

# Konsumpsjon og digitale overføringer

## Et forslag til en alternativ løsningsmodell

PROFESSOR, DR.JURIS  
*Ole-Andreas Rognstad*  
*Universitetet i Oslo*

### 1. Innledning

I 1970 utga Mogens Koktvedgaard artikkelen »Konsumptionsprincippet indenfor immaterialretten« – en oversiktsartikkel som med forbilledlig klarhet over noen få sider sammenfattete et stort og komplekst tema som på den tid mildt sagt var lite påaktet i Norden.<sup>1</sup> Når temaet kanskje er det emne innenfor immaterialretten som har fått størst oppmerksomhet i nordisk rettslitteratur i de drøyt 30 år som har gått siden da,<sup>2</sup> sier det mye om Mogens

1. Mogens Koktvedgaard: Konsumptionsprincippet indenfor immaterialretten, Tidsskrift utgivet af Juridiska Föreningen i Finland (JFT) 1970 s. 227.
2. For rene monografier om emnet, se Peter Blok: Patentrettens konsumtionsprincip, København 1974; Ole-Andreas Rognstad: Spredning av verkseksemplar. Om konsumpsjon av rettigheter i eksemplar av venede åndsverk, Oslo 1999; Hans Henrik Lidgard: Parallellhandel. Konsumtion av immaterialrett i Europa och USA, Stockholm 2002. Konsumpsjonsprincippet er videre inngående behandlet i Lars Pehrson: EG och immaterialretten. Gemenskapsrättens inverkan på nationell immaterialrett, Stockholm 1985 s. 30–92; Marianne Levin: Noveller i varumärkesrett, Stockholm 1990 s. 105–157; Jens Schovsbo: Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, København 1996 s. 81–162; Jens Schovsbo: Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten, København 2001 s. 145–254. I tillegg finnes til dels inngående drøftelser i lærebøker og andre monografier om de enkelte immaterialrettsdisipliner, samt tallrike artikler om forskjellige aspekter ved konsumpsjon og parallellimport.

Koktvedgaards forutseenhet og innflytelse på sin og senere generasjoners immaterialrettsjurister. Samtidig har Koktvedgaard nettopp vært opptatt av at rettsvitenskapen innenfor immaterialrettsområdet skal se fremover og således oppholde seg ved fremtidens – og ikke fortidens – problemer. På denne bakgrunn passer det godt i denne sammenheng å ta opp problemer knyttet til konsumpsjonsprinsippets anvendelse ved digital overføring av beskyttet materiale fra en avsender til en mottaker.

Problemet er i og for seg ikke *nytt*, idet det ble berørt i norske lovforarbeider allerede midt på 1980-tallet,<sup>3</sup> og har vært gjenstand for oppmerksomhet i rettslitteraturen siden fremveksten av Internett et knapt tiår senere. Men den stadige teknologiske utvikling tilsier at problemet fortsatt vil ha stor aktualitet, selv om det kan hevdes å ha funnet sin (foreløpige) løsning iallfall på europeisk nivå gjennom direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet fra 2001.<sup>4</sup> Når temaet fortsatt diskuteres, skyldes det at rekkevidden av direktivets løsning kan hevdes å være uklar, samtidig som det stilles spørsmålsteget ved berettigelsen og hensiktsmessigheten av den.<sup>5</sup>

Før jeg går nærmere inn i problemstillingen skal konsumpsjonsprinsippets innhold og tilkomst kort rekapituleres. I nordisk immaterialrettsterminologi er betegnelsen »konsumpsjon« benyttet om de regler som innebærer, at når en vare lovlig er solgt eller på annen måte bragt i omsetning, kan innehavere av immaterialrettigheter ikke påberope seg sine rettigheter for å hindre dens videreomsetning: Rettighetene *konsumeres* gjennom første gangs omsetning. Dette er en regel eller et prinsipp som gjenfinnes over hele immaterialretten, jf. for norsk retts vedkommende åndsverklovens (åvl.) §§ 19, 20, 42 og 45 (opphavsretten og nærstående rettigheter), patentlovens § 3.3 (patentretten), mønsterlovens § 5 (forslag til ny designlovs § 12), samt en ulovfestet regel på vare-

3. Jf. NOU 1986:18 s. 19–20. Se også Ot. prp. nr. 33 (1989–90) s. 25–26 og Ot. prp. nr. 15 (1994–95) s. 123.
4. Jf. Rdir. 29/2001/EF art. 3(3) og fortalens punkt 29, jf. nærmere nedenfor under punkt 2.
5. Se f.eks. Bernhard Knies: Erschöpfung Online? Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2002 s. 314.

merkeområdet, som ventes som § 6 inntatt i varemerkeloven ved den nært forestående lovrevisjon. Rettsfiguren og betegnelsen konsumpsjon stammer fra tysk rett (jf. Josef Kohlers »Erschöpfungslehre«),<sup>6</sup> men prinsippet om at kjøperen av en vare skal kunne råde over den uten innblanding fra immaterialrettsinnehaveren, er grunnleggende forankret i de fleste rettssystemer.

Det finnes imidlertid andre måter å løse – og begrunne – en slik regel på enn at rettighetene konsumeres gjennom første gangs omsetning. Én velkjent måte, som man særlig finner spor av i anglo-amerikansk immaterialrett, er prinsippet om *stilltiende lisens* (*implied license*), som bygger på synspunktet om at rettighetshaveren gjennom første gangs salg underforstått har gitt kjøperen tillatelse (lisens) til å råde over varen.<sup>7</sup> Liknende synspunkter kan man finne i forarbeidene til den norske åndsverkloven når det hevdes at det følger av alminnelige avtalerettslige og tingsrettslige prinsipper at eksemplareieren kan videreovedra eksemplaret.<sup>8</sup> Videre har man i fransk og belgisk rett hatt et prinsipp om *droit de destination*, som innebærer at rettighetshaveren kan bestemme varens (eksemplarets) videre skjebne, og motsatt – at eksemplareieren fritt kan råde over det i den grad en slik bestemmelse ikke er foretatt. Endelig kan det tenkes, at rettighetshaverens rett i eksemplaret begrenses av regler utenfor immaterialretten, f.eks. konkurransebegrensningsregler, eller for den saks skyld regler om eiendomsrett til ting.

Når problemstillingen i det følgende gjelder konsumpsjonsprinsippets anvendelse ved digitale overføringer, bør det advares mot forestillingen om et generelt immaterialrettslig prinsipp med et enhetlig innhold. I tysk rett var det en periode sterke tendenser til, både i rettspraksis og i rettslitteraturen, å trekke materielle slutninger fra konsumpsjonsmetaforen (eller på tysk: Erschöpfung, som direkte oversatt betyr »uttømming«). Resultatet var en allmenn konsumpsjonslære (»die allgemeine Erschöpfungslehre«), som kort fortalt bygget på den tanke at imma-

6. Se nærmere Rognstad (op. cit. note 2) s. 37-40. Se også Schovsbo 2001 (op. cit. note 2) s. 147 flg. og Lidgard (op. cit. note 2) s. 39 flg.

7. Se nærmere særlig Schovsbo 2001 (op. cit. note 2) s. 164 flg.

8. Jf. Ot. prp. nr. 26 (1959-60) s. 19 og NOU 1983:35 s. 61. Se nærmere Rognstad (op. cit. note 2) s. 109-111 og s. 123-128.

terialrettigheter forbrukes ved første gangs utnyttelse. Læren medførte blant annet, at Bundesgerichtshof i et par dommer kom til at opphavsmannens enerett til fjernsynssendinger ble konsumert ved første gangs utsendelse, slik at mottakere som på grunn av dårlige sendeforhold ikke fikk inn fjernsynssendinger slapp å betale nytt vederlag når sendingene ble videresendt via kabel.<sup>9</sup> Den allmenne konsumpsjonslæren ble møtt med nokså kraftig kritikk i rettslitteraturen, der det ble påpekt at betegnelsen konsumpsjon kun var en billedlig omskriving av regelen om at opphavsmannens spredningsrett kun gjaldt første gangs omsetning av åndsverkseksemplaret, og at denne betegnelse ikke kunne benyttes som *begrunnelse* for avgrensning av andre rettigheter.<sup>10</sup> Et slikt standpunkt stemmer overens med *Koktvedgaard*s observasjon om at det er »uden videre klart at et konsumptionsprincipp som sådan ikke kan begrunde eller forklare noget som helst«. Ifølge *Koktvedgaard* er »[p]rincippet blot en terminologisk rekvirit«, samtidig som »konsumtionsterminologien ... ofte [er] en hensigtsmæssig beskrivelse af problemstillingen og dens løsning«.<sup>11</sup>

Denne observasjon er etter min oppfatning treffende. Selv om et konsumpsjonsprincipp med det innhold som er beskrevet ovenfor finnes innenfor hele immaterialretten, er det sterkt positivt regulert innenfor hver enkelt disiplin med til dels store ulikheter i de enkelte detaljer. Begrunnelsen for konsumpsjonsprincippet er også ulik avhengig av hvilke rettigheter det er tale om. I tillegg er selv setningen om at rettighetene i den enkelte vare eller eksemplar konsumeres ved første gangs omsetning, stadig gjenstand for atskillige modifikasjoner innenfor samtlige immaterialrettigheter. Noen allmenn konsumpsjonslære har på denne bakgrunn aldri eksistert i nordisk rett, og den må også sies å være på retur i Tyskland. Ut fra betraktninger om at rettslige beteg-

9. Jf. Kabelfernsehen-dom I og II, GRUR 1981 s. 413 og GRUR 1988 s. 206. Se nærmere Rognstad (op. cit. note 2) s. 148-151.

10. Jf. Ulrich Joos: Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrecht mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz, München 1991 s. 250.

11. Jf. *Koktvedgaard* (op. cit. note 1) s. 227 på s. 228.

elser bør forbeholdes noenlunde like tilfeller, er det videre hensiktsmessig å reservere uttrykket »konsumpsjon« for spesielle tilfeller av immaterialrettslige avgrensingsregler. Utgangspunktet bør i så henseende være at konsumpsjonsregler rent terminologisk betegner regler som bestemmer at rettigheter knyttet til varer eller eksemplar »konsumeres« ved første gangs omsetning e.l.<sup>12</sup> Motsetningen er å betegne alle immaterialrettslige avgrensingsregler som »konsumpsjonsregler«. I tillegg til at dette rent språklig faller lite naturlig og slik sett har liten mening, bryter det med en nokså festnet bruk av uttrykket internasjonalt, og kan derfor skape forvirring.<sup>13</sup>

De her nevnte forhold danner en viktig bakgrunn for diskusjonen om hvorvidt, og i hvilken utstrekning, det gjelder – eller bør gjelde – et »konsumpsjonsprinsipp« ved digitale overføringer. Dette problem kan i sin tur spaltes opp i to: For det første er det et spørsmål om hva man kan gjøre med fysiske eksemplar som fremstilles lokalt, f.eks. i form av papirutskrifter eller »hjemmebrente« CD'er/DVD'er, av materiale som på en eller annen måte er overført fra en annen datamaskin. For det andre oppstår spørsmål om adgangen til å gjøre det overførte materiale tilgjengelig for andre gjennom digitale overføringer, f.eks. ved å legge det ut på egen webside, videresende det som vedlegg til e-post eller på annen måte videreoverføre det til andre. I første rekke er dette *opphavsrettslige* problemstillinger, idet det materiale som overføres i digitale nettverk ofte vil inneholde åndsverk eller arbeid/prestasjoner omfattet av nærstående rettigheter. Det er imidlertid godt mulig at også andre immaterialrettigheter kan berøres, f.eks. varemerkeretten når Microsoft programvare leveres over Internett. Ettersom dataprogrammer også i en viss utstrekning kan ha patentrettslig vern, er det ikke utenkelig at spørsmål knyttet til det patentrettslige konsumpsjonsprinsipp

12. Se nærmere Rognstad (op. cit. note 2) s. 157–163.

13. Se Ulrich Joos' kritikk av tendensene i tysk og sveitsisk litteratur til en slik terminologi, jf. Joos (op. cit. note 10) s. 82. I nordisk rettslitteratur har Mads Bryde Andersen brukt uttrykket konsumpsjon om bestemmelsen i ophavsretslovens § 21, om at et utgitt verk kan fremføres offentlig ved tilstelninger der fremføringen ikke er det vesentlige og publikum har adgang uten betaling (jf. også åvl. § 21), jf. Mads Bryde Andersen: IT-retten, København 2001 s. 322. Jeg mener uttrykket bør unngås i den sammenheng.

kan oppstå i helt spesielle tilfeller. I det følgende vil jeg konsentrere meg om de opphavsrettslige problemstillinger siden de er de mest praktiske i sammenhengen.

## 2. Den rettslige regulering – utgangspunkter

EF-direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet (også kalt »infosoc-direktivet«) er det naturlige utgangspunkt for rettsstillingen i de nordiske land, og EF-/EØS-landene for øvrig. I Norden er direktivet i skrivende stund gjennomført i Danmark, mens det i Finland foreligger en proposisjon. I Norge og Sverige foreligger fortsatt ingen lovforslag. Ettersom samtlige nordiske lover vil bli tilpasset direktivet, er det imidlertid hensiktsmessig å ta utgangspunkt i dette, ikke minst fordi meningen her er å se fremover.

I henhold til det nevnte opphavsrettsdirektivets art. 3(1) skal opphavsmannen ha en enerett til »communication to the public, by wire and wireless means«. Denne retten inkluderer såkalte »on demand-overføringer«, dvs. »the making available to the public of their works in such a way that the members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them«, men er ikke begrenset til slike: Den må antas å dekke alle former for digitale overføringer, herunder tilrådighetsstillelse for slik overføring, av åndsverk. Utøvende kunstnere, fonogram-, og filmprodusenter samt kringkastingsforetak skal på sin side kun ha en enerett til »on demand-overføringer«, jf. art. 3(2).

I art. 3(3) reguleres spørsmålet om rettighetene etter art. 3(1) og art. 3(2) kan »konsumeres«. Svaret er tilsynelatende negativt: »The rights ... shall not be exhausted by any communication to the public or making available to the public as set out in this article«. Tatt på ordet innebærer dette at første gangs overføring av verket ikke konsumerer rettighetene til videreoverføring i digitale nettverk. Hvilke nærmere konsekvenser man kan slutte av dette, skal diskuteres nedenfor i punkt 4 og 5.

Kontrasten til art. 3 finnes i regelen om »the distribution right« (spredningsretten) i direktivets art. 4: På den ene side er det i art. 4(1) fastslått at opphavsmannen skal ha enerett »in respect of the

original or copies of the work ... to authorize or prohibit any form of distribution to the public by sale or otherwise«. På den annen side bestemmes det at »the distribution right shall not be exhausted ... except where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent«, jf. art. 4(2). Med andre ord: Spredningsretten skal konsumeres ved første gangs lovlige salg innen Fellesskapet.<sup>14</sup> Samtidig indikerer sammenhengen mellom art. 3 og art. 4, at spredningsretten kun gjelder omsetning av eksemplar festet til et fysisk medium (fysiske eksemplar).<sup>15</sup> Digitale overføringer reguleres av art. 3 enten overføringen innebærer nedlasting av elektroniske eksemplar eller ikke.

Den rettstilstand som direktivet her foreskriver *krever* knapt nok endringer i nordiske opphavsrettsregler, når vi ser bort fra regelen om de nærstående rettigheter i art. 3(2), som er en nyvinning. Det har vært en utbredt, om ikke helt enstemmig, oppfatning i de nordiske land at digitale overføringer, herunder ondemand-situasjonene, må anses som *fremføring* i henhold til lovenes § 2 tredje ledd, og at *spredningsretten* er forbeholdt fysiske eksemplar.<sup>16</sup> Konsekvensen av en slik oppfatning er at konsumpsjonsregelen i § 19 kun gjelder fysiske eksemplar, og ikke får

14. En tilsvarende regel for nærstående rettigheter finnes i det såkalte utleie/utlånsdirektivet, R.dir. 92/100 art. 9. Eneretten til *utleie* skal imidlertid ikke være gjenstand for konsumpsjon, verken for de »egentlige opphavsrettigheter« eller de nærstående rettigheters del, jf. utleie/utlånsdirektivets art. 1.
15. I de såkalte »agreed statements« til WIPO Copyright Treaty (WCT) og WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), som opphavsrettsdirektivet gjennomfører, er det uttrykkelig sagt at spredningsretten (the distribution right) bare omfatter »fixed copies that can be put into circulation as tangible objects«.
16. I *rettspraksis* er denne oppfatning kommet til uttrykk i mp3-dommen fra den svenske Högsta Domstolen, NJA 2000 s. 252 (Tommy Olsson), samt i den danske Vestre Landsrets dom i UfR 2001 s. 1562 (Dyplinking), og for norsk retts vedkommende i en nylig avsagt dom fra Sør-Gudbrandsdal tingrett av 22. januar 2003 (Napster.no). I alle disse dommene konkluderes det med at *hyperlinking* til opphavsrettsbeskyttet materiale må anses som *fremføring*, eller iallfall sidestilles med dette (jf. den danske dom). Til grunn for denne rettsoppfatning ligger nødvendigvis at også selve overføringen av materialet må anses som fremføring, og ikke spredning. I en viss motsetning til dette, har den *finske* Högsta Domstolen imidlertid i en dom fra 1999 (HD 1999:115) fastslått at det å stille dataprogrammer til rådighet for allmennheten i en elektronisk postkasse var å anse som *spredning*.

anvendelse på digital videreoverføring.<sup>17</sup> Oppfatningen gjenspeiles nå i den danske gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet. I ohl. § 2 fjerde ledd sies det uttrykkelig, at »trådbunden eller trådløs overføring af værker til almenheden« er å anse som offentlig fremføring.<sup>18</sup> Videre har man i Danmark helt fjernet bestemmelsen om at *visningsretten* ikke konsumeres for eksemplarer av kunstverk som vises i fjernsyn eller på film (ohl. ex § 20 annet ledd første punktum). Dette innebærer ingen endring i rettstilstanden, men er snarere uttrykk for en konsekvent holdning til at også selve visningsbegrepet kun omfatter visning av fysiske eksemplarer.<sup>19</sup> For øvrig er det bare de før nevnte reglene om de nærstående rettigheter, som er endret på de relevante punkter.

De rettslige utgangspunkter som her er skissert angår spørsmålet om adgangen til digital videreoverføring (og fremvisning) av åndsverk, dvs. den andre av de to problemstillinger jeg her tar opp. Derimot fremgår det verken av direktivets art. 3 eller art. 4 hvordan problemet med fysiske eksemplarer som er fremstilt lokalt på grunnlag av en online-overføring skal håndteres. Overdragelse av slike eksemplarer vil være *spredning* i art. 4s forstand. Men det er likevel ikke gitt at reglene om spredningsrettens *konsumpsjon* skal gjelde i disse tilfellene. I direktivet er det snarere holdpunkter for det motsatte. I fortalens punkt 29 uttales det på bred basis, at konsumpsjon ikke er relevant i forbindelse med tjenester, herunder online-tjenester. I forlengelsen av dette presiseres det at dette også gjelder med hensyn til »a material copy of a work or other subject-matter made by a user of such a service with the

17. Derimot omfattes *utleieretten* ikke av regelen om spredningsrettens konsumpsjon, jf. de nordiske opphavsrettslovers § 19 annet ledd. Se ovenfor i note 14.

18. I *Finland* har man gått inn for en annen løsning, ved på den ene side å innføre »overføring til allmennheten« (communication to the public) som en egen kategori å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten på, mens man på den annen side innskrenker fremføringsbegrepet ved kun å la det omfatte den situasjon at verket »framförs offentlig till en vid framförandet närvarande publik« (livefremføringer). Foreløpige opplysninger om lovrevisjonsarbeidet i Norge og Sverige tyder på at man i Norge vil velge den »danske« løsning, mens Sverige på dette punkt vil gjennomføre direktivet på tilsvarende måte som i Finland.

19. Jf. lovforslag til Folketinget nr. L 19 (2002-03) s. 24.



consent of a right holder«. <sup>20</sup> Denne uttalelsen står i en viss kontrast til uttalelser i forarbeider til tidligere revisjoner av den norske åndsverkløven, der det er lagt til grunn at regelen om spredningsrettens konsumpsjon i åvl. § 19 »vil gjelde på samme måte for eksemplarer som fremstilles lokalt gjennom tilknytning til et databasert informasjonssystem som formidler verket«. <sup>21</sup> I forarbeidene til den danske gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet presiseres det i tilknytning til fortalens pkt. 29, at det ikke inntreer »konsumtion f.s.v. angår eksemplarer, der med rettighets-haverens samtykke er fremstillet af en bruger af en online-tjeneste, fx en kopi af en database på internettet; her beror adgangen til at sprede eksemplaret til almenheden på aftalen mellem rettighets-haveren og brukeren«. Dette hevdes samtidig å svare til allerede gjeldende dansk rett. <sup>22</sup> Her ser man spor av en noe ulik rettsoppfatning i Norge og Danmark. Hvilke nærmere implikasjoner de ulike holdninger til spørsmålet må antas å ha i lys av opphavsrettsdirektivet, skal drøftes nærmere i punkt 4 og 5 nedenfor.

### 3. Omsetning av fysiske eksemplarer ctra. online-overføringer. Forskjeller og likheter

Utgangspunktet etter opphavsrettsdirektivet er altså at konsumpsjon ikke inntreer ved digitale overføringer. Reguleringen, og virkningene, av den situasjon at et verk overføres digitalt fra opphavsmannen eller andre berettigede til en mottaker, er altså grunnleggende forskjellig fra det tilfellet der fysiske eksemplarer overdras fra en hånd til en annen. For å forstå dette må man sammenlikne disse situasjoner, og se på forskjeller og likheter mellom dem. Samtidig kan de eventuelle likheter anføres som argumenter for å avdempe konsekvensene av den ulike rettslige regulering.

En grunnleggende forskjell mellom digitale overføringer og spredning av fysiske eksemplarer, er at avgiveren – eller formid-

20. Jf. også databasedirektivets (R.dir. 96/9) fortale pkt. 33.

21. Jf. Ot. prp. nr. 15 (1994–95) s. 123.

22. Jf. lovforslag til Folketinget 2002-03 nr. L 19 s. 24.

leren – av åndsverket i den sistnevnte situasjon *avgir rådighet* over det *eksemplar* han besitter. Ved digitale overføringer derimot er det kun tale om overføring av *data*, hvilket innebærer at avgiveren normalt beholder sin verkstilgang uforandret. I nær tilknytning til dette er verkstilgangen ved fysiske eksemplarer knyttet til en *bærer* med en bestemt økonomisk verdi. Videreomsetning av eksemplarene innebærer slik sett, at man kvitter seg med de enkelte *bærere* av åndsverket som man selv har kjøpt eller fått. Situasjonen vil kunne være helt annerledes ved digitale overføringer, der verkstilgangen ikke er knyttet til noen fysisk bærer. Her er det i større grad den avtalte bruk som bestemmer verkstilgangens økonomiske verdi, samtidig som potensialet for videreformidling er langt større; ettersom man ikke er bundet til et antall bærere, kan man i prinsippet et utall ganger videreformidle verket til et ukjent antall mottakere over hele verden via Internett eller andre digitale nettverk.

Ulikhetene kommer særlig på spissen under følgende to forutsetninger: 1) Videre selgeren av fysiske eksemplarer har ingen annen tilgang på verket enn gjennom de fysiske eksemplarer han omsetter. 2) Det er ingen teknologiske hindringer, i form av krypteringsteknologi og andre tekniske beskyttelsestiltak, i veien for videreformidling av det verk man har fått tilgang til ved digital overføring. Under disse forutsetninger vil det, iallfall fra et rent økonomisk synspunkt, spille mindre rolle for rettighetshaveren *hvem* som besitter det fysiske eksemplar. Ved den lovlige omsetningen av eksemplaret har rettighetshaveren *fått* betaling for bruken av det, og kjøperens videreoverdragelse vil bare konkurrere med hans egen omsetning i mer spesielle tilfeller, som ved parallellimport og der brukte eksemplarer av forbrukerne anses som fullgodt alternativ til nye (som f.eks. skolebøker).<sup>23</sup> Rettighetshaveren vil derimot ha en helt annen interesse i å kontrollere digital videreformidling av verk, både fordi viderefor-

23. Argumentet slår imidlertid ikke til for så vidt gjelder retten til *utleie*, jf. EF-domstolens dom i sak 158/86, Sml. 1988 s. 2605 (Warner Brothers), der domstolen uttalte at det ikke er »muligt at sikre ophavsmænd til film et vederlag, som står i forhold til det faktiske antal udlejninger, og som sikrer disse ophavsmænd en tilfredsstillende del af udlejningsmarkedet« (premiss 15).

midleren beholder sin verkstilgang og på grunn av potensialet for utbredelsen av verket uten at rettighetshaveren kompenseres.

I virkelighetens verden er bildet imidlertid mer komplisert. På den ene side taper ikke selgeren av fysiske eksemplar nødvendigvis sin (lovlige) verkstilgang. Gjennom retten til eksemplarfremstilling til privat bruk kan han fremstille og beholde »enkelte eksemplar« av verket, selv om han videreselger selve de eksemplarer han har kjøpt, jf. åvl. § 12.<sup>24</sup> Samtidig vil slike kopier, nettopp på grunn av den digitale teknologi, kunne være av like god kvalitet som »originalene«. Hovedregelen er likevel at fysiske eksemplar som er solgt med opphavsmannens samtykke kan videreselges, jf. åvl. § 19, og opphavsrettsdirektivet krever ingen endring på dette punkt. På den annen side kan rettighetshaverne gjennom tekniske beskyttelsestiltak hindre eller begrense den digitale videreformidling av verket. Tekniske beskyttelsesmekanismer kan imidlertid også benyttes for å hindre eller begrense verkstilgangen for kjøpere av fysiske (digitale) eksemplarer, noe som kan påvirke den faktiske videreomsetning av slike. Disse forhold reduserer i noen grad forskjellene mellom omsetning av fysiske eksemplar og digitale overføringer av åndsverk.

Noen situasjoner ved digitale overføringer vil til og med kunne være så like (lovlig) omsetning av fysiske eksemplarer, at det vanskelig kan sees noen grunner til at de *i resultatet* skal behandles forskjellig. Én slik situasjon er der online-levering av åndsverk fremstår som et rent alternativ til levering av fysiske eksemplarer. I stedet for å gå i en dataforretning og kjøpe CD-plater med dataprogrammer, leveres programmet på nettet på samme vilkår. Det innebærer blant annet at det kan fremstilles det nødvendig antall kopier for at mottakeren skal kunne nyttiggjøre seg programmet, herunder sikkerhetskopier. Tilsvarende er tilfellet med »virtuelle musikk eller filmforretninger«, som en bruker kopler seg opp til, for – mot betaling – å laste ned musikk eller film på en CD- eller DVD-plate i stedet for å kjøpe selve platene over disk. Det kan med rette hevdes at det neppe er noen grunn til å forskjells-

24. Dette er litt annerledes i dansk rett, der det kun er tillatt å fremstille enkelte eksemplarer i digital form til *personlig bruk*, jf. ohl. § 12 annet ledd litra e), hvilket gir en snevrere adgang til eksemplarfremstilling enn etter norsk rett.

behandle disse situasjonene med hensyn til adgangen til å *viderespre fysiske eksemplarer*. I begge situasjoner vil den belønningstanke som ligger til grunn for konsumpsjonsregelen – at rettighetshaveren gjennom omsetningen av eksemplaret har fått tilstrekkelig kompensasjon for den verksutnyttelse som eksemplaret representerer – gjøre seg gjeldende på samme måte. Med andre ord: På samme måte som det eksemplar man har kjøpt over disk kan viderespres til allmennheten, bør man kunne omsette eksemplarer man i en helt tilsvarende situasjon har fremstilt (og betalt for) på grunnlag av en online-tilknytning.

Spørsmålet er videre om det er grunn til å forskjellsbehandle viderespredning av kjøpte eksemplarer og *digital videreformidling* av verket i situasjoner der det er mulig å individualisere det *antall* mottakere som kan tilegne seg verket. Også her kan man ta utgangspunkt i den virtuelle platebutikk. I stedet for å kjøpe et CD-album i butikken, laster man det ned på datamaskinen mot et vederlag. Samtidig gjør krypteringsteknikker eller andre beskyttelsesmekanismer det mulig for mottakeren kun å videreoverføre albumet digitalt over nettet til én annen person, mens man f.eks. kan ta én kopi til personlig bruk. Igjen kan det hevdes at likheten med spredning av fysiske eksemplarer og belønningstanken tilsier en lik rettslig behandling.<sup>25</sup> Riktignok ligger det også andre hensyn enn belønningshensynet til grunn for regelen om spredningsrettens konsumpsjon, som ikke gjør seg gjeldende på samme måte ved digitale overføringer, blant annet tingsrettslige hensyn om at en eier skal kunne råde over sine ting, samt konkurranserettslige hensyn om å unngå markedsdeling over landegrensene. Men så lenge de *økonomiske konsekvenser* for *rettighetshaver* og *bruker* vil være tilnærmet like,<sup>26</sup> er det liten grunn til å behandle ren eksemplarformidling over nettet annerledes enn spredning av fysiske eksemplarer.

25. Jf. Bryde Andersen (op. cit. note 13) s. 317, som likestiller den situasjon at verket overdras uten medium, men på den måte at erververen får en kode, et lisensnummer eller en annen innretning, med spredning av fysiske eksemplarer: »I mangel af modstående aftale må det antages, at den person der har rådighed over det pågældende nummer, er retmæssig bruger af programmet og kan effektuere en overdragelse af det ved at give licensnummeret videre (og herefter destruere det eller i hvert fald effektivt ophøre med brugen af det)«.

26. Se nærmere nedenfor i petitavsnittet under punkt 4.

Følgende observasjoner kan med dette gjøres: Digitale overføringer og spredning av fysiske eksemplarer er i prinsippet, og sin »rene form«, vesensforskjellige måter å gi tilgang til åndsverk på. Dette forklarer, og forsvaret, prinsipielt den ulike rettslige klassifisering og regulering. Samtidig omfatter digitale overføringer en såpass uensartet gruppe handlinger, at det vil kunne finnes situasjoner som oppviser store faktiske likheter med omsetning av fysiske eksemplarer. Det er viktig at rettsreglene er fleksible nok til å fange opp både forskjellene og likhetene, slik at man unngår ulik behandling av like tilfeller så vel som lik behandling av ulike situasjoner. Hvorvidt de *har* den nødvendige fleksibilitet, skal analyseres nærmere i det følgende.

#### 4. Muligheten for et (begrenset) konsumpsjonsprinsipp ved online-overføringer

Tilsynelatende er det liten fleksibilitet å spore i opphavsrettsdirektivets regulering av digitale overføringer. I tillegg til art. 3(3), som fastslår at eneretten til digitale overføringer ikke skal konsumeres ved slike overføringer, samt uttalelsen i fortalens punkt 29 som slår fast at konsumpsjon heller ikke skal gjelde med hensyn til fysiske kopier som brukeren av »online-tjenester« har fremstilt med rettighetshaverens samtykke, uttales det på samme sted: »Unlike CD-ROM or CD-I, where the intellectual property is incorporated in a material medium, namely an item of goods, every on-line service is in fact an act which should be subject to authorisation where the copyright or related right so provides«. <sup>27</sup>

27. Holdningen har sammenheng med det EF-rettslige skillet mellom varer og tjenester, jf. EF-domstolens dom i sak 62/79, Sml. 1980 s. 883 (Coditel I). I den saken ble det fastslått at det konsumpsjonsprinsipp EF-domstolen har utviklet på grunnlag av reglene om frie varebevegelser (EF-traktatens art. 28-30), ikke gjaldt for retten til videretransmisjon av fjernsynssendinger på grunnlag av retten til fri tjenestetying (EF-traktatens art. 49). Domstolen la til grunn at en offentlig fremføring av en film kunne »gentages i det uendelige«, og at »de problemer, som respekten for opphavsretten innebærer i forhold til traktatens krav, ikke [er] de samme som som dem, der vedrører litterære og kunstneriske værker, som gøres tilgjengelige for offentligheten sammen med udbredelsen af værkets materielle bærer, således som der er tilfældet med bøger og grammofonplader.« I så hen-

Samlet gir dette et klart inntrykk av at enhver formidling til allmennheten av opphavsrettsbeskyttet materiale som man har fått tilgang på gjennom digitale overføringer, krever rettighets-haverens samtykke.

I rettslitteraturen har det likevel vært tatt til orde for at situasjoner som for alle praktiske formål likner fysisk eksemplarspredning må likestilles med dette, på tross av direktivets regulering. Dels har det vært tatt til orde for at slike situasjoner følger reglene om eksemplarspredning *direkte*.<sup>28</sup> Dels har det – særlig i tysk rettslitteratur – vært argumentert for en analogisk anvendelse, spesielt i de situasjoner der fremstilling av fysiske eksemplar på grunnlag av en online-tjeneste, fremstår som et rent alternativ til konvensjonell eksemplarspredning.<sup>29</sup> I relasjon til adgangen til digital videreformidling, har til og med den sterkt kritiserte »allmenne konsumpsjonslæren« på ny vært opppe til diskusjon.<sup>30</sup>

Som det fremgår av diskusjonen ovenfor i punkt 3, er jeg enig i at visse situasjoner har så sterke likhetstrekk med fysisk eksemplaromsetning at en ulik rettslig behandling fremstår som uberettiget. Men lik rettslig behandling er ikke ensbetydende med at man anvender de samme regler – eller for den saks skyld direkte analogier. Det er spørsmål om den rettsfigur som knytter seg til *overdragelse* (besittelsesoverføring) av en *fysisk bærer* av et

seende la EF-domstolen vekt på problemene med å beregne et vederlag ved første fjernsynsoverføring som dekker all videreoverføring av filmen. Under arbeidet med opphavsrettsdirektivet henviste således EU-kommisjonen til at online-overføringer er å anse som tjenester, og således ikke gjenstand for konsumpsjon, jf. COM (95) 382 final s. 45-48; COM (96) 568 final s. 17-18; COM (97) 628 final s. 27 og COM (99) 250 s. 15. Se nærmere Jens Gaster: Die Erschöpfungsproblematik aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, GRUR Int. 2000 s. 571 på s. 580-581.

28. Jf. Bryde Andersen (op. cit. note 13) s. 315-317, som – dog uten å problematisere forholdet til opphavsrettsdirektivet (eller forslaget til dette) – tar til orde for »at udskille de »digitale« tilfælde, der minder mest om den fysiske overdragelse (og som derfor må betragtes som *spredninger*), jf. [ohl.] § 2, stk. 3, nr. 1) fra de, der må indrubriceres på anden vis« (min kursiv).
29. Se f.eks. Knies (op. cit. note 5) s. 316 og den inngående analysen hos Philip Koehler: Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, München 2000 s. 86 flg. Jf. også Jörg Reinbothe: EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2001 s. 733 på s. 737.
30. Jf. Koehler (op. cit. note 29) s. 167 flg., som imidlertid kommer til at denne lære ikke kan begrunne konsumpsjon ved digitale overføringer (se nærmere i petitavsnittet nedenfor).

»immaterielt gode« bør overføres til situasjoner der det reelt sett ikke er tale om noe slikt. Jeg mener dette med fordel kan unngås, både i form av direkte og analogisk anvendelse av spredningsreglene.

For det første tilsier *rettssystematiske hensyn* at spredningsreglene og bestemmelser om digitale overføringer holdes atskilt. Det går et grunnleggende skille i immaterialretten mellom overdragelse av eksemplarer og overdragelse av rettigheter til å råde over »det immaterielle objekt«. Skillet har sammenheng med forholdet mellom immaterialrettslige og tingsrettslige rettsposisjoner. Når man overdrar et maleri eller en CD-plate, disponerer en ikke bare over åndsverket, men overfører også tingsrettslig rådighet over selve eksemplaret. Én vesentlig funksjon ved konsumpsjonsreglene er derfor å løse opp spenningsforholdet mellom de opphavsrettslige eneretter og tingsrettslige regler om at en eier skal kunne disponere fritt over sine ting.<sup>31</sup> Et tilsvarende skille er ikke relevant i »cyberspace«; her disponeres kun over rettigheter til å råde over åndsverket. Dette gjelder også i den situasjon der et fysisk eksemplar fremstilles på grunnlag av en nettverkstilknytning. Mottakeren får en tillatelse til å råde over verket i form av å fremstille eksemplar av det, mens den tingsrettslige rådighet først skjer når eksemplaret er fremstilt. Det *rettslige problem* er med dette annerledes, selv om de *hensyn* som gjør seg gjeldende kan være relativt like.

I tysk rettslitteratur har det lenge vært en dominerende oppfatning, at bestemmelsen om spredningsrettens konsumpsjon må begrunnes i en avveiiing mellom hensynet til at rettighetshaveren skal kompenseres for verksytnyttelsen og allmennhetens interesse i at *varehandelen* ikke begrenses i urimelig grad. Det bærende synspunkt til grunn for denne »omsetningssikkerhetsteorien« (»die Verkehrssicherungstheorie«), er at belønningshensynet *ikke i seg selv* kan begrunne rettighetenes avgrensning, fordi dette ikke sier noe om *hvor stor* belønning opphavsmannen skal ha.<sup>32</sup> Derimot finner man veiledning til dette spørsmål når belønningshensynet holdes opp mot det motstridende hensynet til uhindret handel/omsetning; avveiiingen mellom disse hensyn begrunner hvorfor en eier av et verkseksemplar som er solgt med opphavsmannens samtykke fritt kan viderespre det utenfor det private området. Denne »omsetningssikker-

31. Se nærmere Rognstad (op. cit. note 2) s. 94 flg.

32. Opprinnelig ble dette synspunkt fremmet av Dietrich Reimer: Das Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und Gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, GRUR Int. 1972 s. 221.

hetsteorien« har videre vært tatt til inntekt for at konsumpsjon ikke kan inntre for så vidt gjelder retten til *digital videreformidling* av åndsverk, ettersom hensynet til en uhindret handel/omsetning kun gjør seg gjeldende ved omsetning av fysiske eksemplarer.<sup>33</sup>

Etter min oppfatning skjer det her i noen grad en sammenblanding mellom *det rettslige problem* som skal løses og hvilke *hensyn* som begrunner løsningen.<sup>34</sup> En sak er at spenningsforholdet mellom opphavsrettslige og tingsrettslige *regler* kun gjør seg gjeldende ved omsetning av fysiske eksemplarer. Et annet spørsmål er imidlertid om dette i seg selv innebærer at de *hensyn* som gjør seg gjeldende ved slik omsetning og digitale overføringer nødvendigvis blir forskjellige. Personlig synes jeg den såkalte »omsetningssikkerhetsteorien« er lite egnet som begrunnelse for avgrensningen av spredningsretten, fordi den ikke sier noe nærmere om hvilke hensyn som begrunner en *uhindret handel*.<sup>35</sup> Det kan være flere forhold, f.eks. kulturpolitiske hensyn som tilsier tilgjengelighet av kulturprodukter, og samfunnsøkonomiske/ konkurranse- rettslige betraktninger om at opphavsmannens beskyttelse ikke bør være for sterk. Slike hensyn gjør seg også gjeldende ved annen verksutnyttelse enn salg av fysiske eksemplarer. Av denne grunn kan man ikke utelukke at interesseforholdene *kan* være relativt like ved omsetning av fysiske eksemplarer og digitale overføringer av verket, selv om de *rettslige problemer* som oppstår vil være ulike.

I nær sammenheng med dette passer for det andre konsumpsjonsreglenes *kriterier* mindre godt ved digitale overføringer. I forhold til spredningsretten inntreer konsumpsjon ved *salg eller overdragelse* av eksemplar (åvl. § 19, jf. opphavsrettsdirektivets art. 4(2)). Det er alminnelig antatt at konsumpsjon dermed inntreer allerede ved salg fra rettighetshaver/produsent til selvstendig *forhandler*; det er med andre ord ikke nødvendig at eksemplaret har nådd frem til sluttbruker.<sup>36</sup> Årsaken til dette er blant annet at rettighetshaveren ikke skal ha mulighet for å styre handelen på en måte som skaper markedsskiller og sementer prisforskjeller i markedet. Dersom man forsøker å anvende tilsvarende kriterium på overføringer av åndsverk mellom datamaskiner, kommer man fort inn på ville veier. Også her kan verket passere »mellommenn«, f.eks. i form av tjenesteleverandører (ISP'er) ved opplasting eller »caching« på disses servere, men slike vil ha en

33. Se Koehler (op. cit. note 29) s. 168-169.

34. Jf. nærmere Rognstad (op. cit. note 2) s. 103.

35. Jf. nærmere Rognstad (op. cit. note 2) s. 177-178.

36. Jf. nærmere Rognstad (op. cit. note 2) s. 230-231.



helt annen funksjon enn forhandlere av fysiske eksemplarer.<sup>37</sup> Det er etter min oppfatning temmelig meningsløst å skulle ta stilling hvorvidt slike handlinger kan anses som, eller likestilles med, en *overdragelse* i henhold til konsumpsjonsregelen, slik man fort vil måtte gjøre hvis regelen anvendes direkte eller analogisk. I den grad de hensyn som begrunner regelen om spredningsrettens konsumpsjon gjør seg gjeldende ved digitale overføringer av åndsverk, er det i forholdet mellom den som *tilbyr* tilgang til åndsverket og den som *får* slik tilgang. De tekniske operasjoner som skjer på veien har liten eller ingen interesse i denne sammenheng. Det er mer hensiktsmessig å vurdere likheten mellom de praktisk-økonomiske konsekvensene av konvensjonell eksemplarspredning og digitale overføringer, og tilstrebe en lik rettslig behandling på dette grunnlag, enn å skulle presse kriteriene for spredningsrettens konsumpsjon i situasjoner der de ikke passer.

Den rettslige regulering av digitale overføringer bør av disse grunner skje med *grunnlag* i de regler som gjelder de handlinger som foretas ved slike overføringer, og ikke bestemmelser som regulerer forholdet mellom opphavsrettslige og tingsrettslige rådgighetsposisjoner. Selve overføringen skal anses som »communication to the public« eller »making available on demand« –

37. Koehler (op. cit. note 29) s. 107 flg. foretar en inngående vurdering av om ulike former for »mellomstasjoner« ved digitale overføringer kan likestilles med en overdragelse (»Veräußerung») i henhold til den tyske regel om spredningsrettens konsumpsjon (UrhG § 17(2)). Han kommer således til at opplasting av eksemplar på internettleverandørens server ved e-postforsendelser *ikke* vil være en overdragelse, mens opplasting på serveren til innehaveren av en elektronisk nyhetsgruppetjeneste vil være det. Jeg har svært vanskelig for å se poenget med denne diskusjonen. Ingen av disse »mellommenn« har noen selvstendig interesse i verket som et økonomisk gode; de bidrar kun til formidlingen mellom avsender og mottaker, og mottar eventuelt kompensasjon for *denne* tjeneste. Den selvstendige forhandler av et fysisk eksemplar inntar en helt annen rolle, idet han investerer i *verkseksemplaret* som økonomisk gode, og slik sett også er med på å bestemme *prisen* på eksemplaret frem til sluttbruker. I den situasjonen har det således betydning å avgjøre hvorvidt opphavsmannen kan styre omsetningen av *eksemplaret* frem til sluttbrukeren, men et tilsvarende problem kan vanskelig sees å oppstå ved overføring av verk uten medium. En annen sak er at man også ved digitale overføringer vil kunne ha selvstendige »distributører«, som tilbyr opphavsrettsklart materiale til publikum. Men i slike situasjoner er det under ingen omstendigheter tale om noen overdragelse av eksemplar fra rettighetshaver til »distributør«, kun om overdragelse av *rettigheter* til å råde over verket.

eller offentlig fremføring etter norsk/dansk rettsterminologi – mens nedlasting av verket på datamaskin eller et fysisk medium er eksemplarframstilling. Slik bør en avtale som forutsetter eksemplarframstilling på mottakers hånd anses som nettopp dette, og ikke karakteriseres som et salg eller overdragelse *av eksemplarer*.

Det skal langt fra utelukkes at *meningen* bak opphavsrettsdirektivets uttalelser om at det ikke skal gjelde et konsumpsjonsprinsipp ved online-tjenester, har vært at rettighetshaverens *særskilte og eksplisitte* samtykke er påkrevet ved *enhver* eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten som omfattes av eneretten. Men hvis dette legges til grunn, inntas en for dogmatisk holdning til spørsmålet. Det kan ikke under noen omstendighet være tilsiktet at praktisk sett likeartede tilfeller skal få en *ulik* rettslig behandling.<sup>38</sup> Direktivet bør i det minste gi rom for å ta hensyn til *konsekvensen* i rettssystemet. Det bør derfor være åpning for at situasjoner ved online-tjenester som har de samme praktiske realiteter som spredning av fysiske eksemplarer, så vel for rettighetshaveren som for mottakeren, også får en lik rettslig behandling. Rent terminologisk *kan* slike løsninger i og for seg formuleres som *særskilte – men begrensede – »konsumpsjonsregler"*. Jeg mener imidlertid man får et bedre grep om problemene – og løsningene – hvis man forlater konsumpsjonsmetaforen, og i stedet tar utgangspunkt i *lisensbetraktninger*. Slik blir spørsmålet heller om rettighetshaverens tillatelse til bruk av det overførte materiale – eller rettighetsoverdragelsen om man vil – *dekker* videreformidlingen av det. En slik tilnærming er da også lettere å forene med opphavsrettsdirektivets ordlyd.

## 5. Alternativet: Lisensbetraktninger

Når opphavsrettsbeskyttet materiale overføres via internett eller digitalt på annen måte med rettighetshaverens samtykke, vil det bero på situasjonen hva mottakeren nærmere kan gjøre med materialet. Spørsmålet er med andre ord hvor langt samtykket – eller lisensen – til bruken av materialet rekker. I noen tilfeller – og

38. Jf. Knies (op. cit. note 5) s. 316. Se også Reinbothe (op. cit. note 29) s. 737.

særlig når det skal betales vederlag for bruken – vil det kunne være *lisensbetingelser* knyttet til bruken, som brukeren »vedtar« ved å klikke på en markør eller lignende. I henhold til avtalerettslige regler vil brukeren normalt være bundet av slike vilkår, samtidig som det må åpnes for en nærmere vurdering av avtalevilkårene, enten dette formuleres som spørsmål om hvilke vilkår brukeren må anses for å ha *vedtatt*, som *tolknings*spørsmål, eller det foretas en *avtalesensur* på grunnlag av avtalerettslige lempingsregler (avtl. § 36). I andre tilfeller er det ikke fastsatt noen vilkår for bruken overhodet, eller de er tause med hensyn til en eller flere aktuelle utnyttelsesformer. I alle disse situasjoner kan det i tillegg tenkes at rettighetshaveren har lagt inn *tekniske beskyttelsestiltak* som hindrer bestemte former for bruk av materialet.

Spørsmålet er hvordan de forskjellige situasjoner skal håndteres *opphavsrettslig*. Ettersom både eksemplarframstilling og offentlig fremføring (communication to the public og on demand) krever rettighetshaverens *samtykke*, oppstår først spørsmål hva som ligger i dette krav. Her kan det først være grunn til å ta stilling til om EF-/EØS-retten legger føringer i så henseende. EF-domstolens dom i sak C-414-416/99, Sml. 2001 s. I-8169 (Davidoff) har en viss interesse i denne sammenheng, selv om den gjaldt et annet rettslig problem enn det vi her tar opp. Problemet i den saken gjaldt det nærmere innhold i konsumpsjonsregelen i varemerkedirektivets art. 7, som i henhold til EF-domstolens praksis innebærer at varemerke innehaveren må ha samtykket til varenes omsetning innen EØS for at de skal kunne selges videre i EØS.<sup>39</sup> Spørsmålet var nærmere bestemt hva som menes med samtykke i den forbindelse. EF-domstolen ga her uttrykk for at det måtte foreligge et *positivt* samtykke. Samtidig avviste domstolen at man kunne utlede et *stilltiende* samtykke til omsetning i EØS utelukkende ut av rettighetshaverens taushet, det faktum at han ikke hadde protestert mot varenes omsetning i EØS, at varene ikke var påført en advarsel om at omsetning der var forbudt, eller at det ikke var tatt noen kontraktsmessige forbehold mot omsetningen. Et stilltiende samtykke kunne kun komme på tale

39. Jf. sak 355/96, Sml. 1998 s. I-4799 (Silhouette).

dersom sakens omstendigheter utvetydig viste at rettighetshaveren hadde gitt avkall på å håndheve sine rettigheter.<sup>40</sup>

Grunnen til at dommen har interesse for det spørsmål vi diskuterer, er at det underliggende problem i noen grad er sammenfallende. Spørsmålet i Davidoff-saken var kort sagt om man kunne *komme rundt* regelen om at varemerkeretten ikke konsumeres ved salg utenfor EØS, ved hjelp av et prinsipp om stilltiende samtykke. EF-domstolens relativt strenge forståelse av hva som ligger i kravet til samtykke må sees i lys av det. Tilsvarende kan opphavsrettsdirektivets avvisning av et konsumpsjonsprinsipp ved online-tjenester neppe omgås gjennom et generelt prinsipp om stilltiende samtykke/lisens: En unnlattelse av å ta forbehold mot en viss bruk av det overførte materiale kan *ikke i seg selv* anses som et underforstått samtykke til bruken av det. Denne del av Davidoff-dommens ratio bør kunne overføres også til problemene knyttet til »konsumpsjon« av digitale overføringer.

På den annen side ligger en mulighet for fleksibel håndtering av de uensartede situasjoner ved digitale overføringer, nettopp i en praktisering av samtykket tilpasset den enkelte situasjon. I Davidoff-saken var det tale om å omgå regelen om ikkekonsumpsjon i sin helhet, her er det kun tale om en fornuftig tilpasning til en slik regel. Muligens er ikke »stilltiende lisenskonstruksjonen« å anbefale i noe henseende, fordi den bygger på hvilke forutsetninger som ligger til grunn for samtykket. Ofte vil det være slik at partene i en lisensavtale ikke har noen felles forutsetninger; rettighetshaveren forutsetter at han skal kunne kontrollere bruken av åndsverket, mens brukeren har en forventning om størst mulig grad av frihet. For å finne en hensiktsmessig løsning på denne interessekonflikten, er det mer formålstjenlig å *supplere* avtalen med en opphavsrettslig presumpsjonsregel (bakgrunnsregel) om hvilken bruk samtykket dekker, basert på

40. Davidoff-dommens premiss 53-59. For en nærmere omtale og analyse av dommen, se Hans Henrik Lidgard: Samtykets betydelse ved internasjonell varumærkeskonsumtion, NIR 2002 s. 3 samt Lidgard (op. cit. note 2) kap. 6. Om den problemstilling som ligger til grunn for dommen, se også Jens Schovsbo: Samtykke og konsumtion – samtykket i Varemerkedirektivets art. 7, NIR 2000 s. 337 og Ansgar Ohly: Trade Marks and Parallell Importation – recent developments in European Law, IIC 1999 s. 512.

en avveining mellom rettighetshaverens og brukerens interesser.<sup>41</sup> En mulig regel kunne i så henseende være: Hvis tillatelsen til bruk av åndsverket ikke omfatter retten til å fremstille eksemplarer for tidsubegrenset bruk av verket, eller det antall eksemplarer som får fremstilles ikke er nærmere avgrenset på en måte som er knyttet til det vederlag brukeren betaler, bør verket ikke kunne viderespres eller videreformidles uten positivt uttrykk i avtalen/tillatelsen. Og motsatt: Hvis bruken er individualisert gjennom en nærmere angivelse av hvor mange eksemplarer som får fremstilles til »varig bruk«, bør verket kunne »videreoverføres« til tredjemenn i samme omfang.

Slik vil en overføring av verket uten nedlasting hos mottakeren – såkalt »realtime-overføring« eller »streaming« – ikke gi mottakeren noen rett til videreoverføring eller rett til å la avspillingen fremføres for en ny krets tilhørere. En slik rett forutsetter en egen tillatelse til dette. Det samme gjelder tjenester som »pay per view«, »video on demand« og »video near on demand«; her betales det for den *enkelt brukers* tidsbegrensede verksnyttelse, og vederlaget er tilpasset denne situasjon. Tilgang til en web-side eller en database hvorfra det kan lastes ned materiale og tas utskrifter, bør normalt heller ikke anses som et samtykke til videreformidling eller spredning av dette materialet.<sup>42</sup> Annerledes vil det dog være hvis man *betaler* for å kunne fremstille et nærmere bestemt antall eksemplarer, f.eks. fremstille 10 eksemplarer av en rapport som ligger tilgjengelig i basen/på web-siden. Dette bør kunne likestilles med at man kjøper 10 kopier som man får tilsendt i posten. Som før nevnt bør situasjoner der online-levering fremstår som et rent alternativ til spredning av fysiske eksemplarer med samme økonomiske virkninger for rettighetshaver og bruker, behandles på samme måte. Hvorvidt de 10 eksemplarene spres eller overføres elektronisk til en tredjemann,

41. Et tilsvarende synspunkt, om enn nærmere knyttet til »stiltiende lisens-konstruksjonen«, har jeg også fremført tidligere, men da utelukkende i forbindelse med spørsmålet om spredning av fysiske eksemplarer som er fremstilt lokalt på grunnlag av en nettverkstilknytning, jf. Rognstad (op. cit. note 2) s. 265-272, særlig på s. 270-271.

42. Derimot bør normal bruk av »hyperlinker« til slikt materiale kunne aksepteres, jf. nedenfor i punkt 6.

skulle i prinsippet ikke spille noen rolle. Men dersom man gir tredjemann tilgang til materialet ut over disse 10 eksemplarene, vil det foreligge et opphavsrettsinngrep.<sup>43</sup>

Hvis man etter dette åpner opp for en løsning som tar utgangspunkt i rettighetshaverens samtykke supplert med en presumpsjonsregel tilpasset den enkelte situasjon, oppstår likevel spørsmål hvordan eksplisitte forbud mot viderespredning og videreformidling skal håndteres. Ett av konsumpsjonsregelens særtrekk er at den i prinsippet er preseptorisk. Når et eksemplar er solgt med rettighetshaverens samtykke, kan det uten hinder av opphavsretten viderespres selv om rettighetshaveren har tatt forbehold mot dette. Den nærmere betydning av dette varierer imidlertid etter de forskjellige lands regler. I Norge er det antatt at åvl. § 19 er preseptorisk i opphavsrettslig men ikke avtalerettslig betydning; overskridelse av avtalt videresalgforbud vil ikke være opphavsrettskrenkelse men like fullt et kontraktsbrudd.<sup>44</sup> Samtidig er det uttrykt skepsis overfor ensidige forbehold i »shrink wrap-avtaler« mv.<sup>45</sup> I dansk rett har det vært tatt til orde for at forbeholdsklausuler og avtalte begrensninger bare kan gjøres gjeldende ved lukkede og enkeltstående transaksjoner og ikke på massemarkedet.<sup>46</sup> Og i Tyskland har begrensninger i videresalgsgadgangen vært akseptert i den grad det er tale om »tinglig virkende« begrensninger i overdragerens opphavsrett.<sup>47</sup> Hvordan disse ulike løsninger harmonerer med EF-reguleringen, er ikke avklart. Men det må iallfall antas at direktivenes kon-

43. Det forhold at det kan være betydelige *kontrollproblemer* forbundet med bruken av opphavsrettsbeskyttet materiale i digitale nettverk kan vanskelig være en grunn i seg selv til å behandle slike situasjoner forskjellig fra spredning av fysiske eksemplarer; også for fysiske eksemplarer oppstår det jo stor fare for ulovlig og ukontrollert kopiering i betydelig omfang som følge av den digitale teknologi hvis det ikke er lagt inn tekniske sperrer.

44. Se Ot. prp. nr. 15 (1994-95) s. 85. Se nærmere Rognstad (op. cit.note 2) s. 90-91.

45. Se f.eks. NOU 1983:35 s. 62-63 og NOU 1986:18 s. 13-14.

46. Se Bet. 1000/1984 s. 106 og Bet. 1197/90 s. 155. Jf. Mogens Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret, 6. udgave København 2002 s. 108 og Jørgen Blomqvist: Overdragelse af ophavsret. Rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning, København 1987 s. 102-105.

47. Se nærmere f.eks. Joos (op. cit. note 10) s. 103 flg.

sumpsjonsregler er ment å skulle være preseptoriske i *opphavsrettslig* forstand.

En løsning som tar utgangspunkt i rettighetshaverens samtykke kan hevdes å skille seg fra konsumpsjonsregelen ved at den forutsetter at rettighetshaveren kan *nekte* samtykke. Likevel er det intet i veien for å supplere en slik presumpsjonsregel med et prinsipp om at brudd på avtalte begrensninger i adgangen til videreformidling ikke skal anses som et opphavsrettsbrudd. Eksempelvis vil et slikt prinsipp kunne medføre at ved inngåelse av en lisensavtale for tidsubegrenset bruk av et dataprogram, der programvaren leveres elektronisk, vil lisenstakeren ikke gjøre inngrep i opphavsrett om han selger en CD-plate med programmet i strid med lisensvilkårene.<sup>48</sup> Og det bør heller ikke utelukkes at lisensavtalens forbud mot salg av programmet underlegges en nærmere avtalerettslig vurdering (jf. ovenfor), på samme måte som ved salg av fysiske eksemplarer.

I tillegg til – eller i stedet for – forbud i lisensavtalen mot salg eller videreformidling av eksemplarer fremstilt på grunnlag av en online-tjeneste, kan det imidlertid tenkes at en slik transaksjon hindres av tekniske beskyttelsestiltak: Eksemplaret er f.eks. kryptert på en måte som gjør at det bare kan benyttes på lisenstakerens datamaskin. I utgangspunktet vil det i henhold til opphavsrettsdirektivets art. 6(1) være forbudt å omgå beskyttelsen. Direktivets art. 6(4)(2) åpner helt kort fortalt for at eksemplarfremstilling til privat bruk skal være mulig under visse forutsetninger, men dette vil likevel ikke hjelpe dersom det er tale om et datamaskinprogram – hvor eksemplarfremstilling til privat bruk ikke er tillatt (jf. åvl. § 12), eller eksemplarer som skal fremstilles til annet enn privat bruk. Situasjonen vil like fullt være lik den som gjelder ved spredning av fysiske eksemplarer som er forsynt med tilsvarende beskyttelsesmekanismer, ettersom art. 6 ikke foreskriver mottiltak for å vareta regelen om spredningsrettens konsumpsjon. Dette må sies å være et klart tankekors, som dog ikke skal forfølges videre her.

Situasjonen illustrerer likevel hvor misvisende det blir å tale om en »*access right*« som beskrivelse av de *opphavsrettslige* beføyelser, slik tilfellet har vært i nyere opphavsrettslig teori.<sup>49</sup> Etter dagens system er det fortsatt i første rekke *tilgjengeliggjørin-*

48. Forutsetningen er dog at han sletter sine egne kopier av programmet, jf. åvl. § 12 annet ledd litra b), som bestemmer at eksemplarfremstilling av datamaskinprogrammer til privat bruk ikke er tillatt.

49. Se særlig Jane C. Ginsburg: From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law, Columbia School of Law, Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Paper number 8, New York 2000, samt diskusjonen fra ALAI-kongressen i 2001, jf. Proceedings of the ALAI Congress June 13-17, 2001 s. 281 flg.

gen av verket som omfattes av *enerettsreglene*,<sup>50</sup> mens kontrollen av tilgangen til eller mottaket av det i første rekke er en refleks av denne rett.<sup>51</sup> Det forhold at eksemplar fremstillingsretten nå skal omfatte nær sagt enhver behandling av verket i data-maskinen (jf. opphavsrettsdirektivets art. 2 og 5(1)), endrer etter mitt syn lite på det. Så lenge eksemplarfremstilling til privat bruk fortsatt skal kunne tillates etter opphavsretsreglene (om enn mot at rettighetshaveren får en form for vederlag), jf. art. 5(2)b), vil *tilgangen* i stor utstrekning være lovlig etter disse regler. En faktisk kontroll med tilgangen gjennom tekniske beskyttelsestiltak er i sin tur snarere utslag av den private autonomi, hvis konsekvenser riktignok *forsterkes* av eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten og *sanksjoneres* av forbudet mot å omgå de tekniske beskyttelsestiltak: Opphavs mannen benytter sin handle- og avtalefrihet til å legge inn tekniske beskyttelsestiltak som vilkår for bruk av verket. Opphavsretten forsterker effektene av disse handlinger / avtaler gjennom sin enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten; gjennom denne enerett kan rettighetshaveren hindre at *andre* gjør verket tilgjengelig på andre vilkår. Og vernet for de tekniske beskyttelsestiltak hindrer at man kan skaffe seg tilgang gjennom omgåelse av de beskyttelsestiltakene. *Kombinasjonen* av disse elementer vil kunne ha som konsekvens at rettighetshaveren kan hindre eller begrense tilgangen til verket. Men at det er analytisk galt å henføre en slik kontroll under den opphavsrettslige enerett, er særlig tydelig i situasjoner der de tekniske beskyttelsestiltak hindrer bruk som er *tillatt* i henhold til de opphavsrettslige regler. Eventuelle forbud mot å omgå de tekniske beskyttelsestiltak tjener i disse situasjoner ikke lenger til å vareta opphavsrettslige interesser, men blir snarere en ren beskyttelse for de *tekniske beskyttelsestiltak* som hindrer eller begrenser verkstilgangen.

## 6. Konklusjon

Det rettslige utgangspunkt etter direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet er at konsumpsjon av rettigheter ikke inntreer ved digitale overføringer av opphavsrettsbeskyttet materiale. Denne setning bør dog brukes med fornuft, og ikke lede til forskjellsbehandling mellom likeartede situasjoner. Det er flere åpenbare ulikheter mellom spredning av fysiske eksemplarer og

50. Det forhold at WIPO-konvensjonene fra 1996 (WCT og WPPT) samt opphavsrettsdirektivet bruker ordet »access« i forbindelse med on-demand-retten (»the making available to the public of their works in such a way that the members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them«) endrer ikke på dette; også her er det selve det å stille verket til rådighet for allmennheten som på en bestemt måte er omfattet av eneretten, mens det forhold at publikum kan *tilegne* seg verket fra et sted og til et tidspunkt man selv velger, nettopp er denne bestemte måte verket stilles til rådighet på.

51. Smnl. Thomas Heide: Copyright in the EU and United States. What Access Right?, EIPR 2001 s. 469.



overføring av opphavsrettsbeskyttet materiale i digitale nettverk. Av den grunn er det både fornuftig og rettssystematisk riktig å sondre mellom disse former for verksformidling, og behandle dem etter egne regelsett. Likevel bør de rettslige konsekvenser være de samme når de praktisk-økonomiske realiteter er det. Opphavsrettsdirektivet bør ikke tas til inntekt for noe annet.

En rettslig likestilling oppnås gjennom en tolkning og praktisering av kravet om at offentlig fremføring (communication to the public/making available on demand) og eksemplarframstilling krever rettighetshaverens *samtykke*. Det gir etter min mening en smidigere konstruksjon og et bedre grep om problemene enn å presse reglene om spredningsrettens konsumpsjon ut over sitt egentlige anvendelsesområde. Det er imidlertid her ikke tale om anvendelse av lisenskonstruksjoner for å *omgå* regelen om at konsumpsjon ikke inntreer ved online-overføringer, men snarere for å avdempe uheldige konsekvenser av en for rigid praktisering av regelen. Det er i så henseende tale om å supplere kravet om samtykke med en opphavsrettslig utfyllingsregel. Hvilket nærmere innhold den skal ha kan være gjenstand for diskusjon. Hovedpoenget må være å tilstrebe lik behandling av likeartede situasjoner. Slik vil regelen om spredningsrettens konsumpsjon tjene som tolkningsmoment ved løsningen, men uten at man behøver å presse regelens vilkår inn i en sammenheng den ikke passer. Hvorvidt det er noe å vinne på å bruke uttrykket »konsumpsjon« som betegnelse på en slik løsning, er et annet spørsmål. Personlig mener jeg dette bør unngås på grunn av faren for at det trekkes gale slutninger fra konsumpsjonsmetaforen, i tillegg til at direktivets språkbruk taler mot det. Uttrykket konsumpsjon bør ideelt sett kun brukes som metafor for reglene om at rettigheter knyttet til fysiske eksemplarer (varer) opphører å virke når eksemplaret overdras fra en hånd til en annen.<sup>52</sup>

52. Herunder kommer de tilfeller der det egentlig ikke er tale om begrensning av rettigheter i selve varen eller eksemplaret, men der rettigheter likevel begrenses som en *følge* av vareomsetningen, jf. f.eks. EF-domstolens dom i sak C-337/95, Sml. 1997 s. I-6013 (Chr. Dior) og EFTA-domstolens rådgivende uttalelse sak E-1/98, REC 1998 s. 140 (Astra). Se nærmere Rognstad (op. cit. note 2) s. 750-751, særlig note 10 med ytterligere henvisning til drøftelsen av konsumpsjonsbegrepet på s. 157-163.

Betraktningene foran er ment som en *anbefaling* av hvordan problemet med rettighetsavgrensning ved digitale overføringer kan løses i *påkrevde* tilfeller, mer enn en forutsigelse av hvordan EF-domstolen og nasjonale domstoler vil komme til å løse det. Løsningsmodellen kan anvendes også i andre situasjoner enn der det forekommer store likheter med spredning av fysiske eksemplarer. Et nærliggende eksempel er ved hyperlinking (bruk av pekere) til opphavsrettsbeskyttet materiale. Hensynet til å motvirke utbredelsen av ulovlig utlagt materiale tilsier på den ene side at hyperlinking omfattes av eneretten til offentlig fremføring (communication to the public/making available on demand), slik domstolene i de nordiske land har fastslått.<sup>53</sup> Samtidig vil en slik tolkning kreve en avgrensning av eneretten i situasjoner der det linkes til *lovlig* utlagt materiale. Det er ingen mening i å kreve opphavsmannens positive samtykke til dette *i sin alminnelighet*. Problemet kan løses på tilsvarende måte som »konsumpsjonsproblemet«, gjennom en opphavsrettslig utfyllingsregel: Et samtykke til bruk av verket anses for å dekke den normale og lojale linking til sidene.<sup>54</sup> Også her blir det et spørsmål om den nærmere avgrensning av utfyllingsregelen. Men det er i denne sammenheng en annen historie.

53. Se ovenfor i note 16.

54. Også her kan med fordel unngå konstruksjonen »stilltiende samtykke«, jf. ovenfor i punkt 5.