene av min fortolkning. Dette blir klart overflatisk i det andre vurderinger og realiteter kan komme inn og endre bildet. Dette er også ment som en skisse.

Hovedsakelig vil det avgjørende for hvorvidt det er «kringkasting» eller annen tilgjengeliggjøring for allmennheten være om allmennhetsbegrepet i åndsverkloven er oppfylt. Dette innebærer for så vidt at all overføring på Internett vil være kringkasting i åndsverklovens forstand, men ikke alle overføringer vil ha hjemmel for vederlag i åndsverkloven. Derfor blir det heller ikke så interessant å konstatere at det er «kringkasting». For at det skal oppstå vederlagskrav etter § 42, 1. ledd c), må det være overføring av fremføringer med utøvende kunstneres prestasjoner, det vil si at også de øvrige vilkår i bestemmelsen må være oppfylt. Men også i andre sammenhenger hvor åndsverkloven hjemler vederlagskrav ved «kringkasting», vil Internettoverføring være omfattet. Dette ville kunne oppstå ved bestemmelsene i åndsverklovens §§ 30, 31, 34, 36, 45b, Fondslovens § 3 osv, alle steder i åndsverkloven hvor kringkastingsbegrepet dukker opp.

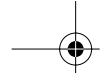
Etter mitt skjønn vil heller ikke det at overføringen innebærer opptak i motsetning til direkteoverføring innebære noen forskjell i forhold til vurderingen av om «kringkasting» er oppfylt. Det vil imidlertid være for tidkrevende å gå inn på dette mer inngående.

Det eksisterer foreløpig ikke noen generell enerett for den utøvende ved offentlig fremføring av opptak. Inntil nå har offentlig fremføring vært belagt med en avgift etter fondslovens.⁴⁵² Lovendring er imidlertid på trappene. Imidlertid har Norge gjennom Utleiedirektivet⁴⁵³ plikt til å gi den utøvende vederlag for bruken av opptaket ved «kringkasting» eller annen offentlig fremføring. Ved bruk av slike opptak (film, video) over Internett vil dette i følge mine drøftelser også være å kategorisere som «kringkasting» med de følger som eventuelt det har. Lovendringen jeg nevnte vil delvis innebære en oppfyllelse av denne direktivforpliktelsen. Forhåpentligvis vil WIPOs diplomatkonferanse om audiovisuelle rettigheter gå i bresjen for enda bedre rettigheter for den utøvenes film/ musikkvideorettigheter.

Helt til slutt noen distribusjonsformer som har vært fremmet som vanskelig å plassere i forhold til tele- og kringkastingsområdet. Konsekvensene av min drøftelse brukt på disse tjenestene vil være følgende. Så sant allmennhetsbegrepet i åndsverkloven er oppfylt vil overføringen være «kringkasting» i åndsverklovens forstand. Likevel er det bare når åndsverkloven gir vern at dette er interessant i forhold til de impliserte i sendingen. Dette innebærer

452. lov av 14. desember 1956 nr 4

453. Ot. prp. nr 15 1999-2000, s.17 om endringer i åndsverkloven osv.

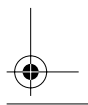
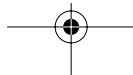
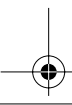
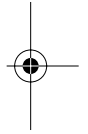
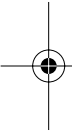


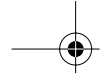
138 Utøvende kunstners direkteoverføringer på Internett

grovt sagt, når opphavsmenn, produsenter og utøvere har rettigheter i sendingen:

- Ved video-on-demand vil det være «kringkasting» i en slik forstand, fordi det er utøvende kunstners fremføring (og andre rettighetshavere) og at det for øvrig oppfyller kringkastingsbegrepet i åndsverklovens § 42, 1. ledd b)
- WEB-CASTING (TV på Internett) med utøverstoff er «kringkasting» (i åndsverklovens forstand), mens Web-casting i form av programmer etc ikke er det, fordi programmedvirkende ikke har sine vederlagskrav hjemlet i åndsverkloven. Dette vil for eksempel være tilfellet for NRK Alltid Nyheter og P4-sendinger. Så sant de ikke sender konserter eller radioteater eller andre fremføringer av utøvende kunstnere (eller med andre rettighetshavere etter åndsverkloven), er det ikke «kringkasting».
- WEB-TV (Internett på TV) vil også være «kringkasting» så sant sendingene innehar utøverstoff (eller igjen andre rettighetshavere etter åndsverkloven).

Vi ser at man får en annen inndeling enn den som følger av distribusjonsformen. Reelle hensyn kan tale mot en slik løsning i noen sammenhenger, men andre reelle hensyn kan tale for. I en overgangsfase, som vi befinner oss i, kan det være hensiktsmessig med retningslinjer for hva vi skal kategorisere sendingene som.





6 KILDER

6.1 Norske forarbeider

Ot. prp.(Odelstingsproposisjon) nr 44 1929 om endringer i lov om meddelelser ved hjelp av telegraflinjer og lignende anlegg med senere tillegglover

Ot. prp. nr.10 1956 lov om avgift på framføring av utøvende kunstners prestasjoner mv

Ot. prp. nr.26 1959-60 lov om opphavsrett til åndsverk

Innst. O.(Innstilling til Odelstinget) XI 1960-61 lov om opphavsrett til åndsverk

Innst. nr 1 1966 Innstillingen om omfanget av Norsk Rikskringkastings enerett

Ot. prp. nr 75 1969-70 Kringkasting

Ot. prp. nr. 67 1978-79 lov om kringkasting

NOU (Norges offentlige utredninger)1983:35 Endringer i åndsverkloven

NOU 1984:25 Nabolandsfjernsyn i kabel

Ot. prp. nr 80 1984-85 om nabolandsfjernsyn i kabel

NOU 1985:30 Betaling for sekundærbruk av utøvende kunstners prestasjoner

NOU 1985:6 Arbeidstakeres opphavsrett

NOU1986:18 Opphavsrett og edb

Ot. prp. nr 47 1986-87 lov om nærkringkasting

NOU 1987:16 Fotografiretten

NOU 1987:28 Billedkunst mv

NOU 1988:22 Endringer i Åndsverkloven

Ot. prp. nr 36 1988-89 om endringer i åndsverkloven i forbindelse ved innføring av tvangslisens

Ot. prp. nr 55 1988-89 om endringer i kringkastingsloven av 1980 (endringer i lov om nærkringkasting og endringer i lov om kabelsendinger)

Ot. prp. nr 33 1989-90 om lov om endringer i åndsverkloven (opphavsrett og edb)

Ot. prp. nr 55 1988-99 om lov om endringer i kringkastingsloven av 1980 osv

Ot. prp. nr 15 1994-95 om lov om endringer i åndsverkloven mm

Ot. prp. nr 4 1994-95 endringer istrafeloven mm

Ot. prp. nr 36 1994-95 lov om telekommunikasjon

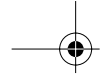
Ot. prp. nr 80 1996-97 lov om endringer i åndsverkloven

Ot. prp. nr 85 1997-98 gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

Stortingsmelding nr 46 1998-99 om Digitalt fjernsyn

NOU 1999:26 Konvergensutredningen

Ot. prp. nr 2, 1999-2000 om endringer som følge av tillegg til EØS-avtalens fjernsynsdirektiv



140 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

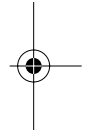
Ot. prp. nr 15 1999-2000 om lov om endringer i åndsverkloven og om lov om endringer i lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstners prestasjoner mv

6.2 Svenske forarbeider

SOU (Statens offentliga utredninger) 1956:25, Upphovsmannarrätt till litterära och konstnärliga verk
Sv. prp. (Propositionen) 1960:17

6.3 Danske forarbeider

Da. Utk.(Dansk Utkast) 1957, utkast til lov om opphavsrett
Bet. nr 962/ 1982 (Betenkning), dansk delinnstilling om «beskyttelse af kunstneriske præstasjoner»
Danske forarbeider FT (Folketingstidende)1994-95

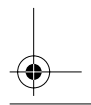
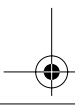


6.4 Norsk rettspraksis

Rt (Rettstidende) 1995, s. 304 Bellonadommen
Rt 1916, s. 648 farskapssak I
Rt 1921, s. 406 farsskapssak II
Rt 1991, s. 1296, Porno-videodommen
Rt 1970, s. 1172 Diskotekdommen
Rt 1995, s. 35 Smartkortdommen
Rt 1953, s. 633 Bedriftsmusikkdommen
Byrettsdom av 25. februar 1998, s. 15 om retten til innkopiering av efemære opptak
Voldgiftsdom avsagt 20. mars 1987, trykket i NIR (Nordisk Immaterielt Rättskydd) 1989, s. 369, om videresendingsbegrepet

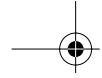
6.5 Svenske høyesterettsdommer

Högsta domstolens dom 2000-06-15, mål nr. B 413-00, MP3-fildommen
HD 10.12.86, Hotellromdommen
NJA (Nytt Juridisk Arkiv) 1980 s.123, om Tv-sendinger til hotellrom.
HRD 1987.69, Plateprøvingdommen
HD 21.12 1988, Puteradioddommen



6.6 Litteraturliste

- Andersen, Mads Bryde Ophavsret og den nye teknologi, NIR 1995 (artikkel)
- Bergstrøm, Svante Uteslutande rätt att förfoga över verket. Studier över upphovsmannarattens föremål och innehåll, Nordiska förlaget, Uppsala 1954
- Bing, Jon *Offentlige informasjonstjenester*, CompLex 6/94, TANO A.S 1994
- Bing, Jon *Rettslig aspekter av digital kringkasting*, CompLex 6/97, TANO Aschehoug A.S, Otta 1997
- Blume, Holdt, Nielsen og Riis *IT-rettlige emner*, 1. opplag 1998, Jurist- og Økonomforbundets forlag, Gentofte tryk 1998
- Dreier, Thomas Copyright digitized: *Philosophical impacts and practical implications for information exchange in digital networks*, WIPO, Harvard april 1993march 1993, s. 18 (artikkel)
- Einstabland, Nils Kristian *Kringkastingsbegrepet*, CompLex 2/92, TANO A.S 1992, Otta
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*, 4. utgave redigert av Jan E. Helgesen, TANO 1971, Otta
- Fleicher, Carl A. *Rettskilder og juridisk metode*, Ad Notam Gyldendal 1998, Gjøvik AS 1998
- Hammarén, Anna *Teaterregi och upphovsrett*, Norstedts Tryckeri AB, Stockholm 1997
- Karnell, Gunnar *Rätten til programinnholdet i TV*, Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlags AB, Trykt på Länstryckeriet Nyköping, 1970
- Karnov lovsamling *Karnov norsk kommentert lovsamling*; Oslo 1998
- Knoph, Ragnar *Åndsretten*, Nationaltrykkeriet, Oslo 1936
- Koktvedgaard, Mogens *Lærebog i immaterialret*, 4. udgave, 1. oplag, Narayana Press, Gylling 1996
- Koktvedgaard, Mogens *The Legal Protection of the Performing Artist in Nordic Copyright Law*, s.422, Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil;
- Weinheim (GRUR-Int.), BDR 1983
- Lassen, Birger Stuevold Avhandling om «*Utøvende kunstneres prestasjoner*»: manuskript og utkast, Oslo 1970
- Lassen, Birger Stuevold *Studiemateriale i opphavsrett og tilgrensende rettsområder*, Stensilserie nr 97, annen utgave, Hustrykkeriet, Juridisk fakultet, Oslo 1984
- Lilleholt, Kåre *Godtruerverv og kreditorvern*, Universitetsforlaget, Gjøvik Trykkeri A.S 1994
- Lund, Torben NIR 1954, *Om opphavsrettens grundbegreper*, «*Spredning- en overset opphavsrettlig funktion*» NIR 1954, s. 131 flg.



142 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett

Lund, Torben Ophavsret, *Kommenteret udgave af lovene af 31. maj 1961 om Ophavsretten til litterære og kunstneriske værker og Retten til fotografiske billeder*, G E C GADS forlag, København 1961

Rognstad, Ole-Andreas *Spredning av verkseksemplar*, Cappelen Akademiske forlag, Oslo 1999

Rothe, Bendt *Skuespillerkunst og Skuespillerrett*, Juristforbundets forlag, København 1980

Rothe, Bendt *Ophavsrettens stedbørn*, Jurist- og økonomforbundets forlag, Nørhaven A/S Viborg, 1980

Schønning, Peter «*Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer?*» 7.9.2000, trykket i Ugeskrift For Retsvæsen (artikel)

Schønning, Peter *Opphavsretsloven*, 1. udgave, 1. oplag, GAD JURA, København 1995

Selmer, Knut Lov og Rett 1995, s. 149 (artikel)

Selmer, Knut Lov og Rett 198, s. 552 (artikel)

Sijthoff Stray, Anne Lise *Opphavsretten*, Universitetsforlaget AS, Edgar Høgfelt A/S, Kristiansand 1989

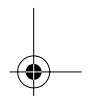
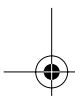
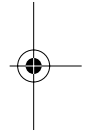
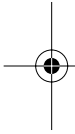
Steen, Therese *Eksemplarfremstilling av litterære verk til privat bruk*, CompLex 1/97, Strømholm, Stig Upphovrättens Verksbegrepp, Stockholm 1970 TANO- Aschehoug 1997

Tanums store rettskrivningsbok 8. udgave, Kunnskapsforlaget, AiT Norbok AS, Gjøvik 1998

Wagle/Ødegaard *Opphavsrett i en digital verden*, Cappelen Akademiske forlag, Valdres Trykkeri AS Fagernes 1997

Weincke, W *Ophavsret, reglerne baggrunden fremtiden*, G.E.C GADS- forlag, København 1976

White, Ron *How computers work*, Millenium Edition, que, A division of Macmillan Computer Publishing, USA; Indianapolis, 1999





TIDLIGERE UTGITT I COMPLEX-SERIEN

CompLex er Institutt for rettsinformatikk skriftserie. Serien startet i 1981, og det har blitt utgitt mer enn hundre titler. Bøkene i CompLex-serien kan bestilles fra GnistAkademika (se bestillingsskjema bak i boken eller www.gnist.no).

2002

- 1/02 Koblingshandel og forholdet til fysisk og teknologisk integrasjon i relasjon til EØS-avtalens art.54(d)
Ole Jacob GarderNOK 180,-
- 2/02 To opphavsrettslige arbeider:
Bjarte Aambø - Opphavsrettslige rettsmangler
Erlend Rignes Efskind - Skjermbildets rettslige natur
Aambø / Rignes EfskindNOK 201,-
- 3/02 Arbeidstakeroppfinnelser ved universiteter og høyskoler
ImmaterialrettsutvalgetNOK 213,-

2001

- 1/01 Internet and Choice-of-Law - The International Sale of Digitised Products through the Internet in a European Context
Peter Lenda.....NOK 275,-
- 2/01 Internet Domain Names and Trademarks
Tonje Røste Gulliksen.....NOK 227,-
- 3/01 Internasjonal jurisdiksjon ved elektronisk handel - med Lugano-konvensjonen art 5 (5) og elektroniske agenter som eksempel
Joakim S. T. ØrenNOK 204,-





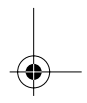
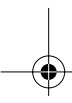
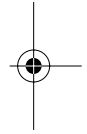
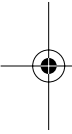
- 4/01 Legal issues of maritime virtual organisations
Emily M. Weitzenböck.....NOK 164.-
- 5/01 Cyberspace jurisdiction in the U.S. - The International Dimension of Due Process
Henrik Spang-HanssenNOK 685.-
- 6/01 Norwegian border control in a Europe without Internal Frontiers
– Implications for Data Protection and civil liberties
Stephen Kabera KaranjaNOK 252.-

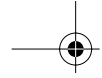
2000

- 1/00 Klassikervernet i norsk åndsrett
Anne Beth LangeNOK 268.-
- 2/00 Adgangen til å benytte personopplysninger. Med vekt på det opprinnelige behandlingsformålet som begrensningfaktor
Claude A. LenthNOK 248.-
- 3/00 Innsyn i personopplysninger i elektroniske markedsplasser.
Line Coll......NOK 148.-

1999

- 1/99 International regulation and protection of Internet domain and trademarks
Tonje Røste Gulliksen.....NOK 248.-
- 2/99 Betaling via Internett
Camilla Julie Wollan.....NOK 268.-
- 3/99 Internett og jurisdiksjon
Andreas Frølich Fuglesang & Georg Philip Krog.....NOK 198.-



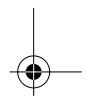
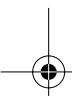
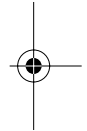


1998

- 1/98 Fotografiske verk og fotografiske bilder, åndsverkloven § 1 og § 43 a
Johan Krabbe-Knudsen NOK 198.-
- 2/98 Straffbar hacking, straffelovens § 145 annet ledd
Guru Wanda Wanvik NOK 238.-
- 3/98 Interconnection - the obligation to interconnect telecommunications
networks under EC law
Katinka Mahieu NOK 198.-

1997

- 1/97 Eksemplarfremstilling av litterære verk til privat bruk
Therese Steen NOK 158.-
- 2/97 Offentlige anskaffelser av informasjonsteknologi
Camilla Sivesind Tokvam NOK 175.-
- 3/97 Rettslige spørsmål knyttet til Oppgaveregisteret
Eiliv Berge Madsen NOK 170.-
- 4/97 Private pengespill på Internett
Halvor Manshaus NOK 160.-
- 5/97 Normative Structures in Natural and Artificial Systems
Christen Krogh NOK 255.-
- 6/97 Rettslige aspekter ved digital kringkasting
Jon Bing NOK 178.-
- 7/97 Elektronisk informasjonsansvar
Tomas Myrbostad NOK 148.-
- 8/97 Avtalelisens etter åndsverksloven § 36
Ingrid Mauritzen NOK 120.-

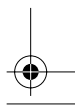
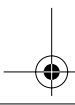
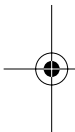




- 9/97 **Krav til systemer for forvaltning av immaterielle rettigheter**
Svein EngebretsenNOK 168.-
- 10/97 **American Telephony: 120 Years on the Road to Full-blown
Competition**
Jason A. HoidaNOK 140.-
- 11/97 **Rettslig vern av databaser**
Harald Chr Bjelke.....NOK 358.-

1996

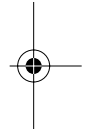
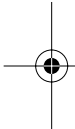
- 1/96: **Innsynsrett i elektronisk post i offentlig forvaltning**
Knut Magnar Aanestad og Tormod S. JohansenNOK 218.-
- 2/96 **Public Policy and Legal regulation of the Information Market in the
Digital Network Enviroment**
Stephen John SaxbyNOK 238.-
- 3/96 **Opplysning på spill**
Ellen Lange.....NOK 218.-
- 4/96 **Personvern og overføring av personopplysninger til utlandet**
Eva I. E. JarbekkNOK 198.-
- 5/96 **Fjernarbeid**
Henning JakbellnNOK 235.-
- 6/96 **A Legal Advisory System Concerning Electronic Data Interchange
within the European Community**
Andreas MitrakasNOK 128.-
- 7/96 **Elektronisk publisering: Utvalgte rettslige aspekter**
Jon Bing og Ole E. Tokvam.....NOK 186.-
- 8/96 **Fjernsynsovervåking og personvern**
Finn-Øyvind H. LangfjellNOK 138.-





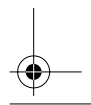
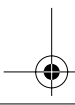
1995

- 1/95 **Rettslige konsekvenser av digitalisering: Rettighetsadministrasjon og redaktøransvar i digitale nett**
Jon Bing..... NOK 368.-
- 2/95 **Rettslige spørsmål i forbindelse med utvikling og bruk av standarder innen telekommunikasjon**
Sverre Sandvik NOK 178.-
- 3/95 **Legal Expert Systems: Discussion of Theoretical Assumptions**
Tina Smith NOK 278.-
- 4/95 **Personvern og straffeansvar - straffelovens § 390**
Ole Tokvam NOK 198.-
- 5/95 **Juridisk utredning om filmen «To mistenkelige personer»**
Johs. Andenæs NOK 138.-
- 6/95 **Public Administration and Information Technology**
Jon Bing and Dag Wiese Schartum NOK 348.-
- 7/95 **Law and Liberty in the Computer Age**
Vittorio Frosini NOK 158.-



1994

- 1/94 **Deon'94, Second International Workshop on Deontic Logic in Computer Science**
Andrew J. I. Jones & Mark Sergot (ed) NOK 358.-
- 2/94 **Film og videogramrett. TERESA (60)**
Beate Jacobsen NOK 318.-
- 3/94 **Elektronisk datutveksling i tollforvaltningen - Rettslige spørsmål knyttet til TVINN**
Rolf Risnæs..... NOK 225.-





- 4/94 Sykepenger og personvern - Noen problemstillinger knyttet til behandlingen av sykepenger i Infotrygd
Mari Bø Haugestad.....NOK 148.-
- 5/94 EØS, medier og offentlighet. TERESA (103)
Mads Andenæs, Rolf Høyér og Nils Risvand.....NOK 148.-
- 6/94 Offentlige informasjonstjenester: Rettslige aspekter
Jon Bing.....NOK148.-
- 7/94 Sattelittfjernsyn og norsk rett. MERETE (3) IV
Nils Eivind Risvand.....NOK 138.-
- 8/94 Videogram på forespørsel. MERETE (14) IV
Beate Jacobsen (red)NOK 158.-
- 9/94 «Reverse engineering» av datamaskinprogrammer. TERESA (92) IV
Bjørn BjerkeNOK 198.-
- 10/94 Skattemessig behandling av utgifter til anskaffelse av datamaskinprogrammer. TERESA (75)
Gjert Melsom.....NOK 198.-

1993

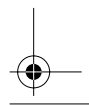
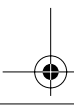
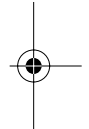
- 1/93 Artificial Intelligence and Law. Legal Philosophy and Legal Theory
Giovanni Sartor.....NOK 148.-
- 2/93 Erstatningsansvar for informasjonstjenester, særlig ved databaseydelser
Connie Smidt.....NOK 138.-
- 3/93 Personvern i digitale telenett
Ingvild Hanssen-Bauer.....NOK 178.-
- 4/93 Consumers Purchases through Telecommunications in Europe. - Application of private international law to cross-border contractual disputes
Joachim BennoNOK 198.-
- 5/93 Four essays on: Computers and Information Technology Law
Morten S. Hagedal.....NOK 218.-

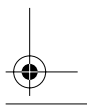
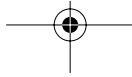
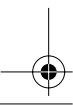
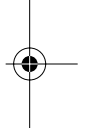
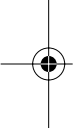
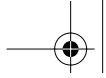


- 6/93 Sendetidsfordeling i nærradio MERETE (3) III
Marianne Rytter Evensen NOK 148.-
- 7/93 Essays on Law and Artificial Intelligence
Richard Susskind NOK 158.-

1992

- 1/92 Avskrivning av mikrodatamaskiner med tilbehør – en nordisk studie
TERESA (87)
Beate Hesseltvedt NOK 138.-
- 2/92 Kringkastingsbegrepet TERESA (78)
Nils Kr. Einstabland NOK 208.-
- 3/92 Rettskilderegistre i Helsedirektoratet NORIS (94) I & II
Maria Strøm NOK 228.-
- 4/92 Softwarepatent – Imaterialrettens enfant terrible. En redegjørelse for
patenteringen af softwarerelaterede opfindelser i amerikansk og
europæisk ret
Ditlev Schwanenfügel NOK 158.-
- 5/92 Abonnementskontrakter fro kabelfjernsyn TERESA (78II)
Lars Borchgrevink Grindal NOK 248.-
- 6/92 Implementing EDI - a proposal for regulatory form
Rolf Riisnæs NOK 118.-
- 7/92 Deponering av kildekode“escrow”-klausuler TERESA (79)
Morten S. Hagedal NOK 128.-
- 8/92 EDB i juridisk undervisning – med en reiserapport fra England og USA
Ola-Kristian Hoff NOK 228.-
- 9/92 Universiteters ansvar for bruk av datanett TERESA (94)
Jon Bing & Dag Elgesem NOK 198.-
- 10/92 Rettslige sider ved teletorg
Andreas Galtung NOK 148.-







BESTILLING

Jeg bestiller herved følgende Complex-utgivelser:

Nummer / årgang: _____
Tittel: _____

Nummer / årgang: _____
Tittel: _____

Nummer / årgang: _____
Tittel: _____

Nummer / årgang: _____
Tittel: _____

Nummer / årgang: _____
Tittel: _____

Navn: _____

Adresse: _____

Postadresse: _____

Telefon: _____

Bestillingsskjemaet sendes pr.post eller telefaks til:



Avd. juridisk litteratur Aulabygningen
Karl Johansgt. 47, 0162 Oslo
Telefon: 22 42 54 50
Telefaks: 22 41 17 08

Complex kan også bestilles via nettbokhandelen www.gnist.no



