

Professor dr. juris

Ole-Andreas Rognstad

Institutt for privatrett / Senter for europarett

Universitetet i Oslo

Betenkning Kulturdepartementet, Privatkopiering

1 Mandat

Undertegnede har av Kulturdepartementet fått i oppdrag å utrede forskjellige sider av den norske ordningen for kompensasjon for kopiering til privat bruk (jf. åndsverkloven § 26 fjerde ledd). I oppdragsavtalen av juni 2020 bes det om en utredning «som omhandler det juridiske grunnlaget for kompensasjonsordningen for kopiering av åndsverk til privat bruk og skaden som påføres rettighetshavere som følge av lovlig privatkopiering i Norge».

Det primære formålet med den analysen som skal foretas er i oppdragsavtalen angitt til å:

- Vurdere om ulike former for kopiering til privat bruk skal anses som kompensasjonsberettigede iht. åndsverkloven § 26 (herunder avgrense mot kopiering som ikke er dekket av bestemmelsen, eller har annet grunnlag, f.eks. §§ 30 og 31).
- Vurdere graden av skade de ulike formene for kompensasjonsberettiget kopiering påfører rettighetshaverne, f.eks. vurdere om formene påfører rettighetshaverne høy, middels eller lav grad av skade, samt hvordan skaden kan beregnes.

I samråd med oppdragsgiver er det identifisert følgende hovedproblemstillinger innenfor rammen av nevnte formål, som også er angitt i oppdragsavtalen:

- Den norske kompensasjonsmodellens forhold til EU-retten.
- Skjønnsfriheten ved vederlagsfastsettelsen.
- Hvilken kopiering skal det kompenseres for?
- Forholdet til kompensasjon for «avtalt kopiering».
- Differensiering av kompensasjonen, avhengig av skadeomfang.

Det må videre presiseres at utredningen utelukkende gjelder *grunnlaget* for kompensasjonen for privatkopiering, og ikke fordelingen av vederlag mellom rettighetshaverne.

Rapporten er strukturert etter de nevnte hovedproblemstillingene, i angitt rekkefølge (pkt. 3-7). Før vi kommer inn på problemstillingen skal det kort redegjøres for kompensasjonsordningen og det rettslige rammeverket som danner grunnlaget for analysen (pkt. 2). Rapportens konklusjoner og anbefalinger er oppsummert avslutningsvis (pkt. 8).

2 Kort om kompensasjonsordningen og det rettslige rammeverket

Den norske ordningen for kompensasjon for eksemplarframstilling til privat bruk er fastsatt i åndsverkloven (åvl.) av 2018 § 26 fjerde ledd. Bestemmelsen fastslår at opphaverne gis en kompensasjon gjennom årlige bevilgninger over statsbudsjettet. Bestemmelsen gjennomfører, i likhet med sin forløper, åvl. 1961 § 12 femte ledd, EUs direktiv 29/2001/EF om opphavsrett i informasjonssamfunnet (opphavsrettsdirektivet, heretter forkortet ORD) art. 5(2). Denne bestemmelsen fastslår at statene kan innføre unntak fra eller innskrenkninger i eneretten til eksemplarframstilling for «reproduksjoner på ethvert medium foretatt av en fysisk person til privat bruk og for formål som verken direkte eller indirekte er kommersielle, forutsatt at rettighetshaverne mottar rimelig godtgjøring som tar hensyn til anvendelse eller ikke-anvendelse av teknologiske tiltak nevnt i artikkel 6 på de aktuelle verk eller gjenstander». Direktivet er innlemmet i EØS-avtalen og er slik sett forpliktende for Norge. På grunn av EØS-avtalens homogenitetsmålsetting (jf. avtalen art. 1) skal ORD art. 5(2) tolkes på tilsvarende måte som i EU. Det betyr at EU-domstolens praksis har stor betydning ved tolkningen av bestemmelsen også i en EØS-kontekst. Når den norske kompensasjonsordningen skal vurderes i det følgende, vil forholdet til opphavsrettsdirektivet stå sentralt, og i den forbindelse er EU-domstolens praksis en viktig tolkningsfaktor. Ettersom de fleste EU-land kompenserer rettighetshaverne ved avgifter på kopieringsutstyr, gjelder mye av domstolens praksis slike avgifter («levies»). Men praksisen har i stor utstrekning også overføringsverdi på den norske ordningen. Det særlige forholdet mellom den norske ordningen og opphavsrettsdirektivet skal drøftes i pkt. 3 nedenfor.

Den norske kompensasjonsordningen er delt i to deler – en «individuell del», som forvaltes av organisasjonen Norwaco og som fordeles individuelt til rettighetshaverne gjennom Norwacos medlemsorganisasjoner, og en «kollektiv del» som forvaltes av Fondet for lyd og bilde (FFLB), og som innebærer utbetalinger etter søknad. Inntil 2018 var den individuelle ordningen forbeholdt kopiering av lydopptak og film, mens rettighetshavere til andre verk og

prestasjoner utelukkende kunne søke dekning ved FFLB-ordningen. Uten at det kommer til uttrykk i selve lovteksten, ble denne forutsetningen endret ved den nye åndsverkloven. I forarbeidene til loven gjøres det klart at også litterære og visuelle verk skal dekkes av den individuelle ordningen.¹ Denne endringen har medført innspill fra rettighetshaversiden om økt kompensasjon, og danner en del av grunnlaget for at Kulturdepartementet ønsker ordningen nærmere utredet.

3 Forholdet mellom EU/EØS-retten og den norske kompensasjonsordningen

3.1 EGEDA-dommen og vilkårene som oppstilles der

Det følger uttrykkelig av EU-domstolens dom i sak C-470/14 (EGEDA) at bestemmelsen i ORD art. 5(2)b) om privatkopiering «i prinsippet ikke anses for at være til hinder for, at de medlemsstater, der har besluttet at indføre undtagelsen for privatkopiering, i den forbindelse vælger at indføre en ordning om rimelig kompensasjon, der finansieres af deres generelle budget».² Denne prinsipputtalelsen uttrykkes på bakgrunn av domstolens tidligere standpunkt om at statene har en bred skjønnsmargin med hensyn til hvordan den rimelige kompensasjonen innrettes.³ Denne skjønnsmarginen vil jeg komme nærmere tilbake til nedenfor, men i EGEDA-dommen presiserer EU-domstolen at selv om de tidligere dommene som fastslår dette gjelder avgifter på kopieringsutstyr, medfører skjønnsmarginen at man også kan velge å kompensere rettighetshaverne over statsbudsjettet.⁴ Det er en viktig prinsippavklaring, som innebærer at den norske ordningen kan opprettholdes så lenge den oppfyller vilkårene som EU-domstolen oppstiller.

Vilkårene skaper imidlertid problemer for dagens ordning. I dommen presiserer domstolen, som den har gjort også i andre dommer, at bestemmelsen i direktivet art. 5(2)b) bare gjelder for fysiske personers kopiering. Juridiske personers kopiering, dvs. kopiering som foretas av virksomheter, organisasjoner mv., er ikke omfattet.⁵ I dommer som gjelder avgifter på kopieringsutstyr, har domstolen fastslått at det ikke kan pålegges avgifter på utstyr, apparater mv. som benyttes til juridiske personers kopiering. Samtidig har man åpnet for at juridiske personer kan pålegges å betale kopieringsavgift, ettersom avgiftsbeløpet kan avspeiles i prisen

¹ Høringsutkast 2016 s. 130.

² Sak C-470/14 (EGEDA), avsnitt 22.

³ Sak C-467/08 (Padawan), avsnitt 37; sak C-521/11 (Amazon), avsnitt 21; sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 20.

⁴ Sak C-470/14 (EGEDA), avsnitt 24.

⁵ Sak C-470/14 (EGEDA), avsnitt 29 og 30.

som private (fysiske) personer betaler for slikt utstyr.⁶ Som følge av denne praksisen slutter EU-domstolen i EGEDA at juridiske personer ikke kan være endelige faktiske skyldnere av denne avgiften. Videre understreker domstolen at betraktningene som understøtter denne rettspraksisen gjelder i alle tilfeller der det er fastsatt et «unntak» for privatkopiering, uavhengig av om det er innført en avgiftsordning eller kompensasjon over statsbudsjettet.⁷

I saken, som gjaldt den daværende spanske ordningen med kompensasjon over statsbudsjettet, bemerket domstolen at budsjettposten som var avsatt til formålet måtte anses for å bli dekket inn av alle inntekter i statens generelle budsjett og dermed også alle skattepliktige personer, herunder juridiske personer. Videre fremgikk det ikke av saken at det fantes noen bestemmelse som gjør det mulig for juridiske personer å søke om å bli fritatt fra plikten til å bidra til finansieringen av privatkopieringen. En slik ordning som ble finansiert over det generelle statsbudsjettet, kunne derfor ikke sikre at omkostningene ved privatkopieringen utelukkende ble båret av brukerne av private kopier.⁸

Dommen er helt entydig på dette punktet: Kompensasjon over det generelle statsbudsjettet er i prinsippet en akseptabel måte å oppfylle kravet om rimelig kompensasjon på, men det må finnes en ordning som sikrer at bare de som foretar privatkopiering er de som til syvende og sist er betalingspliktige. Dommen peker slik sett på den sentrale innvendingen mot en ordning som den norske. Da ordningen ble innført i 2005, var det nok også mulig å hevde at det lå en skjevhet i at hele befolkningen skulle betale for noe som deler av den foretok seg. Det er et helt vanlig trekk ved formål som kompenseres over statsbudsjettet, men i 2005 var det nok mulig å hevde at det bare var deler av befolkningen som nøy godtgjort av privatkopieringsregelen. Dette er nok annerledes i dag, og i EU-domstolens praksis er det i første rekke skillet mellom juridiske og private personer som trekkes frem. Domstolen er klar på at man må ha en ordning som gjør at det er privatpersoner som tar den endelige regningen. Det er ikke i samsvar med EU-retten å unnlate å gjøre noe.

Samtidig ligger det i skjønnsfriheten, og påpekningen av praktiske vanskeligheter med å finansiere privatkopieringen, at statene har stor frihet til å bestemme *hvordan* man skal sikre full overensstemmelse her. Et generelt skattefradrag for virksomheter kan selvsagt være en mulig måte, men det kan være vanskelig å praktisere. Et enklere alternativ er at det settes av midler innenfor bevilgningen til et fond e.l. som virksomheter og andre juridiske personer kan

⁶ Jf. f.eks. sak C-467/08 (Padawan), avsnitt 53 og sak C-521/11 (Amazon), avsnitt 28.

⁷ Sak C-470/14 (EGEDA), avsnitt 36 og 37.

⁸ Sak C-470/14 (EGEDA), avsnitt 39–42.

søke dekning fra. Det fremgår av EU-domstolens praksis at det vil være tilstrekkelig at juridiske personer kan søke om å fritas fra plikten til å kompensere, og det henger også sammen med påpekningen av de praktiske vanskelighetene. Ellers kunne man i prinsippet også tenke seg et fradrag i betalingen for virksomheters egen kopiering under åvl. § 47, men det kan nok være vanskelig å gjennomføre. Her pekes det bare på ulike måter å tenke på som kan være i samsvar med de kravene EU-domstolen oppstiller i EGEDA-dommen (og dommene om kopieringsavgift).

3.2 Lovlighet av kollektiv vederlagsfordeling

Foruten at selve ordningen med kompensasjon over statsbudsjettet i prinsippet er forenelig med EU-retten, på det vilkår som fremgår ovenfor, oppstår det spørsmål om den måten den norske finansieringen er innrettet på også kan forsvares. I Norge gjelder en todelt ordning av fordelingsordninger som finansieres over statsbudsjettet – dels Fondet for lyd og bilde (FFLB), som fordeler kollektivt til norske rettighetshavere etter søknad, og dels fordeling gjennom paraplyorganisasjonen Norwaco, som fordeler individuelt basert på anslag om faktisk kopiering. Spørsmålet er hvordan dette systemet forholder seg til kravet om rimelig kompensasjon i ORD art. 5(2)b).

Spørsmålet om kollektiv vederlagsfordeling er i samsvar med bestemmelsen, har vært oppe i EU-domstolen, bl.a. i sak C-521/11 (Amazon). Et spørsmål i saken var om kompensasjonen for privatkopiering etter ORD art. 5(2)b utelukket at halvparten av vederlaget som ble innkrevd (for medier) ikke ble utbetalt direkte til rettighetshaverne, men til institusjoner med sosiale og kulturelle formål som er opprettet til fordel for rettighetshaverne. Også her viste EU-domstolen til statenes skjønnsmargin, og fastslo at det lå innenfor den å bestemme at en del av den rimelige kompensasjonen ytes som indirekte kompensasjon. Det var derfor ikke i seg selv i strid med formålet bak den å bestemme at en del av vederlaget skal gå til institusjoner med sosiale og kulturelle formål, for så vidt som disse faktisk kommer rettighetshaverne til gode og institusjonenes arbeidsmetoder ikke er diskriminerende.⁹

Selv om uttalelsen gjelder vederlag for medier som benyttes til kopiering, og ikke en ordning med kompensasjon over statsbudsjettet, kan det ikke være tvilsomt at den har overføringsverdi også til den norske ordningen. Uttalelsen er generelt utformet og retter seg mot privatkopieringsvederlaget som sådant. Som foran nevnt gis statene stor skjønnsfrihet ved utformingen av kopieringsordningene, og denne skjønnsfriheten omfatter både at

⁹ Sak C-521/11 (Amazon), avsnitt 53 og 54.

rettighetshaverne kan kompenseres over statsbudsjettet og at vederlaget kan fordeles kollektivt gjennom institusjoner med sosiale og kulturelle formål. Dette må innebære at den norske ordningen der deler av kompensasjonen fordeles kollektivt gjennom FFLB, i utgangspunktet er i samsvar med ORD art. 5(2)b). Fondet har utvilsomt et kulturelt formål, ved å skulle «fremme produksjon og formidling av innspilling av lyd- og filmopptak. Fordelingen skal, ifølge fondets formål, skje til beste for rettighetshavere innenfor musikk, scene og film, slik at kravet om at vederlaget skal komme rettighetshaverne til gode, må også anses oppfylt.¹⁰

Det er likevel ett mulig ankepunkt ved fondets tildeling som kan være problematisk, og som berører tilleggskravet som nevnes i Amazon-dommen om at institusjonenes arbeidsmetoder ikke må være diskriminerende. I EØS-sammenheng kan dette kravet bl.a. kobles til EØS-avtalen art. 4 som forbyr nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling i EØS-området. Relevant i den forbindelse er forskriften om tilskudd til fondet for lyd og bilde § 2, som bestemmer at opphavere, utøvende kunstnere og produsenter som bor og hovedsakelig har sitt virke i Norge kan søke om tilskudd. En naturlig tolkning er at det *bare* er de som nevnes i bestemmelsen som etter søknad kan få tilskudd fra fondet, og bestemmelsen har da også vært oppfattet og praktisert som et bo- og virkekrav. Følgen er at rettighetshavere som ikke bor eller hovedsakelig virker i Norge er utelukket fra å få tilskudd fra fondet.

Generelt sett er det ikke gitt at slike bo- og virkekrav er i strid med diskrimineringsforbudet i EØS art. 4. Riktignok må det tas høyde for at slike krav i hvert fall delvis kan ha samme virkninger som nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, idet norske personer (fysiske og juridiske) typisk vil få støtte, mens personer fra andre EØS-land ikke typisk ikke vil få det. Likevel forbyr ikke bestemmelsen *saklig* eller *objektivt begrunnet* forskjellsbehandling,¹¹ og det kan være saklige grunner til å ha et slikt krav. Spørsmålet er imidlertid om det kan sies å være noen saklig grunn til det så lenge fondsordningen skal kompensere for privatkopieringen som skjer etter åvl. § 26. Som vi kommer nærmere tilbake til, har EU-domstolen ved tolkningen av ORD art. 5(2)b) understreket at den rimelige kompensasjonen skal dekke *skaden* rettighetshaverne lider på grunn av privatkopieringen.

Det er nok i det lyset domstolens uttalelse i Amazon-saken om det ikke ville «være i overensstemmelse med formålet med denne kompensasjon, hvis de nævnte institusjoner ...

¹⁰ Jf. fondets vedtekter, § 1.

¹¹ Se Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 s. 292; Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 s. 65–66.

retlig eller faktisk udelukkede dem der ikke var statsborgere i den pågældende medlemsstat», må ses.¹² Konsekvensen av et bo- og virkekrav er at rettighetshavere fra andre land som ikke bor og virker i Norge, men hvis verk eller nærstående prestasjoner er gjenstand for privatkopiering, rettslig og faktisk utelukkes fra ordningen. Generaladvokaten uttalte i samme sak at en plikt til likebehandling ikke nødvendigvis forutsetter at innenlandske og utenlandske opphavere kompenseres i samme omfang, men de bør ha lik tilgang til ordningen.¹³ Det vil typisk sett helst være rettighetshavere med tilknytning til Norge som søker midler. Et bo- og virkekrav knyttet til Norge vil imidlertid lett innebære at store grupper av rettighetshavere som får verkene sine kopiert, ikke har muligheten for å bli kompensert. Muligens kan det hevdes, særlig ved omleggingen av vederlagsordningen, at rettighetshavere fra andre (EØS-)land kompenseres ved Norwaco-vederlaget i stedet. På bakgrunn av EU-domstolens uttalelse i Amazon-saken, er jeg imidlertid usikker på om det hjelper, ettersom den spesifikt var rettet mot den delen av vederlaget som skal fordeles kollektivt, og ikke ordningen totalt sett. For å sikre at ordningen er i samsvar med EØS-reglene bør man etter min mening oppheve det formelle bo- og virkekravet i forskriften for fondet for lyd og bilde. Samtidig kan man ha kriterier som innebærer at bare rettighetshavere som potensielt får verkene sine privatkopiert i Norge, får tilgang til ordningen. De kulturpolitiske hensynene som begrunner ordningen må også kunne varetas innenfor rammen av den.

4 Statenes skjønnsfrihet ved utformingen av ordningen for kompensasjon av privatkopiering

Som påpekt ovenfor, har statene stor skjønnsfrihet ved den nærmere utformingen av ordningen for privatkopieringsvederlag. Denne skjønnsfriheten er på mange måter forutsatt i ORD fortalen pkt. 35 og er bekreftet i en rekke dommer fra EU-domstolen. Når det er sagt har EU-domstolen samtidig, helt fra den første dommen i sak C-467/08 (Padawan), understreket at uttrykket «rimelig kompensasjon» i ORD art. 5(2)b) er et EU-autonomt begrep som skal tolkes ensartet innen Unionen.¹⁴ På grunn av EØS-avtalens homogenitetsprinsipp er begrepet på tilsvarende måte EØS-autonomt. Domstolen understreket i Padawan-saken at en frihet for statene til å presisere begrepets parametere på en ulik og ikke harmonisert måte, og som varierte mellom statene, ville være i strid med direktivets formål.¹⁵ Det betyr at begrepet setter

¹² Sak C-521/11 (Amazon), avsnitt 54.

¹³ Generaladvokat Mengozzi i sak C-521/11 (Amazon), avsnitt 80.

¹⁴ Sak C-467/08 (Padawan), avsnitt 33, med henvisning til bl.a. sak C-245/00 (SENA) vedrørende tolkningen av «rimelig vederlag» for utøvende kunstnere og fonogramprodusenter i utleiedirektivet art. 8(2).

¹⁵ Sak C-467/08 (Padawan), avsnitt 36, med henvisning til bl.a. til fortalen pkt. 35 og 38.

visse rammer for skjønnsmarginen. Men at statene har en skjønnsmargin, ble eksplisitt uttrykt allerede i den andre dommen, sak C-462/09 (Stichting de Thuis kopie), og er gjentatt og utdypet i en rekke dommer senere.¹⁶

I Stichting de Thuis kopi-saken understreket EU-domstolen at statene har en vid skjønnsmargin til å bestemme *hvem* som skal betale den rimelige kompensasjonen, ettersom ORD ikke regulerer det uttrykkelig.¹⁷ Saken gjaldt avgifter på databærende medier, og EU-domstolens uttalelse gjelder hvem som kan pålegges avgiftene *i første hånd*. Samtidig har domstolen senere presisert at det er (de fysiske) personene som foretar privatkopieringen som skal belastes *endelig*. Ved avgifter på kopieringsutstyr skjer det ved at virksomhetene som betaler i første hånd kan øke prisene på utstyret, slik at det er sluttbrukerne som til syvende og sist betaler for kopieringen.¹⁸ I de senere dommene, og først uttrykt i sak C-521/11 (Amazon), presiserer domstolen at den vide skjønnsmarginen også omfatter spørsmålet om hvilken form kompensasjonen skal ha, hvilke nærmere bestemmelser som skal gjelde for den, og hvilket omfang den eventuelt skal ha.¹⁹ Skjønnsmarginen finner sted innenfor rammene av kriterier som følger av rettsgrunnlaget og presiseringer i EU-domstolens praksis, f.eks. at privatkompensasjonen skal kompensere for skaden som rettighetshaverne lider som følge av privatkopieringen, at privatkopieringen bare kan omfatte kopiering av lovlig materiale, at ordningene må følge prinsipper om likebehandling og ikke-diskriminering og at bare fysiske personer kan belastes endelig for kopieringen som skjer. Vi kommer nærmere inn på kriterier og grensene for privatkopieringen i avsnitt 5 nedenfor.

Det er særlig verd å merke at skjønnsmarginen også omfatter *omfanget* av kompensasjonen for privatkopiering. For å forstå hva EU-domstolen mener med (eventuelt) «omfang», hvis uttrykk er tatt fra den danske versjonen, er det nødvendig å se hen til andre språkversjoner. Den engelske versjonen bruker uttrykket (possible) «level», som bekrefter at med omfang menes vederlagsnivå. Det bekreftes også av den svenske versjonen, som direkte bruker uttrykket (den eventuella) «nivån». Tilsvarende inneholder den franske (niveau éventuel). De

¹⁶ Se sak C-462/09 (Stichting de Thuis kopie), avsnitt 23; sak C-521/11 (Amazon), avsnitt 20-21; sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 20; sak C-47/14 (EGEDA), avsnitt 22-23; sak C-572/14 (Austro-Mechana), avsnitt 18; sak C-110/15 (Microsoft Mobile Sales), avsnitt 27;

¹⁷ Sak C-462/09 (Stichting de Thuis kopie), avsnitt 23.

¹⁸ Se sak C-421/11 (Amazon), avsnitt 22-28, gjentatt i senere saker.

¹⁹ Jf. sak C-421/11 (Amazon) avsnitt 20 og de øvrige henvisningene i note 16 ovenfor. I engelsk versjon sier EU-domstolen: «the provisions of Directive 2001/29 do not expressly address the issue of who is to pay that compensation, the Member States enjoy broad discretion when determining *who must discharge that obligation* (Stichting de Thuis kopie, paragraph 23). The same is true of *the form, detailed arrangements and possible level of such compensation*».

tyske (etwaige Höhe), spanske (posible cuantía) og italienske (eventuale entità) bruker forskjellige uttrykk som betegner størrelse. Det er derfor klart at skjønnsmarginen omfatter bestemmelsen av *hvor stor* kompensasjonen skal være. Det sier seg selv at en såpass kompleks vurdering som skadeomfang av privatkopiering vanskelig kan sies å gi et presist svar på kompensasjonens størrelse. Rettslig sett handler det derfor i første rekke om å benytte *kriterier* for vederlagsberegningen som er i samsvar med EU-retten og alminnelig forvaltningsrett for øvrig, herunder saklighet og likebehandling. Videre går det nok en nedre grense der man må konstatere at den totale kompensasjonen er så lav at den ikke kompenserer for skaden rettighetshaverne lider, men skjønnsmarginen indikerer at det skal en del til. En sammenlikning med totale vederlagsnivåer i andre EØS-land kan gi en indikasjon for eventuelle påstander om at kompensasjonsnivået er for lavt til å gi et rimelig vederlag.

På grunn av statenes skjønnsmargin er det heller ikke gitt at rettighetshaverne kan høres med at enhver endring i regelverk eller markedsbetingelser skal medføre et rimelig vederlag. Hvis kompensasjonsnivået generelt er høyt sammenliknet med andre land, kan det hevdes at endringen fortsatt innebærer at rettighetshaverne får rimelig kompensasjon. Men opprettholdelse ved endringer eller reduksjon der det ikke er endringer, bør kreve en saklig begrunnelse som knytter seg til den skaden rettighetshaverne lider som følge av privatkopieringen, jf. nedenfor i pkt. 7. Og systemene bør være transparente slik at markedsaktørene kan se og forstå hvilke kriterier og vurderinger vederlagsfastsettelsen bygger på.

For å være konkret angående den norske privatkopieringsordningen, mener jeg at den skjønnsmarginen statene har til å fastsette vederlagsnivået innebærer at det ikke er noen automatikk i at det totale vederlaget oppjusteres som følge av at Norwaco-ordningen utvides til å omfatte andre verk og frembringelser enn lydopptak og film. Her må det foretas en totalvurdering, der det også tas hensyn til forholdet til den andre pilaren, Fondet for lyd og bilde. Det er ikke slik at andre vernede verk og frembringelser helt har falt utenfor den norske vederlagsordningen, men de har vært henvist til den kollektive ordningen. Som påpekt ovenfor i pkt. 3, er en kollektiv vederlagsordning i samsvar med EU-retten, så lenge den ikke forskjellsbehandler – særlig på grunnlag av nasjonalitet – men det kan i dag være gode grunner til å gi alle rettighetshavere tilgang til begge ordninger. Om omleggingen innebærer at visse rettighetshavergrupper får lavere kompensasjon fra den individuelle ordningen, må mulighetene for å få kompensasjon gjennom kollektiv ordning kunne tas i betraktning. Hvis den kollektive ordningen utvides til å omfatte utenlandske rettighetshavere, bør det foretas en

vurdering av om kompensasjonen for ordningen bør økes når det ses hvilken virkning en slik utvidelse vil ha. Med andre ord: Departementet bør foreta løpende vurderinger av om dagens ordninger gir et «rimelig vederlag» for rettighetshaverne, men har ifølge EU-domstolens praksis en vid skjønnsmargin i så henseende.

5 Hvilken kopiering skal det kompenseres for?

5.1 Generelle utgangspunkter og EU-rettslige rammer

Ved fastsettelsen av den rimelige kompensasjonen for privatkopiering må det tas stilling til hvilken kopiering det skal kopieres for. Som EU-domstolen har fremholdt helt siden den første dommen i sak C-467/08 (Padawan), skal det ved fastsettelsen av størrelsen på kompensasjonen tas hensyn til rettighetshaverens «eventuelle (mulige) skade» som følge av privatkopieringen, jf. ORD fortale pkt. 35 og 38.²⁰ Det må formentlig ses ut fra den synsvinkel at rettighetshaverne potensielt lider en skade, eller et tap, som følge av privatkopieringen, og det er denne det skal kompenseres for. Konseptet «skade» er ikke uproblematisk i denne sammenhengen fordi det reiser spørsmål om *hva* skaden relaterer seg til. Spørsmålet om det nærmere innholdet av skadebegrepet, skal drøftes i pkt. 7.1 nedenfor. Her skal bare nevnes at EU-domstolen i flere dommer har fremhevet at det å sikre opphaverne som lider skade en effektiv utbetaling av en rimelig kompensasjon, er en *resultatforpliktelse* på statens hånd.²¹

I Padawan-dommen, og gjentatt i flere senere dommer, har EU-domstolen likevel fastslått at det ikke bør være betalingsplikt for «minimal skade».²² Uttalelsen bygger direkte på en tilsvarende uttalelse i ORD fortalen pkt. 35 siste setning, og må i hvert fall forstås slik at statene ikke er *forpliktet* til å kompensere for minimal skade.²³ I praksis vil det innebære at kopiering som medfører minimal skade ikke må være gjenstand for kompensasjon. Det følger uttrykkelig av EU-domstolens praksis at statenes skjønnsmargin også omfatter fastsettelsen av

²⁰ Sak C-467/08 (Padawan), avsnitt 38 og 39.

²¹ C-462/09 (Stichting de Thuiskopie), avsnitt 39 m.fl.

²² Sak C-467/08 (Padawan), avsnitt 39 m.fl.

²³ I sak C-463/12 (Copydan) sier Generaladvokat Cruz Villalón på den annen side at det er tale om en mulighet og ingen forpliktelse, og at en medlemsstat ikke kan kritiseres for at den ikke har innført et unntak for minimal skade.

terskelen for hva som er en minimal skade.²⁴ Likevel må det antas at denne skjønnsmarginen ikke kan trekkes ut i det urimelige, idet minimal nødvendigvis må bety ubetydelig. Terskelen må derfor, i henhold til formålet bak kompensasjonen for privatkopieringen, antas å være lav.

Ettersom privatkopieringsvederlaget skal kompensere for «unntaket fra» eller «avgrensningen av» eneretten, beror spørsmålet om hvilken kopiering det skal betales for i stor utstrekning på de nasjonale reglene om privatkopiering. Det følger forutsetningsvis av EU-domstolens uttalelser om at der medlemsstatene ikke benytter seg av muligheten til å forby privatkopiering, bevarer rettighetshaverne eneretten til å tilby eller forby eksemplarframstilling.²⁵ Motsetningsvis er denne retten ikke i behold i den utstrekning medlemsstatene har avgrenset eneretten, og da skal det etter ORD art. 5(2)b) betales kompensasjon. På den bakgrunn står f.eks. rettstilstanden i Danmark, der det hevdes å være «prinsipielt underordnet for den konkrete vederlagspligt, om privatkopieringen falder inden for rammerne af § 12 [den danske privatkopieringsregelen]», i et tvilsomt forhold til EU-retten.²⁶ Prinsipielt må rammen for kompensasjonsplikten bestemmes av de nasjonale privatkopieringsreglene, forutsatt at de er i samsvar med EU-reglene og at privatkopieringen medfører mer enn minimal «skade» for rettighetshaverne.

I norsk sammenheng betyr det at kompensasjonsplikten i stor utstrekning bestemmes av åvl. § 26. Bestemmelsen i ORD art. 5(2)b) setter imidlertid visse rammer. For det første har EU-domstolen, som nevnt ovenfor, fremhevet flere ganger at det bare er fysiske personer som kan nyte godt av unntaket for privatkopiering. For det andre må det også antas at uttrykket «privat bruk» er EU-autonomt, selv om det ennå ikke finnes dommer som direkte problematiserer innholdet i begrepet. Det er imidlertid all grunn til å tro at innfallsvinkelen til begrepet i norsk rett – bruk innenfor den nære krets av familie og venner – er i samsvar med EU-retten.²⁷ Det innebærer bl.a. at deling på sosiale medier normalt ikke vil falle inn under § 26. For det tredje har EU-domstolen bekreftet det som følger av åvl. § 26 første ledd – at kopiering til privat bruk av verk fra ulovlig kilde (gjengitt i strid med loven) faller utenfor retten til

²⁴ Sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 61, jf. Generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i samme sak, avsnitt 99. Se også Joao-Pedro Quintais, *Copyright in the Age of Online Access: Alternative Compensation Systems in EU Law*, Aalphen an den Rijn 2017 s. 216.

²⁵ Jf. forente saker C-457/11 (VG Wort), avsnitt 34.

²⁶ Jf. Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 6. udgave, København 2016 s. 459. Implikasjonen er at vederlagsplikten følger av kompensasjonsbestemmelsen i den danske ophavsretsloven (ohl.) § 39, og ikke av privatkopieringsregelen i § 12.

²⁷ Jf. bl.a. sak C-135/10 (SCF), avsnitt 85.

privatkopiering.²⁸ Slik kopiering må derfor kompenseres ved erstatnings- eller vederlagskrav, jf. åvl. § 81.

Før vi går nærmere inn på grensene for § 26, skal vi bare ta opp et terminologisk spørsmål som følger av EU-domstolens praksis. I VG Wort-saken trekker EU-domstolen et skille mellom unntak (exceptions) fra og begrensninger/innskrenkninger (limitations) i eneretten til eksemplarfremstilling. «Unntak» betegner i den henseende at handlinger faller fullstendig utenfor eneretten, mens «begrensninger» eller «innskrenkninger» innebærer en delvis begrensning i eneretten.²⁹ Terminologien er noe fremmed i norsk rett, og så vidt jeg er kjent med annen europeisk rett også, og det er ikke nødvendigvis helt lett å trekke grensen mellom dem.³⁰ Men en klassifisering i henhold til EU-domstolens skille innebærer at § 26 må anses som en «innskrenkning», ettersom ikke all kopiering til privat bruk er tillatt etter denne bestemmelsen.³¹ Det siste vil understrekes i det følgende når vi nærmere skal skissere hvilken kopiering det skal kompenseres for etter denne bestemmelsen. Skillet har imidlertid ingen betydning ut over å markere forskjeller med hensyn til hvor grensene for den lovlige privatkopieringen går.³²

5.2 Kompensasjon for alle verkstyper mv.?

Åndsverkloven § 26 første ledd skiller ikke mellom verkstyper (og ved henvisningene i lovens tredje kapittel utøverprestasjoner, film- og musikkproduksjoner, databaser og fotografier), men slår på generell basis fast at eksemplarfremstilling til privat bruk er tillatt på nærmere bestemte vilkår. I bestemmelsens annet ledd er det imidlertid nedfelt flere unntak som gir anvisning på hvilken kopiering som faller utenfor retten til privat bruk, og som derfor er omfattet av eneretten. Det er her ikke tale om rene unntak for verkstyper, men unntak for bestemte kopieringsformer for nærmere bestemte verkstyper, bl.a. digital kopiering av dataprogrammer og databaser i digital form og slik ettergjøring av kunstverk som innebærer at det kan oppfattes som originaleksemplarer. Kompensasjonen for privatkopiering skal med andre ord ikke omfatte slik kopiering.

²⁸ Sak C-435/12 (ACI Adams), særlig avsnitt 35–41.

²⁹ Forente saker C-457/11 og C-460/11 (VG Wort), avsnitt 33–34.

³⁰ Jf. Thomas Dreier, «EuGH, Privatkopie und kein Ende? Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 27. Juni 2013 – C-457/11 bis C-460/11 – VG WORT», *ZUM* 2013 s. 769–775 på s. 773–774.

³¹ Som Dreier imidlertid påpeker (se noten ovenfor), innebærer den såkalte den såkalte «tretrinns-testen» at rene «unntak» fra eneretten, i henhold til EU-domstolens terminologi, i praksis er umulig å tenke seg.

³² Jf. Dreier, op. cit. Se nærmere nedenfor i 6.1.

Videre har unntaket for bruk av såkalt fremmed hjelp i § 26 tredje ledd stor praktisk betydning, og særlig for musikkverk og filmverk (bokstavene a og b). Jeg vil derfor knytte noen særskilte kommentarer til det. Unntaket reiser et tolkningsspørsmål knyttet til tjenester som tilrettelegger for privatkopiering. Aktuelle eksempler er såkalte «virtuelle PVR-tjenester» og offline-kopiering i strømmetjenester. Etter § 26 tredje ledd tredje pkt. betyr fremmed hjelp «bistand fra en utenforstående, enten ved selve eksemplarframstillingen eller ved at fremstillingsutstyr stilles til rådighet». I de aktuelle eksemplene vil brukeren selv initiere selve kopieringen, så spørsmålet er om tjenestene innebærer at «fremstillingsutstyr stilles til rådighet». Selv har jeg tidligere tatt til orde for at tilrådighetsstillelse av PVR-spillere med opptaksfunksjon i sin alminnelighet ikke bør anses som fremmed hjelp, idet de i prinsippet har samme funksjon som annet opptaksutstyr, selv om det skjer en viss grad av tilrettelegging ved bruk av menyer mv.³³ Jeg mener det samme må gjelde med tjenester som «offline-funksjoner» osv. Selv om tjenestene tilrettelegger for at det skal fremstilles kopier, ytes det ikke særskilt bistand ved selve kopieringen, og jeg mener situasjonen er annerledes enn der biblioteker mv. stiller kopimaskiner til rådighet for selvbetjening i biblioteker mv. der det må særskilt tilrettelegges for selve kopieringen.³⁴ Jeg legger vekt på at privatkopieringsregelen vil få liten rekkevidde dersom all tilrettelegging for den skal omfattes av unntaket for fremmed hjelp.

Det må likevel gå en *grense* med hensyn til *graden av* tilrettelegging for privatkopieringen, som klart var overskredet i sak C-265/16 (VCast). Her stilte tjenestetilbyderen også TV-programmer og kanaler tilgjengelig for brukeren, uten at tilgjengeliggjøringen var klarert på forhånd, og de måtte derfor anses som overføring til en ny allmennhet. Domstolen kom, ikke overraskende, til at tjenester med en slik dobbel funksjon ikke var i samsvar med privatkopieringsregelen i ORD art. 5(2)b), og resultatet er heller ikke tvilsomt under åvl. § 26.³⁵ I tillegg til at tilretteleggingsaktiviteten her var av en slik art at kopieringen bør sies å være utført med fremmed hjelp, var kopieringsgrunnlaget heller ikke lovlig, jf. åvl. § 26 første ledd. For privatkopieringsvederlaget kan man etter mitt skjønn legge til grunn at alminnelige PVR-tjenester faller inn under § 26, mens mer omfattende ordninger – og i alle fall slike det var tale om i VCast – faller utenfor.

³³ Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2019 s. 303-304.

³⁴ Se Ot. prp. nr. 46 (2004–2005) s- 40, med henvisning til tidligere lovforarbeider.

³⁵ Sak C-265/16 (VCast), avsnitt 38, og for øvrig avsnitt 37 flg.

Ut over det som dekkes av unntakene i åvl. § 26 annet og tredje ledd bør det legges til grunn at alle kategorier verk og nærstående prestasjoner *i prinsippet* skal kompenseres ved privatkopieringsordningen, med mindre den medfører minimal skade. EU-domstolen har også i noen dommer om avgift på kopieringsutstyr fremhevet at det ikke er nødvendig å *bevise* at utstyret rent faktisk er benyttet til privatkopiering så lenge som det er en berettiget presumpsjon for at kopieringsfunksjonene rent faktisk benyttes.³⁶ Overført til den norske ordningen betyr det at man kan operere med presumpsjoner om kopiering av verk, uten at man behøver helt konkrete tall for faktisk kopiering. Hvis det derimot er usannsynlig at visse verkstyper kopieres i mer enn minimal grad, foreligger det neppe noen skade som skal kompenseres etter ordningen.

I fortalen til ORD pkt. 38 står det at medlemsstatene bør ha muligheter for å fastsette unntak eller innskrenkninger i eneretten for visse typer reproduksjon av lydmateriale, billedmateriale og audiovisuelt materiale til privat bruk mot en rimelig kompensasjon. Uttalelsen har av enkelte vært tolket slik at kompensasjonsplikten *bare* gjelder for slikt materiale som nevnt i dette punktet. En slik forståelse er av flere grunner åpenbart ikke riktig. For det første gjelder uttalelsen egentlig muligheten for å fastsette *unntak* fra eneretten for privatkopiering og ikke kompensasjonen for privatkopiering. For det andre er det ingen holdepunkter i *selve bestemmelsen* for at kompensasjonsplikten er begrenset til slike frembringelser.³⁷ Og for det tredje er det heller ikke nærliggende å trekke motsetningsslutninger fra selve uttalelsen i fortalen – tvert imot tilsier sammenhengen med selve bestemmelsen at uttalelsen bare er en understreking av statenes muligheter for å unnta privatkopiering av nevnte frembringelser fra eneretten mot kompensasjon, uten at det stenger for tilsvarende mulighet for andre typer frembringelser.

For å være konkret, synes det å være tynt grunnlag for å utelukke verkstyper som litterære og visuelle verk fra ordningen for privatkopiering. Beslutningen i Norge om å inkludere slike verkstyper i ordningen kan derfor neppe anses som noen overoppfyllelse av EU-rettslige forpliktelser. Som nevnt omfattes slike verkstyper av åvl. § 26, noe som etter EU-retten er avgjørende for at kompensasjonsplikt inntreffer. Oversikter over faktisk kopiering utarbeidet av

³⁶ Sak C-67/08 (Padawan), avsnitt 54, m.fl.

³⁷ Jf. Jørgen Blomqvist, *Responsum vedrørende fortolkningen af Infosoc direktivets artikel 5, stk. 2, litra a og b, sammenholdt med betragtning 35 og 38*, datert 23. august 2017, s. 3-4, bl.a. med henvisning til at uttalelser i direktivers fortaler ikke kan påberopes som støtte for å fravike selve bestemmelsen. Se også Anders Kristian Rasch og Martin Kyst, «Om kompensasjonsordninger for privat kopiering af digitalt tekstmateriale, *NIR* 2017 s. 373-380, på s. 376-377.

Norwaco viser at slike verkstyper rent faktisk kopieres på medier som Internett og på PC, mobiltelefoner, minnebrikker, skylagring, i tillegg til skjermbilder og fysisk kopiering. Det er liten grunn til å tro at denne kopieringen medfører minimal skade, og følgen er i så fall at kopieringen *skal* kompenseres. *Hvor mye* beror på faktorer vi vil komme tilbake til i pkt 7 nedenfor, og blir også et fordelingsspørsmål..

Spørsmålet er videre om det er grunnlag for å unnta visse kopieringsformer, f.eks. fotokopiering, bl.a. med henvisning til at slik kopiering i stor utstrekning dekkes av avtalelisensordninger og at kopieringen i liten grad konkurrerer med salg av bøker. Etter min mening er det tvilsomt om man kan unnta fotokopiering (reprografi) med en slik begrunnelse. Dels er det ikke gitt at det er konkurransen med salg som er parameteret for skaden i henhold til EU-direktivet, og i hvert fall ikke at det er det eneste parameteret. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i pkt. 7.1. Dels skal avtalelisensene i prinsippet ikke dekke privatkopiering, og både f.eks. studentkopiering og det man i Norge omtaler som kopiering til personlig yrkesmessig bruk hjemles i åvl. § 26 og ikke i avtalelisensene.³⁸ Men både eksistensen av avtalelisensen og «konkurransesynspunktet» kan ha betydning for vurderingen av omfanget av skaden rettighetshaveren lider ved slik kopiering.

5.3 Bare kopiering av «enkelte eksemplar» er tillatt etter § 26 og skal kompenseres
En substansiell grense for privatkopieringen i norsk (og øvrig nordisk) rett ligger i kravet om at «enkelte» eksemplarer av et verk får kopieres til privat bruk. Dette kravet har siden 1961-loven fungert som det reelle balansepunktet mellom rettighetshaver- og brukerinteressene. Kravet markerer at det ikke er meningen at privatkopieringsregelen skal gi grunnlag for massekopiering på brukerens hånd. Kravet er beholdt uendret siden 1961, selv om den teknologiske utviklingen stiller det i et helt annet lys. På 1960-tallet, da avskrift var en vanlig form for kopiering og lydbånd knapt fantes, var det store faktiske hindringer for privatkopiering, og den rettslige begrensningen til «enkelte eksemplar» supplerte disse. I dag er det få faktiske begrensninger ut over de rettighetshaverne selv innfører (tekniske beskyttelsessystemer), og mulighetene til å kopiere nær sagt det man kommer over er formidable.

I den situasjonen kan man stille spørsmål ved om begrensningen «enkelte eksemplar» bare skal relateres til hvert enkelt verk, eller om det også pålegges en begrensning i den totale kopieringen som kan skje på grunnlag av § 26. Spørsmålet var gjenstand for analyse i Thomas

³⁸ Se nedenfor i 5.4.

Rieber-Mohns doktoravhandling, utgitt i 2010, og er ikke blitt mindre aktuelt siden da.³⁹ Det kan bl.a. problematiseres i relasjon til abonnementstjenester som tillater omfattende privatkopiering. Slike tjenester skal drøftes nærmere nedenfor i pkt. 6. Her skal jeg bare gjenta det jeg har gitt uttrykk for tidligere – at spørsmålet burde vært problematisert ved den norske lovreformen i 2018, ikke minst på bakgrunn av Rieber-Mohns avhandling.⁴⁰ Selv er jeg åpen for at formuleringen «enkelte eksemplar av et verk» kan tolkes som en totalbegrensning på hva som kan kopieres innenfor rammen av privatkopieringsregelen, selv om ordlyden isolert sett trekker mot at vurderingen må relateres til det enkelte verk.⁴¹ Her bør det også tas i betraktning at ny teknologi gjør at én enkel kopi kan tjene samme funksjon som flere kopier gjorde under andre teknologiske omstendigheter. Det får i alle fall tas i betraktning at begrensningen til «enkelte eksemplar» er ment som en reell begrensning i adgangen til privatkopiering. En formålsoverordnet tolkning som tar hensyn til teknologisk utvikling må derfor kunne forsvares, selv om det er grunn til en viss forsiktighet, ikke minst med hensyn til enerettsreglenes grunnlag for straffebud. I et større perspektiv kan det diskuteres om den tekniske utviklingen har løpt fra (det fellesnordiske) kriteriet «enkelte eksemplar» og om det i stedet bør innføres andre avgrensningskriterier som bedre avspeiler dagens teknologiske virkelighet.

5.4 Ikke kopiering i ervervsøyemed

Åndsverkloven § 26 første ledd omfatter ikke eksemplarframstilling «i ervervsøyemed». Kriteriet er nok i stor utstrekning sammenfallende med «privat bruk», men i den utstrekning man kan tenke seg privat bruk i ervervsøyemed, er den ikke kompensasjonsberettiget. Uttrykket «ervervsøyemed» må antas å være noe videre enn uttrykket «direkte eller indirekte kommersiell» i ORD art. 5(2)b), selv om det ikke finnes noen uttrykkelig avklaring av sistnevnte. Det får likevel antas at det norske kriteriet er i samsvar med EU-retten, ettersom statene har frihet til å innskrenke adgangen til privatkopiering ut over det som følger av direktivets fakultative mulighet.

Det er i alle fall bare tale om nyanser. Etter den norske regelen omfattes ikke kopiering innenfor virksomheter som driver etter selvkostprinsipper,⁴² selv om man kan stille spørsmål

³⁹ Se Thomas Rieber-Mohn, *Digital privatkopiering – åndsverkloven § 12 i møte med tekniske beskyttelsessystemer og rettslige omgåelsesforbud*, Oslo 2010 s. 124-127.

⁴⁰ Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2019 s. 306.

⁴¹ Jf. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2019 s. 306, der jeg gir uttrykk for at Rieber-Mohns avvisende standpunkt (Rieber-Mohn, *Digital privatkopiering* s. 127) «kan ... synes å gå litt langt».

⁴² Jf. Ot. prp. nr. 85 (1997–98) s. 31.

ved om slike virksomheter kan hevdes å være (indirekte) kommersielle. Derimot har man i norske lovforarbeider lagt til grunn at kopiering til det man har omtalt som «personlig yrkesmessig bruk» ikke omfattes av uttrykket «erhvervsøyemed».⁴³ Slik dette kriteriet er forstått i norsk rett, støtter jeg den forståelsen og dermed også at slik kopiering ikke kan anses å være «indirekte kommersiell», i strid med ORD art. 5(2)b). I dansk rettslitteratur har det vært hevdet at kopiering til bruk i arbeid må anses som indirekte kommersiell.⁴⁴ Jeg mener oppfatningen er unyansert, og anser at kopiering som skjer på arbeidstakerens initiativ⁴⁵ – ut fra personlige interesser – heller ikke bør anses som «indirekte kommersiell». Jeg er imidlertid enig i at uttrykket «direkte og indirekte kommersiell» er et EU-autonomt begrep og at det til syvende og sist er EU-domstolen som avgjør.⁴⁶ Jeg mener imidlertid det går for langt å anse all kopiering av arbeidstakere som indirekte kommersielt, og anser det heller ikke nødvendig av hensyn til rettighetshaverne som vil kompenseres for slik bruk.

Studentkopiering får som utgangspunkt anses ikke å være i ervervsøyemed, men også her må det trekkes en grense mot kopiering som er nødvendig for at elevene eller studentene skal utføre de oppgavene de er pålagt som følge av undervisningsopplegget – slik kopiering omfattes av avtalelisensen i åvl. § 46, og kompenseres ikke etter privatkopieringsordningen.⁴⁷

5.5 Ikke bruk i medhold av andre avgrensingsregler

I enkelte tilfeller kan det tenkes at handlinger som strengt tatt kan anses som eksemplarframstilling til privat bruk, faller inn under andre avgrensingsregler som ikke forutsetter at det ytes kompensasjon. I slike tilfeller må «fribruksregelen» gå foran ut fra et lex specialis-synspunkt (spesielle regler går foran generelle) – i motsatt fall oppfylles ikke regelens intensjon. Det innebærer bruk av et alminnelig tolkningsprinsipp, og må anses for å være i samsvar med EU-reglene så lenge spesialbestemmelsen har hjemmel i EU-retten. Et eksempel er regelen om midlertidig kopiering i åvl. § 4, som dessuten gjennomfører en unntaksregel i ORD som statene har plikt til å gjennomføre. Midlertidige kopier som oppfyller betingelsene i § 4 vil være tillatt å fremstille uten at det skal kompenseres for privat bruk. Tilsvarende kan f.eks. ikke handlinger som strengt tatt innebærer eksemplarframstilling

⁴³ Se senest Prop. 104 L (2016–2017) s. 119.

⁴⁴ Se Morten Rosenmeier, Jørgen Blomqvist, Thomas Riis, Jens Schovsbo, Sebastian Felix Schwemer, Henrik Udsen, «Dansk ophavsret til EU-retligt servicegenemsyn. Hvor går grænserne for dansk ophavsret?», *NIR* 2018 s. 291–357, på s. 324; Martin Kyst, «Når EU-lovgivning møder national lov – et synspunkt fra Danmark», *NIR* 2020 s. 66–70, på s. 67.

⁴⁵ Prop. 104 L (2016–2017) s. 119.

⁴⁶ Jf Kyst, op. cit., på s. 67.

⁴⁷ Jf. Vederlagsnemndas vedtak i sak 1/07 (Kopinor).

utløse privatkompensasjon der bruken spiller en underordnet rolle i sammenhengen (§ 30).

Men i så fall vil det neppe heller være tale om noe mer enn en minimal skade. Kopiering som faller innenfor avtalelisenser skal i prinsippet ikke anses dekket av § 26 og dermed heller ikke av kompensasjonen for privatkopiering.

5.6 Bare kopiering fra lovlig kilde

Som nevnt følger det av EU-domstolens praksis at kopiering fra ulovlig kilde ikke omfattes av adgangen til å gjøre unntak eller innskrenkninger i eneretten til privatkopiering i henhold til ORD art. 5(2)b). Det ble slått fast i sak C-435/12 (ACI Adams), der domstolen bl.a. fremhevet at en anerkjennelse av at eksemplarframstilling kunne foretas fra en ulovlig kilde, ville ansporet til handel med forfalskninger og piratkopier, og redusere omsetningen ved salg og andre lovlige transaksjoner. Følgen er at heller ikke kompensasjonen for privatkopiering kan omfatte kopiering fra ulovlig kilde. Norsk opphavsrettslovgivning har vært i samsvar med dette siden innføringen av dagens kompensasjonsordning i 2005. Det avspeiles i åvl. § 26 første ledd, som forutsetter at eksemplarframstillingen til privat bruk ikke skjer «på grunnlag av et verk som er gjengitt i strid med denne loven», og § 26 fjerde ledd som knytter kompensasjonen til kopiering som skjer i medhold av første ledd. Det er derfor ikke tvilsomt at kompensasjonen ikke omfatter privatkopiering fra ulovlig kilde, og at EU-/EØS-reglene også er til hinder for å la kompensasjonen omfatte slik kopiering.

5.7 Oppsummering

Det fremgår av det ovenstående at kompensasjonen for privatkopiering skal dekke all eksemplarframstilling til privat bruk som omfattes av åvl. § 26. Det betyr at kompensasjonen ikke omfatter

- Eksemplarframstilling til annet enn privat bruk
- Eksemplarframstilling av verk som nevnt i § 26 annet ledd
- Eksemplarframstilling ved bruk av fremmed hjelp som nevnt i § 26 tredje ledd, herunder virtuelle PVR-tjenester mv. som innebærer spesielle former for tilrettelegging
- Eksemplarframstilling av mer enn «enkelte eksemplarer»
- Eksemplarframstilling i ervervsøyemed, herunder for kommersielle formål
- Eksemplarframstilling som dekkes av andre fribruksregler (§§ 4, 30, 31 mv.)
- Eksemplarframstilling som dekkes av avtalelisenser
- Eksemplarframstilling fra ulovlig kopieringsgrunnlag

I tillegg skal det bare kompenseres for privatkopiering som medfører skade for rettighetshaverne, samtidig som det er adgang til å la være å kompensere for minimal skade. Statene har en skjønnsmargin med hensyn til å bestemme hva som er minimal skade. Vi kommer nærmere inn på dette i pkt. 6 og 7 nedenfor.

6 Avtalt kopiering og bruk av tekniske beskyttelsessystemer

6.1 Avtalt eller lisensiert kopiering og forholdet til EU-retten – VG Wort og Copydan-dommene

Et vanskelig spørsmål er forholdet mellom den direktivfestede (og lovbestemte) ordningen for kompensasjon for privatkopiering og avtaler om eller lisensiering av sluttbrukeres kopiering. Rent umiddelbart skulle man tenke at i hvert fall der nasjonal rett tillater avtaler som fraviker fra privatkopieringsreglene, går slike avtaler foran privatkopieringsreglene. Det ville i så fall bety at rettighetshaverne er bundet av avtalene og dermed også individuelle vederlag som avtales for kopieringen. En naturlig konsekvens ville i så fall også være at de individuelle avtalene gikk til fradrag i kompensasjonen for privatkopiering, for å unngå at rettighetshaverne får betalt to ganger for samme utnyttelse (dobbelbetaling). ORD fortalen pkt. 35 kan synes å støtte en slik forståelse. Der uttales det at «[i] visse sager, hvor rettighedshaverne allerede har modtaget en anden form for betaling, f.eks. som del af en licensafgift, bør der ikke forfalde specifik eller særskilt betaling». I sammenhengen kan det derfor virke som om direktivet forutsetter at det skal gjøres fradrag for avtalt eller lisensiert bruk.

EU-domstolens dommer i forente saker C-457/11 og 460/11 (VG Wort) og C-463/12 (Copydan) kompliserer imidlertid bildet. Begge dommene gjaldt avgift på kopieringsutstyr, henholdsvis på PC-er, printere og plottere i Tyskland (VG Wort) og minnekort mv. for mobiltelefoner i Danmark (Copydan). I begge sakene ble det reist spørsmål (bl.a.) om det forhold at en rettighetshaver har gitt tillatelse til eksemplarframstilling av sitt verk, har innvirkning på den rimelige kompensasjonen som skal betales etter ORD art. 5(2)b). For å ta uttalelsen i VG Wort først, uttalte EU-domstolen følgende, etter å ha understreket at medlemsstatene står fritt til å bestemme om de skal gjøre unntak fra eller innskrenkninger i eneretten til eksemplarframstilling:

«37 Når en medlemsstat i henhold til en bestemmelse i artikkel 5, stk. 2 eller 3, i direktiv 2001/29 inden for rammerne af denne bestemmelses materielle anvendelsesområde har besluttet

at udelukke enhver ret for rettighedshaverne til at tillade reproduktion af deres værker eller andre beskyttede frembringelser, er en eventuel tilladelse, som disse sidstnævnte har afgivet, uden retsvirkninger i denne medlemsstats lovgivning. En sådan handling har dermed ingen indvirkning på det tab, der påføres rettighedshaverne som følge af indførelsen af den omhandlede retlige privatforanstaltning, og kan derfor ikke have nogen indvirkning på den rimelige kompensation, uanset om denne er fastsat på et obligatorisk eller frivilligt grundlag i medfør den anvendelige bestemmelse i dette direktiv.

38 Såfremt en medlemsstat derimod ikke har besluttet fuldstændigt at udelukke denne ret for rettighedshaverne til at tillade reproduktion af deres værker eller andre beskyttede frembringelser, men har indført en simpel indskrænkning af denne ret, må det afgøres, om den nationale lovgiver i den foreliggende sag har haft til hensigt at bevare ophavsmændenes ret til reproduktion.

39 Såfremt denne ret til reproduktion er bevaret i den foreliggende sag, finder bestemmelse om vedrørende den rimelige kompensation ikke anvendelse, idet den indskrænkning, som den nationale lovgiver har fastsat, ikke tillader reproduktion uden ophavsmændenes tilladelse, og således ikke medfører den form for skade, som den rimelige kompensation skal opveje. Såfremt retten til reproduktion i den foreliggende sag ikke er blevet bevaret, har tilladelsen derimod ingen indflydelse på den for ophavsmændene lidte skade og kan dermed ikke have nogen indvirkning på den rimelige kompensation.»

I Copydan-dommen sier EU-domstolen:

«65 Herefter bemærkes, at Domstolen for så vidt angår betydningen for den rimelige kompensation af rettighedshaverens tilladelse til at bruge de filer, der indeholder beskyttede værker, har udtalt, at når en medlemsstat i henhold til artikel 5, stk. 2, i direktiv 2001/29 har besluttet inden for rammerne af denne bestemmelses materielle anvendelsesområde at udelukke enhver ret for rettighedshaverne til at tillade private reproduktioner af deres værker, er en eventuel tilladelse, som disse sidstnævnte har afgivet, uden retsvirkninger i denne medlemsstats lovgivning. En sådan handling har dermed ingen indvirkning på den skade, der påføres rettighedshaverne som følge af indførelsen af den omhandlede retlige privatforanstaltning, og kan derfor ikke have nogen indvirkning på den rimelige kompensation, uanset om denne er fastsat på et obligatorisk eller frivilligt grundlag i medfør af den anvendelige bestemmelse i dette direktiv (jf. dom VG Wort m.fl., C-457/11 – C-460/11, EU:C:2013:426, præmis 37).

66 Eftersom den nævnte tilladelse under betingelser som dem, der er præciseret i ovenstående præmis i denne dom, er uden retsvirkninger, kan den ikke i sig selv give anledning til en pligt til at betale noget vederlag for den private reproduktion for brugeren af de pågældende filer til rettighedshaveren, som har tilladt brugen af disse filer.»

Ettersom det har vært diskusjon om hva EU-domstolens uttalelser innebærer, skal jeg drøfte det nærmere i lys av forskjellige synspunkter som har vært fremme. Bare et par generelle bemerkninger først:

For det første kan nok uttrykksformen «udelukke enhver ret for rettighedshaverne» forlede noen til å tro at det bare er ved «unntak», og ikke «innskrenkninger», at slike tillatelser er uten rettsvirkninger. En slik forståelse er det imidlertid ikke grunnlag for. Også ved «innskrenkningene» vil det være et område der rettighetshavernes enerett er utelukket – som påpekt ovenfor i pkt. 5.1, går EU-domstolens litt merkelige skille mellom «unntak» og

innskrenkninger utelukkende på *omfanget* av begrensningen i eneretten.⁴⁸ Dessuten ville avsnitt 39 i VG Wort-dommen gi liten mening dersom man skulle forstå uttalelsene slik at tillatelser til bruk har rettsvirkninger ved innskrenkninger av eneretten. Hovedpoenget der er nettopp at tillatelsene vil ha rettsvirkninger utenfor rammen av innskrenkningen.

Motsetningsvis må det nødvendigvis følge at tillatelsene ikke har rettsvirkninger så langt innskrenkningen gjelder.

For det andre må det for norsk retts vedkommende tas i betraktning at forarbeidene til åvl. § 26 presiserer at det ikke er meningen at bestemmelsen skal være ufravikelig ved avtale (preseptorisk).⁴⁹ Et sentralt spørsmål ved forståelsen av EU-domstolens uttalelser i en norsk kontekst er derfor hvordan de harmonerer med forutsetningen i de norske forarbeidene. Det har avgjørende betydning ved fastsettelsen av grensene for hva som skal kompenseres under den norske privatkopieringsregelen.

6.2 Tolkningalternativ 1: Privatkopieringsreglene skal være preseptoriske

Én mulig forståelse av EU-domstolens uttalelser i VG Wort og Copydan er at privatkopieringsreglene fullt ut er ufravikelige (preseptoriske), og at avtaler som kommer i konflikt med dem vil være ugyldige og uten rettsvirkninger etter nasjonal rett. En slik forståelse kan spores hos Peter Schønning, som i den nyeste utgaven av sin opphavsrettskommentar skriver følgende, etter å ha konstatert at bestemmelsene i den danske opphavsretsloven kap. 2 «kan fraviges ved aftale, med mindre andet fremgår af den enkelte bestemmelse»:

«I EU-domstolens dom af 27.6.2013 (VG Wort) udtales det i premis 37: [Sitat fra første setning, se ovenfor]. Denne udtalelse indikerer, at aftaler og tilladelser, der omfatter en brug, der er lovlig på grund af en undtagelse i loven, er ugyldig.»⁵⁰

Ettersom Schønning her både viser til «aftaler og tilladelser», kan det virke som han leser EU-domstolens uttalelse i VG Wort slik at privatkopieringsreglene (og andre «undtagelser») skal være preseptoriske,⁵¹ selv om han uttaler at reglene i den danske lovens kap. 2 er «princiipielt deklarasoriske» (fravikelige).⁵² Det er langt fra en uforståelig tolkning av det EU-domstolen sier. Det at tillatelser skal være uten rettsvirkninger, kan motsatt indikere at også avtalte forbud skal være det, ettersom forbud og tillatelser er to sider av eneretten. Dermed kan det

⁴⁸ Jf. Thomas Dreier, «EuGH, Privatkopie und kein Ende», *ZUM* 2013 s. 769–775 på s. 773–774.

⁴⁹ Prop. 104 L (2016–2017) s. 121.

⁵⁰ Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 6. udgave, København 2016 s. 257.

⁵¹ Merk at Schønning oppfatter uttrykkene «undtagelser» og «innskrenkninger» som synonymer, op. cit. s. 252.

⁵² Schønning, op. cit., s. 252.

hevdes at så lenge eneretten er avgrenset mot kopiering til privat bruk, vil både avtalte forbud og tillatelser være uten rettsvirkninger.

På den annen side får en slik tolkning potensielt store negative konsekvenser for utvikling av forretningsmodeller, bl.a. basert på strømmetjenester som ikke forutsetter at det skal fremstilles eksemplarer. Dessuten er en regel om absolutt ufravikelighet vanskelig å forene med EU-domstolens uttalelser både i VG Wort og Copydan, og ORD fortalen pkt. 35, om betydningen av bruk av tekniske beskyttelsessystemer, som jeg vil komme nærmere tilbake til i 6.6 nedenfor. Her skal det bare nevnes at EU-domstolen forutsetter, i tråd med ORD fortalen pkt. 35, at bruken av tekniske beskyttelsessystemer vil påvirke det totale vederlagsnivået for privatkopiering.⁵³ Det rimer i så fall dårlig med en regel om at avtalte forbud mot privatkopiering skal være uten rettsvirkninger. Ettersom domstolen ennå ikke har *uttrykt* at avtalte forbud skal være uten rettsvirkninger – bare at tillatelser til privatkopiering som er tillatt etter loven skal være det – bør man heller ikke tolke uttalelsene i VG Wort og Copydan i den retningen. Det betyr at etter norsk rett i dag bør man, i tråd også med forutsetningene i lovforarbeidene, åpne for at avtalte forbud er *kontraktsrettslig* gyldige (inter partes). Om brudd på avtalte forbud også vil innebære opphavsrettskrenkelser, er et annet spørsmål som skal drøftes i neste avsnitt.

6.3 Tolkningsalternativ 2: Privatkopieringsregelen er deklarasjon, og kompensasjonsordningen omfatter ikke avtalt eller lisensiert kopiering

I en betenkning skrevet på oppdrag fra Norwaco, datert 15. mai 2020, har advokat Thomas Rieber-Mohn gitt uttrykk for at forutsetningene i de norske forarbeidene om at privatkopieringsreglene er fravikelige (deklaratoriske), innebærer at avtalte vilkår for privatkopieringen *har* rettsvirkninger. Dermed trekkes bl.a. den konklusjon at strømmetjenester med innlagt, og avtalt, adgang til privatkopiering («offline-tjenester») ikke faller inn under kompensasjonen for privatkopieringen, men følger avtalt betaling. Denne forståelsen innebærer både en tolkning av VG Wort og Copydan-dommene og forutsetningene i lovforarbeidene som fortjener en nærmere drøftelse her. Dette gjelder ikke minst fordi forståelsen får betydning for hvilken kopiering den norske ordningen for kompensasjon av privatkopiering skal dekke.

⁵³ Forente saker C-457/11 og 460/11 (VG Wort), avsnitt 58; sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 72.

Rieber-Mohns forståelse av privatkopieringsreglene⁵⁴ er i korthet som følger: Ettersom åvl. § 26 er fravikelig, vil det ha betydning for grensene for rettighetshavernes enerett. Følgen er at kopiering i samsvar med avtaler skjer innenfor rammen av *eneretten* og ikke privatkopieringsregelen i § 26. Denne forståelsen er, ifølge Rieber-Mohn, i samsvar med VG Wort og Copydan fordi disse dommene «gir anvisning på at spørsmålet må løses på grunnlag av hvordan nasjonal lovgiver konkret har utformet privatkopieringsunntaket». Ettersom den norske lovgiveren har gitt uttrykk for at § 26 kan fravikes ved avtale, mener Rieber-Mohn at «dommene klart tilsier ... at offlinekopiering ikke skal anses kompensasjonsberettiget».

Denne konklusjonen stemmer, ifølge Rieber-Mohn ... godt med EU-Domstolens grunnpremiss om at privatkopieringsvederlag etter direktivet art 5(2)(b) bare skal kompensere for den kopiering som nasjonal lovgivning *pålegger* rettighetshaverne *å tåle*.» Konklusjonen hevdes også å stemme «godt med ordlyden i den norske lovbestemmelsen, som omhandler fremstilling av eksemplarer *«etter første ledd»*. Når tilbyderer fritt kan nekte og forhindre, men likevel tillater offlinekopiering – og endog sørger for den tekniske funksjonaliteten og infrastrukturen som muliggjør kopieringen – er dette ikke en kopiering som skjer etter åndsverkloven § 26 første ledd, men etter tjenestetilbyderens tillatelse og tilrettelegging.» For egen regning kan jeg tilføye at Rieber-Mohns forståelse også kan kobles til uttalelsene i VG Wort avsnitt 37 og Copydan avsnitt 65 om at tillatelsene blir uvirksomme der staten har «udelukket enhver ret for rettighetshaverne til at tillade reproduktion af deres værker». Ut fra Rieber-Mohns resonnement er ikke det tilfellet der det er meningen at privatkopieringsreglene kan fravikes ved avtale.

Ettersom EU-domstolen ikke har uttalt seg uttrykkelig om privatkopiering ved strømmetjenester mv., skal jeg være forsiktig å avvise Rieber-Mohns forståelse helt. Jeg har også sympati for tankene bak løsningen. Men jeg vil trekke frem to problemer med Rieber-Mohns tolkning som gjør at jeg stiller meg sterkt tvilende til holdbarheten av den. Det ene har med forståelsen av EU-domstolens dommer å gjøre, det andre gjelder grunnpremisen i resonnementet om at brudd på avtalte vilkår (om offlinekopiering i strømmetjenester) er et inngrep i den opphavsrettslige eneretten etter norsk rett.

Hvis vi først bare tar utgangspunkt i de norske forarbeidsuttalelsene om at privatkopieringsreglene kan fravikes ved avtale, må det understrekes at en slik rettsstilstand er forutsetningen for at spørsmålene i VG Wort og Copydan overhodet kom opp. Hvis nasjonal

⁵⁴ Merk at Rieber-Mohns vurdering er todelt, og også omfatter spørsmålet om betydningen av tekniske beskyttelsessystemer. Dette spørsmålet vil bli diskutert nedenfor i pkt. 6.6.

rett ikke tillater avvikende avtaler, vil det heller ikke oppstå spørsmål for EU-domstolen om betydningen av tillatt kopiering. I så fall kan den nasjonale domstolen bare se bort fra disse avtalene og konstatere at kopieringen må kompenseres på grunnlag av privatkopieringsregelen. Når spørsmålet kom opp for EU-domstolen, var det nettopp fordi slike tillatelser isolert sett ville ha rettsvirkninger i nasjonal rett. Dermed var det naturlig å spørre EU-domstolen om hvilken betydning de ville ha for privatkopieringsvederlaget. Både i Tyskland og i Danmark har det vært lagt til grunn at avtaler om privatkopiering kan ha kontraktsrettslig virkning, til tross for reglene om avgrensning av eneretten.⁵⁵ På den bakgrunn er det rimelig å forstå EU-domstolens dommer slik at tillatelser *ikke* kan ha kontraktsrettslige virkninger *fordi* de går på tvers av avgrensningen av *eneretten* i loven. Det støttes av forholdet mellom Generaladvokatens og domstolens uttalelser i Copydan-saken, som skal omtales nærmere nedenfor i pkt. 6.5.

Rieber-Mohn går imidlertid lenger enn dette, idet han mener at uttalelsene i de norske lovforarbeidene om ufravikelighet angir grensene for eneretten. Implikasjonen er at avtaler som fraviker fra § 26 innebærer utøvelse av *eneretten*. For å ta resonnementet fullt ut, sier Rieber-Mohn at forarbeidene til åndsverkloven viser at «norsk lovgiver har *hatt til hensikt* å overlate til rettighetshaveren å *regulere* kopieringsadgangen i disse tilfellene. Ut fra denne klart uttrykte hensikten i lovforarbeidene, mener vi det er grunnlag for å konkludere med at slik regulering fra rettighetshavernes side også skal ha *opphavsrettslig* virkning. Med andre ord at rettighetshaveren i disse situasjonene har sin opphavsrettslige enerett i behold.»

Det siste er nokså oppsiktsvekkende. Ikke bare går det imot standpunktet Rieber-Mohn tok til dette spørsmålet i sin egen doktoravhandling, riktignok under en annen lov.⁵⁶ Meg bekjent har det *aldri* vært hevdet at brudd på avtalte begrensninger i avgrensningsreglene innebærer opphavsrettskrenkelser i norsk rett. Det man har av uttrykkelige uttalelser i lovforarbeider om *virkningene* av avtalte begrensninger i «lånereglene», peker klart i retning av at slike begrensninger *bare* har kontraktsrettslige, og ikke opphavsrettslige, virkninger.⁵⁷ En annen løsning skaper flere problemer.

⁵⁵ Se for dansk rett, Peter Schønning, Ophavsretsloven med kommentarer s. 257, og tysk rett Ferdinand Melichar og Malte Stieper, Vor § 44a, i Ulrich Löwenheim, Matthias Leistner, Ansgar Ohly, *Schricker/Löwenheim Urheberrecht Kommentar*, 5. Ausg., München 2017 s. 1150 (avsnitt 56).

⁵⁶ Se Thomas Rieber-Mohn, *Digital privatkopiering*, Bergen 2010 s. 161.

⁵⁷ Jf. Ot. prp. nr. 15 (1994–95) s. 85, der det generelt uttales at «[p]rivat forbehold som tas på tvers av åndsverklovens lånebestemmelser gir ... ikke grunnlag for å anvende åndsverklovens sanksjonsregler skulle forbeholdet bli overtrådt. Slike forbehold og overtredelse av dem, reguleres av alminnelige kontraktsrettslige og tingsrettslige regler om godtroerverv». Det samme forutsettes også klart i tilknytning til

For det første er det høyst betenkelig at grensene for opphavsretten ikke fremgår av lovteksten. Åndsverkloven § 26 sier klart og utvetydig at enkelte eksemplarer av et offentliggjort verk kan fremstilles til privat bruk hvis lovens vilkår for øvrig er oppfylt. Den sier ikke at det bare gjelder med mindre annet er avtalt. Det kan hevdes at det i alle fall burde fremgå av lovteksten hvis det er meningen at avtalebrudd skal ha opphavsrettslige virkninger, herunder utløse straffesanksjoner.

For det andre vil sluttbruker i mange tilfeller ikke inngå avtaler med rettighetshaverne direkte, men med tjenestetilbydere som i sin tur har avtaler med rettighetshavere. Hvis den avtalte begrensningen ikke har hjemmel i avtalen med rettighetshaverne, men er noe tjenestetilbyderen avtaler for egen regning: skal brudd på vilkårene også i slike tilfeller innebære et opphavsrettsinngrep? Betenkelighetene med det sier seg selv. Motsatt, hvis rettighetshaveren har bestemt begrensninger i privatkopieringsadgangen i avtalen med tjenestetilbyderen, mens den sistnevnte unnlater å innføre dem i avtalen med sluttbruker: begår sluttbrukeren opphavsrettsinngrep hvis hun kopierer til privat bruk i samsvar med § 26 i en slik situasjon? Eksemplene viser at det er en rekke problemer med å la brudd på avtalte begrensninger i adgangen til privatkopiering få opphavsrettslige virkninger. Disse problemene bør lovgiveren i hvert fall ha tenkt grundig over før det kan anses som gjeldende rett. Det er ingen holdepunkter i forarbeidene for at det er gjort slike vurderinger på lovgiverhold. I mangel av slike bør man holde seg til det som alltid har vært utgangspunktet: at «lånereglene» kan være fravikelige i kontraktsrettslig, men ikke opphavsrettslig, forstand.

Man kan i lys av dette også stille spørsmål ved hvordan det stiller seg med Rieber-Mohns resonnement hvis kontraktsvilkårene mellom tjenesteleverandør og sluttbruker viser til den lovbestemte adgangen til privatkopiering. Hvis vi ser på adgangen til privatkopiering i strømmetjenester, som er det Rieber-Mohn drøfter direkte, illustrerer strømmetjenesten Spotify dette poenget ganske godt. Det må her understrekes at det er tjenesteleverandøren selv (Spotify), og ikke rettighetshaverne, som inngår avtaler med sluttbrukerne. I Spotifys såkalte «User Guidelines» pkt. 9 sies det at eksemplarfremstilling som ikke er i samsvar med avtalte betingelser *eller* anvendelig rett («applicable law»), er forbudt. Motsatt bør det kunne slutes

privatkopieringsregelen i Ot. prp. nr. 46 (2004 –2005) s. 127, der det sies at det etter gjeldende rett er «fullt ut mulig ... å avtale at bruker ikke har adgang til å foreta privatkopiering, med den følge at brukeren vil gjøre seg skyldig i kontraktsbrudd om denne likevel foretar slik kopiering.» Som jeg har gitt uttrykk for i Ole-Andreas Rognstad, *Spredning av verkseksemplarer*, Oslo 1999 s. 90 –91, er oppfatningen om at «lånereglene» i høyden bare er deklarasjonelle i kontraktsrettslig og ikke i opphavsrettslig forstand samsvar både med reglene ordlyd, en samstemt nordisk rettslitteratur, og rettsstilstanden i land som Tyskland og USA. Senere utvikling, som den nevnte forarbeidsuttalelsen fra 2005, bare bekrefter det samme.

at eksemplarframstilling som er i samsvar med lovens bestemmelser skal være tillatt, i den utstrekning tjenesten åpner for det. Hvordan blir forholdet til kompensasjonen for privatkopiering i slike tilfeller? Er det her «klart» at «offlinekopiering ikke skal anses kompensasjonsberettiget» ut fra Rieber-Mohns resonnmement, hvis man legger til grunn at «direktivet art 5(2)(b) bare skal kompensere for den kopiering som nasjonal lovgivning pålegger rettighetshaverne å tåle»? Hvis man, med Rieber-Mohn, sier at åvl. § 26 og avtaler angir grensene for hva rettighetshaverne skal tåle: vil nasjonal lovgivning her innebære at rettighetshaverne skal tåle privatkopiering innenfor lovens rammer når brukervilkårene viser til den lovbestemte adgangen til privatkopiering? Eksemplet viser at denne forståelsen av lov og direktiv skaper problemer, også ut over de som er påvist ovenfor og som i seg selv klart taler mot den.

Som sagt stiller jeg meg sterkt tvilende til Rieber-Mohns tolkning, som etter min mening har svakt grunnlag både i opphavsrettsdirektivet og den norske åndsverkloven. Jeg har likevel forståelse for forsøket på å finne en løsning på problemet med «offline-funksjonen» i strømmetjenester, der anvendelsen av EU-domstolens dommer i VG Wort og Copydan kan hevdes å gå på tvers av etablerte forretningsmodeller. Det finnes her andre forsøk på å løse problemet som kan hevdes å være mer tjenlige, selv om også disse møter motstand i de eksisterende reglene. Ett slikt forsøk skal drøftes i det følgende.

6.4 Tolkningsalternativ 3: Privatkopieringsreglene omfatter ikke visse former for lisensiert kopiering

Den anerkjente belgiske opphavsrettsprofessoren Alain Strowel har i en ekspertuttalelse av 31. mars 2020 vurdert om strømming av musikk og film innebærer kopiering som utløser kopivederlag («levies») etter ORD art. 5(2)b).⁵⁸ Han drøfter spesielt det han omtaler som «bundet nedlasting» i offline-tjenester («offline tethered downloads»), og konklusjonen er at slik kopiering ikke faller inn under privatkopieringsregelen. Begrunnelsen er i korthet at denne formen for kopiering ikke kan anses som eksemplarframstilling til privat bruk på den måten som forutsettes i direktivet. Strowel påpeker i den forbindelse også at EU-domstolens dommer i VG Wort og Copydan omhandler helt andre typer situasjoner enn «bundet nedlasting», og at de ikke kan overføres til sistnevnte. Et hovedsynspunkt er også at det ikke

⁵⁸ Alain Strowel, «Private Levies Do Not Apply in the Case of Streaming», 31.03.2020, tilgjengelig på https://www.bitkom.org/sites/default/files/2020-04/expert-opinion_streaming-and-private-copying-levies_strowel.pdf (lesedato 11. Juli 2020).

er behov for særskilt kompensasjon for privatkopiering i slike tilfeller, fordi rettighetshaverne blir kompensert i avtalen med sluttbrukere.

Etter min mening har denne tilnærmingen til problemet med «offline-kopiering» mer for seg enn den tolkningen Rieber-Mohn foreslår.⁵⁹ Strowels tilnærming innebærer at *eneretten* omfatter «offline-kopiene», fordi avgrensningsreglene for privatkopiering ikke omfatter slik kopiering. Rieber-Mohn derimot «utvider» området for eneretten på grunnlag av forarbeidsuttalelser om at den norske privatkopieringsregelen er ufravikelig, uten holdepunkt i lovtekst, og i strid med etablert oppfatning om at avvikende avtaler ikke kan ha opphavsrettslig virkning. Når det er sagt, er også Strowels tolkning vanskelig å forene med direktiv- og lovtekst. Jeg skal her peke på noen forhold.

Et hovedpoeng i Strowels direktivtolkning er at «bundne kopier» i offlinetjenester ikke fremstilles av en fysisk person (sluttbrukeren), men av tjenestetilbyderen (Spotify, Netflix, etc.) etter avtale med rettighetshaverne. Disse kopiene stilles til rådighet for sluttbrukeren for en tidsavgrenset periode. I det perspektivet anses «bundet nedlasting» som en form for leieforhold mellom tilbyder og sluttbruker basert på en «hybridtjeneste». Videre er disse kopiene ikke basert på en kildekopi i sluttbrukerens besittelse, men på filer som kontrolleres av tjenestetilbyderen. For det tredje er bruken lisensiert, med grunnlag i lisensavtaler mellom rettighetshaver og tilbyder som sikrer et vederlag for rettighetshaveren. Strowel fremhever her forskjellen særlig fra VG Wort-saken, ved at det i sistnevnte sak var tale om (i) reprografi (fotokopiering) på grunnlag av en kildekopi; (ii) varige kopier som forble i brukerens besittelse; (iii) kopier som ikke var basert på «på forespørsel-tjenester»; (iv) kopiering som ikke var basert på fremforhandlede avtaler med rettighetshaverorganisasjoner; (v) analog kontekst i motsetning til interaktive strømmetjenester. Et fjerde forhold som trekkes frem er at «tilleggsbetaling» ved privatkopieringsvederlag innebærer at rettighetshaverne blir «overkompensert», i strid med opphavsrettsdirektivets formål. Strowels konklusjon om at «bundet nedlasting» i offline-tjenester ikke faller inn under privatkopieringsregelen i ORD art. 5(2)b), søkes for øvrig støttet av EU-domstolens uttalelser som at unntak og innskrenkninger skal tolkes restriktivt. Videre er den preget av Strowels grunnleggende syn på eksemplarfremstillingsretten som dårlig tilpasset den digitale virkelighet – et syn jeg for øvrig deler.⁶⁰

⁵⁹ Det skal likevel bemerkes at Rieber-Mohn er innom noen av de samme elementene som Strowel peker på.

⁶⁰ Jf. våre respektive bidrag i P. Bernt Hugenholtz, *Copyright Reconstructed. Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*, Aalphen an den Rijn 2018.

Jeg er likevel høyst usikker på om denne tolkningen vil bli akseptert av EU-domstolen, selv om en restriktiv tolkning kan ha noe for seg i denne situasjonen. Begrepene «eksemplar» («reproductions») og kopi («copy») i direktivet (og den norske åndsverkloven) skal forstås vidt.⁶¹ De er ikke begrenset til «varig» kopiering i egentlig forstand, selv om visse former for midlertidig eksemplarframstilling er håndtert i en egen bestemmelse (art. 5(1), jf. åvl. § 4). Videre er det vanskelig å komme bort fra at det ved offlinetjenester fremstilles et eksemplar på brukerens hånd – som Quintais har fremhevet, «such a hybrid model – *sometimes presented as an offer of 'lending' services* – is more akin to (temporary) downloading than streaming, even where the user does not, strictly speaking, make a 'permanent' copy».⁶²

Problemet med å anlegge teknologitilpassede tolkninger er bl.a. at de kan få utilsiktede konsekvenser for andre saker. Selv om jeg, på samme måte som ved Rieber-Mohns tolkning, har forståelse for Strowels forsøk på å bortfortolke strømmetjenestene fra privatkopieringsreglene, mener jeg også denne tolkningen er lite konsistent med håndteringen av eksemplarframstilling for øvrig. Jeg mener problemene med strømmetjenestene bør løses på annen måte. Basert på rettsstoffet slik det foreligger i dag, er det sikrest å gå ut fra at «offline-kopiering» omfattes av privatkopieringsregelen i ORD art. 5(2)b) og åvl. § 26.

6.5 Tolkningsalternativ 4: Privatkopieringsreglene er ikke preseptoriske, men «tillatt kopiering» dekkes utelukkende av kompensasjonen for privatkopiering

Det ligger i det jeg her har sagt, og også gitt uttrykk for tidligere, at jeg mener at rettighetshaverne som utgangspunkt ikke kan avtale seg bort fra kompensasjonen for privatkopiering som er dekket av åvl. § 26.⁶³ Denne bestemmelsen angir grensene for rettighetshavernes enerett til eksemplarframstilling til privat bruk. Domstolen har også i en sak fastslått at rettighetshaverne ikke kan fraskrive seg vederlagsretten for privatkopiering.⁶⁴ Slik jeg ser det, har Norge gjennom åvl. § 26, «besluttet inden for rammerne af [ORD art. 5(2)b)] at udelukke enhver ret for rettighedshaverne til at tillade private reproduktioner af deres værker», i den mening EU-domstolen har gitt denne uttalelsen.⁶⁵ Det forhold at åvl. § 26 er ment å være fravikelig, endrer som nevnt ikke på dette. Slik jeg leser VG Wort og

⁶¹ Jf. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 2. utgave, Oslo 2019 s. 185–188. Jeg nevner også at jeg i en betenkning skrevet for Norwaco i 2015 har gitt uttrykk for tilsvarende synspunkt.

⁶² Joao-Pedro Quintais, *Copyright in the Age of Online Access: Alternative Compensation Systems in EU Law*, Aalphen an den Rijn 2017 s. 154.

⁶³ Jf. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 2. utg. s. 311.

⁶⁴ Sak C-277/10 (Luksan), avsnitt 107.

⁶⁵ Forente saker C-457/11 og 460/11 (VG Wort), avsnitt 37; sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 65.

Copydan-dommene, utelukker de rettsvirkninger for avtaler som tillater bruk i samsvar med privatkopieringsreglene. Hvis vi som ovenfor i 6.2 legger til grunn at avtalte *forbud* mot privatkopiering kan tillegges (kontraktsrettslige) virkninger – selv om (fordi) EU-domstolen ikke har sagt noe uttrykkelig om dette – virker fravikeligheten derfor kun i én retning ved at det kan avtales en rett til å forby privatkopiering. Men i den utstrekning rettighetshaverne åpner for at privatkopiering kan skje, har tillatelsen ingen virkning så lenge den overlapper med åvl. § 26. Konsekvensen er at kopieringen kompenseres ved det lovbestemte kopieringsvederlaget, mens individuelle avtaler om vederlagsbetaling er uten virkninger og dermed ikke forpliktende for brukeren.

Denne forståelsen av dommene støttes av konteksten de er avsagt i, idet uttalelsene om tillatelsenes manglende virkninger knapt nok gir noen mening med en annen forståelse. Særlig gjelder det Copydan-dommen, og det fremgår bl.a. tydelig av forholdet mellom Generaladvokatens uttalelse og selve dommen i den saken. Her hadde Generaladvokaten tatt til orde for en snever forståelse av VG Wort-dommen, og for at individuelle avtaler om vederlag skulle gå foran kompensasjonen for privatkopiering. Dette inkluderte lisensavtaler for nedlastingsplattformer. Generaladvokaten viste her til uttalelsen i ORD fortalen pkt. 35 om at det ikke bør betales særskilt vederlag for privatkopiering der rettighetshaverne allerede har mottatt vederlag, og hensynet til å unngå dobbeltbetaling. Samtidig innrømmet han at et system for kompensasjon av privatkopiering som tar høyde for individuelle betalinger, kunne medføre betydelige praktiske problemer. Disse problemene kunne likevel ikke forsvare at brukerne måtte betale to ganger for privatkopieringen.⁶⁶

Det fremgår klart av Copydan-dommen at EU-domstolen ikke fulgte Generaladvokaten på det punktet. Domstolen sier uttrykkelig at det forhold at tillatelsen til kopiering er uten rettsvirkninger, innebærer at brukeren ikke har noen plikt til å betale vederlag for bruken til rettighetshaveren. Derfor lider rettighetshaverne heller ikke noe tap (skade) som følge av tillatelsen.⁶⁷ Dermed svarer domstolen også på påstanden om dobbeltkompensasjon. Rettighetshaverne kompenseres gjennom ordningen for privatkopiering, og brukerne har derfor ingen plikt til å betale individuelle vederlag. Domstolens løsning er slik sett den motsatte av den Generaladvokaten tok til orde for: ordningen for privatkopiering går foran individuelle vederlag, og avtaler om sistnevnte er uten rettsvirkninger (ugyldige). Det kan være grunn til å tro at de praktiske vanskelighetene med å koordinere

⁶⁶ Se Generaladvokat Villalón i sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 58–68.

⁶⁷ Jf. EU-domstolen i sak C-463/12 (Copydan) avsnitt 67.

kompensasjonsordningen og individuelle vederlag har hatt betydning for domstolens konklusjon.

Domstolens uttalelser i VG Wort og Copydan er generelle og ikke spesielt knyttet til saksforholdet i sakene. Det må derfor antas at de gjelder så langt det nasjonale unntaket for privatkopiering rekker. Selv om Strowel har rett i at sakene gjelder andre saksforhold enn offlinekopiering i strømmetjenester, er det grunn til å tro at domstolen vil gjenta uttalelsene i VG Wort og Copydan for all kopiering som omfattes av nasjonale privatkopieringsregler. Ettersom åvl. § 26 ikke avgrenser mot spesielle former for kopiering, må VG Wort og Copydan-prinsippene antas å gjelde generelt. Det skaper unektelig problemer for koordinering med forretningsmodeller som er basert på brukerbetalinger. Faktisk sett vil det kunne oppstå fare for dobbeltbetalinger, selv om EU-domstolen avviser faren på rettslig grunnlag.

Motsatt kan det hevdes at det ikke oppstår noen skade når *tilgangen* til verket består i at det fremstilles eksemplarer (itunes mv.). I slike situasjoner betales det for tilgangen til verket, og kopieringen fremstår ikke som kopiering til privat bruk som det skal betales eget vederlag for, men som en del av selve tilgangen.

Jeg vil i pkt. 6.7 komme tilbake til hvordan problemene bør og kan håndteres.

6.6 Særlig om tekniske beskyttelsessystemer

Som det fremgår av pkt. 6.2 ovenfor, mener jeg avtalte forbud er kontraktsrettslig gyldige, i motsetning til tillatelsene. Dette henger også sammen med at EU-domstolen har akseptert bruk av tekniske beskyttelsessystemer, selv der det foreligger en lovbestemt adgang til privatkopiering. Privatkopieringsbestemmelsen i ORD art. 5(2)b) forutsetter selv at det ved fastsettelsen av den rimelige kompensasjonen skal «tages hensyn til anvendelse eller ikke-anvendelse af de i artikel 6 nævnte tekniske foranstaltninger på det pågældende værk eller den pågældende frembringelse». Og tilsvarende heter det også i fortalen at «[v]ed fastsættelsen af størrelsen af den rimelige compensation bør der tages hensyn til, i hvor stor udstrækning der anvendes tekniske beskyttelsesforanstaltninger som nævnt i dette direktiv». Det kan også vises til ORD art. 6(4)(4) som kan hevdes å forutsette at avtalte tekniske beskyttelsessystemer kan anvendes uten hinder av privatkopieringsreglene.

I EU-domstolens dommer i VG Wort, ACI Adams og Copydan understrekes betydningen av bruken av tekniske beskyttelsessystemer for å sikre en korrekt anvendelse privatkopieringsregelen i ORD art. 5(2)b), jf. også fortalen pkt. 52. Det fremgår tydelig at domstolen mener slike systemer har en viktig rolle å spille for å sikre handlinger som

overskrider grensene for denne bestemmelsen.⁶⁸ Samtidig understreker domstolen at rettighetshavernes *muligheter* for å innføre tekniske beskyttelsessystemer ikke skal ha noen innvirkning på plikten til å betale kompensasjon for privatkopiering.⁶⁹ Med andre ord: det forhold at rettighetshaverne *kunne* ha begrenset kopieringen, får ikke noen betydning når de rent faktisk ikke har gjort det – da skal det betales for den kopieringen som er utført innenfor lovens rammer. Motsatt sier imidlertid domstolen, i tråd med direktivbestemmelsen og fortalen, at *nivået* for kompensasjonen kan avhenge av om det er benyttet tekniske beskyttelsessystemer.⁷⁰ Begge de sistnevnte forhold indikerer at domstolen aksepterer bruk av tekniske beskyttelsessystemer innenfor rammen av den lovbestemte adgangen til privatkopiering.

I den forbindelse finner jeg grunn til å påpeke en liten misforståelse av synspunkter jeg har gitt uttrykk for i min bok «Opphavsrett». I sin betenkning for Norwaco av 15. mai 2020 synes Thomas Rieber-Mohn å utlegge meg slik at jeg mener brukerne kan omgå tekniske beskyttelsessystemer for å utføre kopiering innenfor rammen av åvl. § 26, uten å komme i konflikt med vernet for slike systemer i åvl. § 99 første ledd. Her mangler det viktige nyanser. I min bok viser jeg til EU-domstolens uttalelse i sak C-355/12 (Nintendo) der det fremgår at beskyttelsen etter ORD art. 6 (som er gjennomført i åvl. § 99) beskytter mot handlinger som krever rettighetshaverens tillatelse. I lys av den dommen mener jeg åvl. § 99 første ledd kan leses som et forbud mot omgåelse av systemer som beskytter «retten til» eksemplarfremstilling.⁷¹ I det perspektivet tas det høyde for kontraktsrettslig gyldige forbehold f.eks. mot privatkopiering, slik at det ikke vil være tillatt å omgå tekniske beskyttelsessystemer som beskytter slike posisjoner.⁷² I likhet med Rieber-Mohn mener jeg slike systemer vil være beskyttet etter åvl. § 99 første ledd, og kopiering etter slik omgåelse vil være i strid med åvl. § 26 første ledd og dermed ikke kompensasjonsberettiget. Jeg anser det ikke nødvendig å gå inn på en videre diskusjon av tolkningen av § 99 første ledd i denne sammenheng, ut over å påpeke den misforståelsen.

Min forståelse av betydningen av tekniske beskyttelsessystemer for kompensasjonen for privatkopiering er altså at (i) slike systemer kan innføres for å sikre mot urettmessig

⁶⁸ Forente saker C-457/11 og 460/11 (VG Wort), avsnitt 51; sak C-435/12 (ACI Adams), avsnitt 42; sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 69.

⁶⁹ VG Wort, avsnitt 57; ACI Adams avsnitt 46; Copydan avsnitt 71.

⁷⁰ VG Wort avsnitt 58; Copydan avsnitt 72.

⁷¹ Ole-Andreas Rognstad, Opphavsrett 2. utg., s. 493–494.

⁷² Jf sammenhengen med det som skrives på s. 493–494 og drøftelsen på s. 285–286.

kopiering; (ii) *mulighetene* for å innføre slike systemer har ingen betydning for plikten til kompensasjon for privatkopiering så lenge systemene ikke er innført; (iii) bruken av slike systemer får betydning for nivået for kompensasjonen for privatkopiering.

6.7 Konklusjon – og diskusjon

Forholdet mellom ordningen for privatkopieringskompensasjon og avtalte ordninger for kopiering er et komplisert felt. EU-domstolens avgjørelser i VG Wort og Copydan-sakene er ikke enkle å forstå, noe som skaper rom for usikkerhet. Slik jeg leser avgjørelsene, gir de uttrykk for at kompensasjonen for den lovbestemte privatkopieringen fortrenger individuelle vederlagsordninger for samme type handlinger. Dette fremgår særlig tydelig av forholdet mellom Generaladvokatens uttalelse og domstolens avgjørelse i Copydan. Slik sett kan dommene sees på som uttrykk for et ønske om en viss orden i systemet. Behovet for det er kanskje særlig stor ved avgifter på kopieringsutstyr der det kan være vanskelig å regne inn individuelle vederlagsordninger. Domstolens uttalelser er likevel av såpass prinsipiell art, jf. uttalelsene om at tillatelser har ingen rettsvirkninger, at det er vanskelig å se at rekkevidden av dem kan avgrenses til bestemte typer situasjoner. Likevel får man ta høyde for at det aldri er helt lett å forutse hva EU-domstolen vil gjøre i senere saker, så vurderingene baseres på det rettskildematerialet som foreligger.

Det kan i alle fall hevdes at løsningen med å gi kompensasjonen for privatkopiering fortrinn fremfor individuelle betalinger, passer mindre godt på forretningsmodeller der rettighetshaver og tjenestetilbyder inngår avtaler om vederlag, og der tjenestetilbyderen differensier betalingen etter hvilke tjenester som tilbys. Her støter «ekstra» betaling an mot det som kalles «indirect appropriability» – at bruken av varen eller tjenesten er innbakt i betalingen for den.⁷³ Det bør i hvert fall antas at det ikke skal betales særskilt for privatkopiering der betaling for *tilgangen* til verket forutsetter at det fremstilles eksemplarer. Typisk nettsalg av e-bøker, musikkfiler, etc. I slike tilfeller betales det for selve tilgangen, og kopieringen må anses inndekket i denne. Kopieringen medfører derfor ikke noen ekstra «skade» for rettighetshaverne, og betaling bør her, på samme måte som salg av fysiske eksemplarer, ses på som betaling for tilgang til verket og ikke for kopiering til privat bruk.

Problemer oppstår der tjenesten åpner for å fremstille ytterligere eksemplarer ut over det som gir verkstilgang. Tilsvarende kan man ved strømmetjenester som Spotify, Netflix mv. se på

⁷³ Jf. Stan Liebowitz, «Copying and Indirect Appropriability: Photocopying of Journals», *Journal of Political Economy* (1985) s. 945–957. Jf. også Joost Poort, «Borderlines of Copyright Protection: An Economic Analysis», i P. Bernt Hugenholtz (ed.), *Copyright Reconstructed* (2018) s. 311–313.

selve strømmetjenesten som tilgangen, samtidig som denne kan kombineres med sluttbrukeres adgang til å fremstille eksemplarer. Dersom man skal anvende VG Wort og Copydan-prinsippene på slike tjenester, er signalet at eksemplarfremstillingen (kopieringen) til privat bruk dekkes av kompensasjonsordningen og at brukeren ikke skal betale for *denne* tjenesten, selv om man kan gjøre «det mer» og stenge adgang til offlinekopiering. I slike tilfeller, som ved strømmetjenester med offlinefunksjoner, kan det for så vidt hevdes at brukeren betaler for *mer enn* privatkopiering. For eksempel innebærer Spotify Premium-abonnementet at brukeren får reklamefrie tjenester og tilgang til større repertoar, i tillegg til selve offline-funksjonen som gjør det mulig å spille musikken uten nettilgang. Videre kan det også hevdes at brukeren betaler for nedlasting som går *ut over* det som følger av privatkopieringsregelen, særlig begrensningen til «enkelte eksemplarer». Og i det hele tatt betales det for tilgangen til repertoaret. EU-domstolens uttalelser om at bruken av tekniske beskyttelsessystemer skal avspeiles i vederlagsnivået, som for så vidt også kan ses under synsvinkelen «indirect appropriability», er relevant i denne sammenhengen.⁷⁴ Men ved lisensieringen må forretningsmodellen skille mellom tilgang og tilleggstjenester som det betales for, og kopieringen som ikke kan omfattes av brukerbetaling. En slik anvendelse innebærer ingen utelukkelse av forretningsmodellene som sådanne, men er en premiss som rettighetshaverne må forholde seg til ved lisensieringen.

Like fullt er det et problem når rettighetshaverne *ikke* forholder seg til premissene, men *fortsetter* å ta betaling for handlinger som loven gir brukerne rett til å foreta. I en slik situasjon er det spørsmål om det kan tas hensyn til de faktiske forholdene ved vurderingen av hvilken *skade* rettighetshaverne lider som følge av *kopieringen*.⁷⁵ Som nevnt er det ikke *meningen* med EU-domstolens dommer i VG Wort og Copydan at det skal skje noen dobbeltbetaling; meningen er at ordningen for kompensasjon for privatkopiering skal fortrenge individuelle betalinger. EU-domstolen har slik sett ikke tatt stilling til konsekvensene av at rettighetshaverne *fortsetter* å ta betaling for privatkopiering til tross for at brukerne ikke er forpliktet til å betale.⁷⁶ Forutsetningen bak EU-domstolens uttalelser i VG Wort og Copydan

⁷⁴ Se nærmere nedenfor i pkt. 7.4..

⁷⁵ Jf. Joost Poort/Joao-Pedro Quintais, «The Levy Runs Dry. A Legal and Economic Analysis of EU Private Copying Levies», JIPITEC 2013 s. 205–224, på s. 210–211; Joao-Pedro Quintais, *Copyright in the Age of Online Access: Alternative Compensation Systems in EU Law*, Aalphen an den Rijn 2017 s. 218, som fremholder at:

«If rights holders have already received payment for private copies they suffer no further (or only negligible) harm. Therefore, Member States should be free to exempt such use from levies.»

⁷⁶ Jf. Digital Europe, Private Copying: Assessing Actual Harm and Implementing Alternative Systems to Device-Based Copyright Levies, Brussels 22 June 2015, tilgjengelig på <https://www.digitaleurope.org/resources/private-copying-assessing-harm-and-implementing-alternatives-to->

er at rettighetshaverne ikke lider noen skade som følge av *tillatelsen* til privatkopiering *fordi* slik kopiering allerede er tillatt etter lovgivningen og kompenseres som følge av det.

Spørsmålet som kan stilles er om de lider noen skade som følge av *kopieringen* hvis de fortsetter å motta betaling som brukerne ikke er forpliktet til å yte. Et bekreftende svar på spørsmålet er ensbetydende med at *brukerne* blir skadelidende i situasjoner der de ikke er i forhandlingsposisjon til å forhindre at det skjer dobbeltbetalinger. En innvending om at brukerne ikke er *forpliktet* til slike avtaler hjelper i praksis lite, og brukerne vil pålegges urimelige byrder dersom man skal behøve å gå til ugyldighetssøksmål for å få slutt på dobbeltbetalingen. En slik søksmålsbyrde vil fort kunne påvirke den «rimelige balansen» som reglene om privatkopiering og rimelig kompensasjon bygger på. Så lenge EU-domstolen ikke har tatt stilling til spørsmålet, må det imidlertid foreløpig holdes åpent. Jeg kommer tilbake til det i 7.5 nedenfor.

Samtidig fremgår det klart av de nevnte dommene at premissen om kompensasjonsordningens fortrinn bare gjelder i den utstrekning loven har avgrenset eneretten. Dersom lovgiveren ikke ønsker en rettstilstand som beskrevet over, og vil sikre seg mot dobbeltbetalinger, kan man utvide eneretten tilsvarende. Som det har fremgått, holder det etter min mening ikke å skrive i forarbeidene at privatkopieringsreglene er fravikelige. Privatkopieringsregelen må begrenses uttrykkelig med en tilsvarende utvidelse av eneretten. Der kopieringen omfattes av eneretten, kan det stilles betingelser for bruken, herunder om betaling.

Mulige løsninger i så henseende er å begrense privatkopieringsadgangen, f.eks. for strømmetjenester eller abonnementstjenester mer generelt, med sikte på å legge til rette for forretningsmodeller som forutsetter særskilt klarering av eksemplarframstillingen.

Slik situasjonen er i dag er det imidlertid sikrest, slik jeg ser det, å gå ut fra at kompensasjonsordningen gjelder all eksemplarframstilling til privat bruk som omfattes av åvl. § 26 og som innebærer mer enn minimal skade for rettighetshaverne.

[copyright-levies](#) (lesedato 11. Juli 2020) s. 5: «the CJEU does not say in these rulings that rightholders are entitled to be compensated twice, once for the licensing of their works for which they are compensated by license fees, and, again for reproduction or access to the same works in the form of fair compensation for private copies».

7 Differensiering av kompensasjonen

7.1 Kriterier for vederlagsberegningen

Som nevnt ovenfor i pkt. 5.1 skal det i henhold til EU-domstolens praksis kompenseres for «skaden» rettighetshaveren har lidt som følge av unntaket (eller innskrenkningen) for privatkopiering.⁷⁷ Ved fastsettelsen av vederlagsnivå skal det med andre ord tas hensyn til den lidte skaden.⁷⁸ Utformingen og størrelsen av den rimelige kompensasjonen skal anses som en motytelse for opphaverens skade.⁷⁹ EU-domstolen har videre i noen saker understreket at det ikke bare er den faktiske skaden, men også den potensielle skaden som skjer ved at det stilles utstyr eller apparater til rådighet som gir mulighet for kopiering, som skal tas i betraktning.⁸⁰ Disse uttalelsene er nok preget av at de dommene som finnes stort sett gjelder avgifter på kopieringsutstyr, men domstolen har også henvist til at ORD fortalen pkt. 35 som bruker formuleringen «mulig skade» («possible harm»)⁸¹ Det kan indikere at ikke bare tall for faktisk kopiering, men også potensialet for kopiering skal tas i betraktning.

Domstolen har også påpekt at multifunksjonalitet og sekundær karakter av en kopieringsfunksjon kan ha innflytelse på størrelsen av den rimelige kompensasjonen.⁸² Dette indikerer at begrepet «skade» er relativt og inviterer til en differensiert vurdering. Samtidig har domstolen avgrenset mot kriterier som ikke er relevante ved vurderingen av skade, som hastigheten av kopieringsapparatet og aktørenes samarbeidsvillighet.⁸³ Videre har den fastslått at en kombinasjon av forutgående fast og etterfølgende forholdsmessig vederlag ikke i seg selv er uforenelig med art. 5(2)b), forutsatt at beløpet svarer til den faktiske skade rettighetshaverne har lidt. I den forbindelse er det presisert at etterfølgende vederlag gir mindre fare for praktiske problemer, bl.a. ved identifikasjon av brukerne.⁸⁴ Uttalelsen understøtter behovet for målinger og måleinstrumenter ved fastsettelsen av kompensasjonen. Domstolen har ellers understreket betydningen av likebehandlingsprinsippet, ved at like tilfeller ikke må behandles ulikt og ulike tilfeller ikke må behandles likt med mindre det er

⁷⁷ Sak C-467/08 (Padawan), avsnitt 38.

⁷⁸ Sak C-467/08 (Padawan), avsnitt 39; sak C-470/14 (EGEDA), avsnitt 26.

⁷⁹ Sak C-467/08 (Padawan), avsnitt 40; sak C-462/09 (Stichting de Thuis kopie), avsnitt 24; sak C-421/11 (Amazon), avsnitt 47; sak C-435/12 (ACI Adams), avsnitt 50; sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 21; sak C-572/14 (Austro-Mechana), avsnitt 19.

⁸⁰ Sak C-467/08 (Padawan), avsnitt 56-58; sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 24-25, 64; EGEDA 28.

⁸¹ Sak C-467/08 (Padawan), avsnitt 57.

⁸² Sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 27.

⁸³ Sak C-572/13 (Reprobel), avsnitt 77 og 80.

⁸⁴ Sak C-572/13 (Reprobel), avsnitt 82-84.

objektivt begrunnet.⁸⁵ Og som nevnt i 6.6 ovenfor har også bruken av tekniske beskyttelsessystemer betydning for vederlagsnivået.

Selv om utgangspunktet om betaling for (den potensielle) *skaden* er rimelig klart, er selve «skadekonseptet» ikke det. EU-domstolens henvisning til at den rimelige kompensasjonen beregnes på grunnlag av den skaden opphaverne har lidt *som følge av* innføringen av unntaket for privatkopiering, kan tyde på at det skal kompenseres for manglende enerett.

Resonnementet er i så fall at rettighetshaverne ville hatt enerett til privatkopiering dersom statene ikke innførte et unntak eller innskrenkning for slike handlinger, noe de som før nevnt står fritt til å gjøre. Ut fra denne betraktningen er *skaden* innføringen av unntaket eller innskrenkningen. Denne innfallsvinkelen kan hevdes å stå i en viss kontrast til ordlyden i ORD fortalen pkt. 35, som mer generelt taler om at rettighetshaverne skal ha kompensasjon for *bruken* av deres beskyttede verk.⁸⁶ Videre kan innfallsvinkelen kobles til domstolens uttalelser om statenes skjønnsmargin med hensyn til fastsettelsen av kompensasjonens størrelse.⁸⁷ En slik tilnærming impliserer at det skal gis et skjønnsmessig vederlag for «bortfallet» av eneretten, og ikke kompenseres for bruken som ville ha vært foretatt dersom brukerne ikke hadde kopiert til privat bruk. Den sistnevnte bruken er en høyst hypotetisk størrelse som er vanskelig, for ikke å si umulig, å beregne.

«Vederlags-tilnærmingen» ble lagt til grunn av den nederlandske høysteretts (Hoge Raad) dom av 7. desember 2018.⁸⁸ Der stadfestet domstolen en «lisensmodell» som baseres på betaling for faktisk kopiering, og ikke en «substitusjonsmodell» basert på hva brukerne ville ha kjøpt hvis de ikke hadde kopiert. I den forbindelse ble det vist til statenes skjønnsmargin og at avgiften måtte relateres til, men ikke nødvendigvis korrespondere med, rettighetshavernes tap. Etter min mening er denne tilnærmingen i samsvar med EU-domstolens praksis, i den forstand, og utstrekning, at den støtter seg på bortfall av enerett og statenes skjønnsmargin. På den annen side kan ikke en vederlagstilnærming tas til inntekt for at flate satser basert på faktisk kopiering («en kopi er en kopi-tilnærmingen») reflekterer den faktiske skaden som *skal* kompenseres i henhold til direktivets art. 5(2)b. Etter min mening innebærer prinsippene utledet fra EU-domstolens praksis, og som det er redegjort for ovenfor,

⁸⁵ Sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 31 og 32; sak C-110/15 (Microsoft Mobile Sales), avsnitt 44.

⁸⁶ Jf. Poort/Quintais, «The Levy Runs Dry», JIPTC 2013 s. 205-214, på s. 210.

⁸⁷ Jf. Alexandre L. Dias Pereira, «Levies in EU Copyright Law: an Overview of the CJEU's Judgment on the Fair Compensation of Private Copying and Reprography», JIPIPL 2017 s. 591-600, på s. 592.

⁸⁸ Se engelsk omtale av dommen på

https://www.cedar.nl/uploads/15/files/file/Thuiskopie/Divers/Supreme_court_ruling_December_2018.pdf. (lesedato 12. juli 2020).

at kompensasjonen både kan og bør differensieres avhengig av skadegrad, jf. f.eks. uttalelsene om multifunksjonalitet. Flere momenter relatert til konseptet «skade» kan her trekkes inn ved en slik differensiering, f.eks. verdien for brukerne, omfang/intensitet, herunder varighet, tapte inntekter og bruk av tekniske beskyttelsessystemer. Det siste relaterer seg også til muligheten for å tilby tilgang uten at kopiering er nødvendig, slik at kopieringen fremstår som en sekundær tilleggstjeneste. Alt dette innebærer bl.a. at man ikke bør se blindt på kopieringstall, men også vurdere hvilken funksjon den aktuelle kopieringen har. Det støttes også av at det *avgjørende* for kompensasjonen ifølge EU-domstolen er potensialet for kopiering, og ikke at det rent faktisk kopieres.

Statens skjønnsmargin impliserer at myndighetene vil ha en viss frihet ved fastsettelsen av nærmere kriterier for kompensasjonsberegningen, så lenge vurderingen er knyttet til skadekonseptet. Om jeg likevel, på bakgrunn av mandatet, skal foreslå en differensieringsmodell basert på momentene som er nevnt ovenfor, vil den bli langs følgende linjer:

7.2 Høy vederlagsfaktor: Kopiering av «kopieringssensitive verk» som medfører varig tilgang og som ikke er avhengig av abonnement mv.

Etter min mening kan det være særlig grunn til å vektlegge (potensiell) kopiering som gir brukerne varig tilgang til verk, uten at tilgangen er regulert ved hjelp av abonnementstjenester o.l.. Slik kopiering vil ha høy verdi for brukerne, gi et stort potensial for intensiv bruk og den vil gjerne medføre tapte inntekter for rettighetshaverne, uten at det er nødvendig å påvise det, og kopieringen har en egen verdi atskilt fra tilgangen. Hvis det i tillegg dreier seg om verkstyper som er gjenstand for omfattende kopiering, er det grunn til å anvende høyeste vederlagsfaktor i slike tilfeller. I utgangspunktet faller musikk, film og bøker inn under en slik kategori. Og jo mer omfattende kopiering det er tale om, som f.eks. kopiering av filmserier, desto høyere bør vederlagsfaktoren være. For de nevnte verkstypene må det likevel tas i betraktning at den lovlige tilgangen ofte er styrt av abonnementstjenester og kopieringen kontrollert av tekniske beskyttelsessystemer, hvilket tilsier lav vederlagsfaktor for selve kopieringen, se nedenfor i pkt. 7.4. Den høye vederlagsfaktoren bør som sagt reserveres for kopiering som gir brukerne varig tilgang til verk, uten bruk av abonnementstjenester.

Så lenge selve kopieringen innebærer at den det kopieres til fordel for får varig tilgang til verket det kopieres fra, får det ikke være avgjørende om det betales for tilgangen. Det kan f.eks. være tale om kopiering til fordel for familie og nær vennekrets, som ikke lar seg

innkalkulere i vederlaget for selve verkstilgangen.⁸⁹ Slik kopiering kan hevdes å innebære en høy grad av skade som tilsier tilsvarende kompensasjon.

7.3 Middels vederlagsfaktor: Kopiering av mindre kopieringssensitive og/eller bruksintensive verk som medfører varig tilgang og som ikke er avhengig av abonnement mv.

I en «midtkategori» kan man plassere tilsvarende type kopiering som nevnt ovenfor, men der både kopierings- og bruksintensiteten er lavere. Det vil være tale om verks- eller andre rettighetstyper som ikke er gjenstand for like omfattende kopiering som de i høyeste kategori, og det kan også differensieres med hensyn til verkets omfang. Kopiering av tekst (annet enn e-bøker) kan være et nærliggende eksempel. Jeg går her ikke nærmere inn på beregningsmåter, men skisserer en modell for hvordan man kan tenke med hensyn til differensiering.

7.4 Lav vederlagsfaktor: Der tilgang er kontrollert av tekniske beskyttelsessystemer og kopieringen fremstår som en (tidsbegrenset) tilleggstjeneste.

Ut fra et «skadesynspunkt» er det liten grunn til å behandle all kopiering likt. Det bør skilles mellom kopiering som erstatter tilgang og kopiering som fremstår som en tilleggstjeneste, typisk tids- og stedsskiftefunksjoner. Enkelte hevder at kopiering for tids- og stedsskifte ikke medfører noen skade overhodet, og dermed ikke skal kompenseres for.⁹⁰ Etter min mening er det å dra det for langt, ettersom privatkopiering *kan* være en forutsetning for at brukeren har tilgang til verket til enhver tid. I tilfeller der selve hovedtilgangen til verket gis på en annen måte, og der kopieringen fremstår som en tilleggstjeneste som i første rekke har tids- og stedsskiftefunksjoner, kan det likevel hevdes at skaden for rettighetshaveren er mindre enn der kopieringen sikrer selve tilgangen. I slike tilfeller har rettighetshaveren også muligheter for å ta betaling for hovedtilgangen til verket. I den utstrekning f.eks. «offline-kopiering» av strømmetjenester og abonnementsbaserte PVR-tjenester kan sies å medføre mer enn minimal skade (se 7.5 nedenfor), bør vederlagsfaktoren være lav til tross for at omfanget av slik kopiering kan være stort. En slik løsning harmonerer godt med EU-domstolens uttalelser om at bruken av tekniske beskyttelsessystemer vil ha betydning for vederlagsnivået. Tekniske

⁸⁹ Se Poort/Quintais, «The Levy Runs Dry», *JIPITEC* 2013 s. 205-224, på s. 208. Jf. også Ole-Andreas Rognstad/Joost Poort, «The Right to a Reasonable Exploitation. An Incentive Based Approach», in Hugenholtz (ed.) *Copyright Reconstructed* (2018) s. 121-162, på s. 140.

⁹⁰ Se Digital Europe, Private Copying: Assessing Actual Harm and Implementing Alternative Systems to Device-Based Copyright Levies, Brussels 22 June 2015 (s. 3). Jf. også Poort/Quintais, «The Levy Runs Dry», *JIPITEC* 2013 s. 205-224, på s. 208 og Stefan Bechthold, «Information Society Directive», i Thomas Dreier/P. Bernt Hugenholtz (red.), *Concise European Copyright Law*, Alphen aan den Rijn 2006 s. 343-403, på s. 374.

beskyttelsessystemer benyttes for å regulere tilgang til verkene, som det også betales for, mens kopieringen tjener tids- og stedsskiftefunksjoner, og er også midlertidig i den forstand at tilgang til kopiene er betinget av at det betales abonnementsavgift. Det siste påvirker avgjort verdien av kopiene sett fra brukerens side.

7.5 Minimal eller ingen skade

Som det har fremgått ovenfor, skal det ikke kompenseres for kopiering som faller utenfor åvl. § 26, og det må heller ikke kompenseres for minimal skade. Som nevnt har statene også en skjønnsmargin ved fastsettelsen av hva som utgjør minimal skade, men minimal må bety utbetydelig. Kopiering som er beskjedent i omfang kan det med andre ord ses bort fra.

I tillegg er det spørsmål om det kan sies å foreligge mer enn minimal skade der rettighetshaverne *fortsetter* å ta betaling for kopiering som skal kompenseres ved ordningen. EU-domstolen har fastslått at privatkopieringsordningen fortrenger individuelle betalinger, men har ikke tatt uttrykkelig stilling til om rettighetshaverne lider skade dersom de lar være å ta hensyn til det. Svares det bekræftende på spørsmålet, åpnes det for dobbeltkompensasjon. I mangel av uttrykkelig avklaring fra EU-domstolen, står spørsmålet i beste fall åpent. I den situasjonen kan det vurderes å innføre et unntak fra privatkopieringsregelen som dekker denne type kopiering, for å unngå spørsmålet om dobbeltkompensasjon.

Som det har fremgått, mener jeg kopiering som er ledd i private brukeres tilgang til opphavsrettsbeskyttet materiale, og som det betales for, ikke innebærer noen skade for rettighetshaverne, og skal ikke dekkes av kompensasjonen for privatkopiering (se ovenfor i 6.7).

8 Oppsummering og konklusjoner

Utredningen ovenfor gir grunnlag for følgende oppsummering og konklusjoner

- Den norske ordningen for privatkopiering lar seg prinsipielt forene med EU-reglene, men det må innføres en ordning som sikrer at det bare er private rettssubjekter, og ikke juridiske personer, som fremstår som vederlagspliktige.
- Ordningen med en toleddet kollektiv og individuell vederlagsordning er i samsvar med EU-retten, men det antas at bo- og virkekravet i forskriften for den kollektive ordningen ikke er det.

- Statene har en skjønnsmargin ved vederlagsfastsettelsen, herunder vederlagets størrelse.
- Skjønnsmarginen innebærer bl.a. at det ikke er noen *automatikk* i at utvidelsen av Norwaco-ordningen til å omfatte andre verk og frembringelser enn lydopptak og film, skal medføre en oppjustering av det totale vederlaget. Opprettholdelse ved endringer eller reduksjon der det ikke er endringer bør imidlertid kreve en saklig begrunnelse som knytter seg til den skaden rettighetshaverne lider som følge av privatkopieringen.
- Kompensasjonen for privatkopiering skal dekke all eksemplarframstilling til privat bruk som omfattes av åvl. § 26. Det betyr på at kompensasjonen ikke omfatter
 - Eksemplarframstilling til annet enn privat bruk
 - Eksemplarframstilling av verk som nevnt i § 26 annet ledd
 - Eksemplarframstilling ved bruk av fremmed hjelp som nevnt i § 26 tredje ledd, herunder virtuelle PVR-tjenester mv. som innebærer spesielle former for tilrettelegging
 - Eksemplarframstilling av mer enn «enkelte eksemplarer»
 - Eksemplarframstilling i ervervsøyemed, herunder for kommersielle formål
 - Eksemplarframstilling som dekkes av andre fribruksregler (§§ 4, 30, 31 mv.)
 - Eksemplarframstilling som dekkes av avtalelisenser
 - Eksemplarframstilling fra ulovlig kopieringsgrunnlag
- Litterære og visuelle verk kan ikke unntas fra vederlagsordningen *per se*
- Bare privatkopiering som medfører skade for rettighetshaverne skal kompenseres, samtidig som det er adgang til å la være å kompensere for minimal skade. Statene har en skjønnsmargin med hensyn til å bestemme hva som er minimal skade.
- Kompensasjonsordningen har, i henhold til EU-domstolens praksis, fortrinn fremfor individuelle vederlagsbetalinger for privatkopiering, som brukerne ikke er forpliktet av. Men det kan stilles spørsmål ved om rettighetshaverne lider mer enn minimal skade om de fortsetter å ta betaling for slik bruk til tross for den manglende forpliktelsen. Spørsmålet er ikke avklart i praksis, og må foreløpig holdes åpent.
- Kompensasjonen kan differensieres avhengig av skadegrad. Et forslag til slik differensiering er:
 - Høy vederlagsfaktor: Kopiering av «kopieringssensitive verk» som medfører varig tilgang og som ikke er avhengig av abonnement mv.

- Middels vederlagsfaktor: Kopiering av mindre kopieringssensitive og/eller bruksintensive verk som medfører varig tilgang og som ikke er avhengig av abonnement mv.
- Lav vederlagsfaktor: Der tilgang er kontrollert av tekniske beskyttelsessystemer og kopieringen fremstår som en (tidsbegrenset) tilleggstjeneste.
- Ingen/minimal skade
 - Der skaden er ubetydelig i omfang
 - Der kopieringen er ledd i verkstilgangen som det betales for (nedlastingstjenester)
 - Der rettighetshaverne fortsetter å ta (individuell) betaling til tross for at brukerne ikke er forpliktet til å betale? (åpent og uavklart spørsmål)

Oslo, 10. september 2020

Ole-Andreas Rognstad