

"Phonofile i bibliotek"

Juridisk avhandling av vit.ass. Stig Walle

Universitetet i Oslo

Institutt for rettsinformatikk

Innhold:

"PHONOFIL I BIBLIOTEK".....	1
1. PILOTPROSJEKTET "PHONOFIL I BIBLIOTEK".....	2
1.1 INNLEDNING.....	2
1.2 DAGENS UTLÅNSORDNING FOR MUSIKK.....	2
1.3 AKKVISISJON.....	2
1.4 VEDERLAGSORDNINGER.....	5
2. PHONOFIL I BIBLIOTEK.....	6
2.1 PRESENTASJON AV PHONOFIL.....	6
2.2 PHONOFIL I BIBLIOTEK.....	7
2.3 HVILKE HENSYN MÅ TAS I BETRAKTNING?.....	8
2.4 INNLEDENDE MERKNADER TIL RETTSTILSTANDEN PÅ OMRÅDET.....	9
2.5 LØSNINGSMODELLER ETTER GJELDENE RETT.....	11
2.6 OFFENTLIG FREMFØRING.....	20
2.7 SPREDNINGSRETTE.....	22
2.8 MULIGHETER ETTER GJELDENE RETT.....	24
3. ENDRINGSFORSLAG.....	25
3.1 INNØRING AV AVTALELISENS SOM MULIG LØSNING.....	25

1. Pilotprosjektet "Phonofile i bibliotek"

1.1 Innledning

Prosjektet "Phonofile i bibliotek" har som siktemål å vurdere mulighetene for elektronisk formidling av musikk i bibliotekene. Formålet med prosjektet vil være å bidra til å avhjelpe det kulturpolitiske problem med at norske fonogrammer i mange tilfeller er vanskelig tilgjengelige for de som etterspør denne type musikk. I tillegg vil prosjektet kunne bidra til at hvert enkelt bibliotek får et større repertoar tilgjengelig innenfor de budsjetttrammer som i dag benyttes til innkjøp av fonogrammer. For å plassere prosjektet i sin rette sammenheng, vil jeg innledningsvis gi en redegjørelse for hvordan anskaffelse av fonogrammer foregår etter dagens ordning.

1.2 Dagens utlånsordning for musikk

Tradisjonelt forbindes ordet bibliotek med utlån av bøker. Om man betrakter ordet i et historisk perspektiv, er denne assosiasjonen helt naturlig siden ordet er satt sammen av de greske ordene "biblion", som betyr bok, og "theke", som betyr oppbevaringssted. Det er likevel ikke lenger slik at det bare er bøker som lånes ut gjennom bibliotekene. Nesten en fjerdedel av alt materiale som blir lånt ut består av andre medier. Lydbøker, kompaktplater med musikk eller annet materiale og videogrammer står for en stadig økende andel av de verk som årlig lånes ut, og tendensen er at populariteten øker med tilgangen.

Den videre fremstilling vil ha som siktemål å gi en oversikt over hvordan ordningen med utlån av musikk i form av CD-er fungerer i dag. Det pretenderes ikke å gi noen fullstendig og detaljert fremstilling, snarere et innblikk i hovedtrekkene av dagens ordning.

1.3 Akkvisisjon¹

Akkvisisjon – anskaffelse av bøker og annet materiale som stilles til disposisjon i bibliotekene – er hovedsakelig ikke regulert i lovgivningen. Anskaffelsene skjer etter beslutninger i de enkelte bibliotek og dekkes av bibliotekets budsjett. I all hovedsak er innkjøpene ikke regulert av lovgivning, og det er derfor ingen klare retningslinjer for

¹ Basert på "Jon Bing- Oversikt over bibliotekretten i NOU 1991:14, Vedlegg 1

hvilke titler eller hva slags materiale som skal være tilgjengelig for utlån i det enkelte bibliotek. Den eneste lovbestemmelsen som gir en viss indikasjon om at også musikk skal være omfattet av bibliotekenes utlånstilbud, finnes i lov om folkebibliotek av 20.12. 1985 nr.108 §1 hvor det heter at bibliotekene skal "...stille bøker og annet egnet materiale gratis til disposisjon...". Innenfor rammen av denne begrensning er anskaffelsen av musikk, som nevnt ovenfor; underlagt det enkelte biblioteks budsjetttrammer. Det finnes likevel to typer særordninger som kort skal omtales i det følgende.

1.3.1 Avleveringsplikt²

"Lov om avleveringsplikt for allment tilgjengelege dokument" av 9.6. 1989 nr. 32 har til formål å "... tryggja avleveringa av dokument med allment tilgjengeleg informasjon til nasjonale samlingar, slik at desse vitnemåla om norsk kultur og samfunnsliv kan verta bevarte og gjorde tilgjengelege som kjeldemateriale for forskning og dokumentasjon." Den oppstiller på visse vilkår en pliktavlevering til nasjonale samlinger. Utgangspunktet i lovens § 1 er at et dokument skal avleveres dersom det inneholder "... allment tilgjengelig informasjon ...". Innholdet av dette vilkår er nærmere definert i lovens §3 annet ledd, hvor det fremgår at vilkåret i §1 skal anses oppfylt dersom et eksemplar av dokumentet "... vert bode fram for sal, utleige eller utlån ..." eller dersom det på "... annan måte vert spreidd utanfor ein privat krins.". Definisjonen må antas å være sammenfallende med åndsverkslovens § 8 om "offentliggjørelse".³

Hva som skal avleveres er nærmere bestemt i § 4. For musikk, er det aktuelle alternativet "lydfesting" hvor uttrykket antagelig brukes som en fellesbetegnelse for både analoge og digitale representasjoner av lydopptak. Det følger videre av § 4 at det her skal avleveres to eksemplarer.

Som man ser av loven er bestemmelsen om pliktavlevering av sparsom betydning for det antall eksemplarer som finnes i bibliotekenes samlinger. Det er kun visse nærmere

² For en nærmere redegjørelse om avleveringsloven, se Jon Bing "Avleveringsloven og åndsverkloven: særlig om sceneverk" i Ånd og rett, Festskrift til Birger Stuevold Lassen

³ NOU 1991:14, s.155

angitte institusjoner som er mottagere av plikteksemplarer, og av disse er det også langt flere enn det antall eksemplarer som skal avleveres. Videre er også situasjonen den at verk som er avgitt etter avleveringsloven i sin alminnelighet ikke kan lånes ut fordi spredningsretten ikke konsumeres i disse tilfeller.

1.3.2 Innkjøpsordningene

En av hovedbegrunnelsene for etableringen av Norsk kulturråd var å skape en innkjøpsordning for norsk skjønnlitteratur. Kulturrådet har også siden 1985 administrert en innkjøpsordning for kvalitetsfonogrammer. I 1988 ble det under denne ordningen innkjøpt 50 fonogrammer, hver i et antall på 550 eksemplarer. Ordningen har fra 1990 fått egen post på statsbudsjettet, og administreres av Norsk Musikkinformasjon. Situasjonen frem til i dag har bedret seg betraktelig siden eksempelet fra 1988, selv om beløpene som benyttes, er beskjedne sammenlignet med de tilsvarende ordninger for litterære verk hvor det årlig benyttes omkring 60 millioner kroner. I 2001 ble det for eksempel under ordningen kjøpt fonogrammer for ca. 4,8 millioner kroner. Antallet eksemplarer som kjøpes inn er fortsatt ca. 550 av hvert verk. Av disse går ca. 400 til norske biblioteker, kulturskoler og videregående skoler med musikklinjer. De resterende 150 eksemplarer distribueres internasjonalt til journalister, konsertarrangører, utenriksstasjoner, videregående skoler og media. Innkjøpsordningen er, som de øvrige innkjøpsordninger, ikke lovfestet og administreres innenfor Kulturrådets budsjetttrammer.

1.3.3 Regulære innkjøp

Som nevnt ovenfor, må all musikk som ikke faller innenfor avleveringsplikten eller innkjøpsordningene dekkes innenfor det enkelte biblioteks budsjetttrammer. Som et eksempel vil jeg her benytte meg av musikkavdelingen ved Bergen folkebibliotek, som er en av landets største. Årlig benyttes det her ca kr 350.000,- til innkjøp av fonogram. Utvalget av titler foretas av bibliotekets ansatte, gjerne i samråd med salgsinstanser og publikum. Avdelingen mottar ikke avleveringspliktig materiale, men den får 60-70 titler gjennom innkjøpsordningen per år. Dette er ofte titler som allerede er kjøpt inn av musikkavdelingen, slik at innkjøpsordningen ofte fungerer som supplement eller titlene benyttes som innbyttevarer hos faghandlerne. Et klart problem med ordningen er at

fonogrammene gjerne er opp mot ett år gamle når de mottas av biblioteket og andre institusjoner som faller inn under ordningen. Mange av verkene har derfor mistet sin aktualitet på dette tidspunkt. Dette må likevel anses for å være et marginalt problem ettersom disse titler kun utgjør en liten del av det samlede utvalg hos de store bibliotekene. På den annen side kan problemet gi større utslag ved biblioteker av mer beskjeden størrelse.

Det er de ulike akkvisisjonsordninger beskrevet ovenfor som til enhver tid bestemmer det utvalg av musikk som er tilgjengelig for utlån i bibliotekene. For igjen å benytte musikkavdelingen ved Bergen folkebibliotek som eksempel, kan det nevnes at de per i dag har i underkant av 20.000 eksemplarer fordelt på 14.000 titler i sin samling.

1.4 Vederlagsordninger

Statlig vederlag for utlån av musikk i bibliotekene reguleres av Lov om bibliotekvederlag av 29.mai 1987 nr.23. Inntil nylig har denne ordningen bare omfattet bøker, men etter hvert har også musikk blitt inkludert i ordningen. Av lovens § 1 går det frem at det skal ytes et kollektivt vederlag til opphavsmenn til verk som disponeres til utlån i offentlige bibliotek. Vederlaget beregnes ut fra statistikk over antall utlåsenheter som disponeres til utlån i de enkelte bibliotekene, jmf. § 2. Den enkelte opphavsmann har ikke krav på noen form for vederlag for utlån ettersom dette innbetales til fond som forvaltes av de aktuelle opphavsmannsorganisasjoner på området, jmf. § 4. Midlenes fordeles så videre i form av stipender og direkte støtte til ulike prosjekter innenfor den enkelte kunststarts område, samt andre kollektive formål.

2. Phonofile i bibliotek

2.1 Presentasjon av Phonofile

Phonofile AS eier og driver et digitalt musikkarkiv inneholdende musikk utgitt av norske plateselskaper. På eiersiden representerer selskapet en svært bred sammensetning av norske rettighetshavere gjennom eierinteressene til FONO- (Foreningen norske plateselskaper), NOPA- (Foreningen for norske komponister og tekstforfattere) og TV2 AS. Phonofile er ikke selv eier av rettigheter til de verk som er tilgjengelige gjennom selskapets database, men fungerer som en sentral for elektronisk formidling av det repertoar mastereier⁴ ønsker skal gjøres tilgjengelig. Omfanget av repertoaret er fastsatt i den standardkontrakt som inngås mellom Phonofile og hvert enkelt plateselskap. Gjennom avtalen har Phonofile rettigheter til alle former for elektronisk formidling, men innestår da samtidig for at det foretas korrekte avregninger ovenfor de berørte rettighetshavere.

Phonofile tilbyr profesjonelle brukere som fjernsynsprodusenter, kringkastere og nettportaler tilgang til en meget rikholdig database for søk, nedlasting og klarering av rettigheter for bruk av musikk. Databasen inneholder i overkant av 38 000 verk utgitt av norske plateselskaper organisert gjennom FONO. Repertoaret er stadig økende, og vokser med anslagsvis 3000-5000 verk pr. år. Grunnet den gode tilgangen til et rikholdig norsk repertoar, er flere sentrale aktører innen norske media aktive brukere av selskapets tjenester. Brukerne gis mulighet til å søke på en rekke ulike kriterier, klarere rettigheter⁵ gjennom et online-skjema og avslutningsvis laste ned det aktuelle musikkverket.

Etter hvert er tjenesten også tilrettelagt for konsumentmarkedet gjennom en egen nettportal, . <http://www.musikkonline.no/shop/default.asp> Foruten den rene konsumenttjenesten for salg av nedlastbare musikkfiler fra musikkonline.no, er det også

⁴ I bransjepraksis regnes eieren av mastertapen som tilvirker etter åndsverkloven § 45. Dette kan være den opprinnelige produsent eller et plateselskap som har ervervet rettighetene. For nærmere behandling av dette spørsmål, se Berge. Platekontrakten s. 16

⁵ Brukerne kan også klarere rettigheter for bruk i andre sammenhenger enn det som er regulert av kollektive avtaler, for eksempel bruk av musikk i reklame.

laget unike nettbutikker for hvert enkelt plateselskap, tilpasset det grafiske grensesnitt som selskapet har på sine hjemmesider. Totalt sett er det mulig å kjøpe nedlastbare musikkfiler fra mer enn 90 norske plateselskaper. I tillegg gir avtalen om DPD⁶ mulighet for å lytte gratis til et 30 sekunders lydklipp fra hvert enkelt spor uavhengig av om man velger å laste ned lydfilen eller ikke.

2.2 Phonofile i bibliotek

I tilknytning til Statens bibliotektilsyns prosjekt "Bredbånd i folkebibliotek" ble Phonofile satt i kontakt med Bibliotektilsynet med sikte på å etablere et pilotprosjekt for elektronisk formidling av musikk gjennom folkebibliotekene. Prosjektet er et samarbeidsprosjekt mellom Phonofile AS, Bergen offentlige bibliotek og Statens bibliotektilsyn.⁷ Intensjonen med prosjektet er å kunne tilby allmennheten et bredt spekter av nasjonal musikk i digital form. Ved å velge Phonofile som samarbeidspartner, har man sikret en tilgang til best mulig repertoar innen såkalt mainstream så vel som mer alternativ eller eksperimentell musikk. Ved bruk av et slikt system er en av fordelene at brukeren har mulighet for å "skreddersy" sine egne plater, eller kun velge ut de spor som er av interesse. Et av formålene med prosjektet er å identifisere juridiske problemstillinger og muligheter knyttet til en tilgjengeliggjøring av hele Phonofiles musikkdatabase hos folkebibliotekene. Erfaringene fra pilotprosjektet skal også danne grunnlag for å vurdere mulighetene for at en slik tilgjengeliggjøring skal kunne gjennomføres i alle folkebibliotek i Norge.

Vedrørende de rettslige problemstillingene prosjektet reiser vil det være tre forhold som står sentralt i vurderingen. Gjennom prosjektbeskrivelsen er det fremmet ønske om å få vurdert mulighetene for:

- offentlig fremføring av musikk
- utlån av eksemplar
- salg av eksemplar

⁶ Digital Phonogram Delivery

⁷ I tillegg medvirker Institutt for rettsinformatikk med en vurdering av visse rettslige aspekter ved prosjektet.

2.3 Hvilke hensyn må tas i betraktning?

For å kunne vurdere de opphavsrettslige problemstillingene nærmere er det innledningsvis naturlig å analysere hvilke konflikter som kan tenkes å gjøre seg gjeldende ved online-formidling gjennom bibliotekene. Av særlig interesse er spørsmålet om retten til reproduksjon av verket, eller nærmere bestemt retten til betaling når verket blir brukt.

De rettighetshavere som berøres av elektronisk formidling av musikk fremstår ikke som noen homogen gruppe. Hvilke interesser det må tas hensyn til kan deles opp i rettigheter for:

- originære opphavsmenn og erververe av disse rettigheter⁸
- utøvende kunstnere
- fonogramtilvirkere

Ivaretakelsen av de ulike hensyn er langt på vei ivaretatt i åndsverkloven gjennom en nærmere spesifisering av rettigheter for de ulike gruppene. Disse vil bli behandlet nærmere nedenfor.

Hovedspørsmålet for bruk av direktekoblede systemer for formidling av musikk i bibliotekene er naturlig nok tilgjengelighet. Den økte tilgjengelighet skal ha som formål å gi sluttbrukerne et bredest mulig utvalg av norsk musikk på en enkel måte til lavest mulige kostnader. De opphavsrettslige regler utgjør da naturlig nok en skranke i denne sammenheng, et utslag av den balanse mellom interessegruppene lovgivningen på det opphavsrettslige området søker å ivareta.

En problemstilling vedrørende digitale tjenester innen bibliotekssektoren har vært og er fortsatt identifikasjon av og betaling for de verk som benyttes. En grunnleggende

⁸ Hvilke rettigheter som er ervervet vil variere avhenger av kontraktens utforming. Et hovedskille går mellom eksklusive overdragelser og overdragelse av simpel lisens for utnyttelse av verket på bestemt måte og i et bestemt omfang.

forutsetning for å kunne tilby denne type tjenester, er derfor at hensynet til disse spørsmål blir ivaretatt fullt ut. Et annet hensyn som må tas i betraktning er at et slikt system er relativt avvikende fra bibliotekenes tradisjonelle virksomhet. I opphavsrettslig terminologi er det stor forskjell på det å kjøpe fysiske eksemplar for å låne dem ut, til det å selv produsere de eksemplar som benyttes i utlånsvirksomheten. Det kan i det minste stilles spørsmål ved om det er innenfor bibliotekslovgivningens formål å utøve aktiviteter som har karakter av forlagsvirksomhet⁹. Det er god grunn til å anta at det særlig fra fonogramtilvirkerne vil være innvendinger mot denne type produksjon. Selv om det i bibliotekslovgivningen heller ikke oppstilles noe eksplisitt forbud mot en slik virksomhet, kan det i det minste hevdes at forholdet utgjør et bibliotekpolitisk spørsmål.

2.4 Innledende merknader til rettstilstanden på området

Innledningsvis er det hensiktsmessig å gi en kortfattet oversikt over aktuell lovgivning på området og en angivelse av de rettslige problemstillinger gjennomføringen av prosjektet reiser. Det tas derfor ikke sikte på å foreta drøftelser av problemstillinger på et generelt plan i denne sammenheng. Intensjonen vil være å trekke frem de konkrete problemstillinger som gjør seg gjeldende i krysningsfeltet mellom nyere teknologi og opphavsretten, og for så vidt også bibliotekslovgivningen.

Den sentrale del av utredningen vil bestå av å vurdere hvilke muligheter og begrensninger for bruk av opphavsrettslig beskyttet materiale som oppstilles i lov om opphavsrett til åndsverk av 12. mai 1961 nr. 2 (åndsverkloven). Utgangspunktet her er at opphavsmannen har en enerett til å fremstille eksemplar av sitt åndsverk og til å gjøre det tilgjengelig for allmennheten, jfr. åndsverkloven § 2 første ledd. Denne eneretten er i utgangspunktet absolutt, noe som innebærer at eneretten gjelder helt uavhengig av hvordan verket senere skal brukes. Det oppstilles imidlertid en rekke avgrensninger gjennom særskilt regulering.

Opphavsretten er en subjektiv enerett som etter lovgivningen forvaltes av den enkelte opphavsmann, eller den han overdrar rettigheter til. På musikkens område er det likevel

⁹ Jon Bing, "Rettslige konsekvenser av digitalisering: rettighetsadministrasjon og redaktøransvar i digitale nett". CompLex 1/95, s. 60

vanlig at rettighetene i relativt stor utstrekning forvaltes kollektivt gjennom forvaltningsorganisasjoner. Eksempler her er TONO som forvalter komponistenes fremføringsrettigheter og NCB som forvalter rettighetene til lydfesting.

Foruten eneretten til eksemplarfremstilling og offentlig fremføring, må det også tas hensyn til eneretten til spredning av eksemplarene. Som det går frem av åndsverkloven § 2 tredje ledd vil både salg og utlån være å anse som spredning i opphavsrettslig forstand. På visse vilkår kan denne rett likevel være gjenstand for konsumpsjon etter bestemmelsen i åndsverkloven § 19. En betingelse her er at det finner sted et salg eller annen form for overdragelse av eksemplaret. Det vil derfor være av betydning om eksemplarfremstillingen som finner sted er å anse som et lokalt fremstilt eksemplar som må likestilles med en overdragelse, eller en ren produksjon av nye eksemplar. Dersom sistnevnte er tilfelle vil spredningsretten i utgangspunktet måtte baseres på avtale.

I tillegg til de opphavsmenn som har rettigheter etter åndsverkloven, er også enkelte andre grupper tilgodesett ved såkalte "nærstående rettigheter" i åndsverklovens kapittel 5. Av interesse her er de rettigheter som gjelder for utøvende kunstnere etter åndsverkloven § 42 og tilvirkere av lydopptak etter åndsverkloven § 45. Dette er rettigheter som ikke er like vidtgående som opphavsmannens, men som like fullt må tas i betraktning ved enhver utnyttelse av eksisterende lydopptak.

På samme måte som for konsumpsjon av opphavsmannens spredningsrett etter åndsverkloven § 19 gjelder det også en konsumpsjonsregel for utøvende kunstnere og fonogramtilvirkere etter henholdsvis åndsverkloven § 42 tredje ledd og § 45 annet ledd. Innholdsmessig er disse bestemmelser identiske med bestemmelsen i åndsverkloven § 19.

Ved siden av retten til eksemplarfremstilling og spredning, vil bruk av lyttestasjonene også innebære at det finner sted en offentlig fremføring av verket. Enhver avspilling av et verk er isolert sett å betrakte som en fremføring. Dersom denne finner sted utenfor det private området, vil den innebære en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Som det fremgår åndsverkloven § 2 første ledd er dette en annen av de sentrale rettigheter for opphavsmannen ved siden av retten til eksemplarfremstilling.

I tillegg til de opphavsrettslige problemstillinger vil prosjektet også ha en side mot bibliotekslovgivningen. Utgangspunktet for bibliotekenes virksomhet går frem av formålsparagrafen i lov om folkebibliotek av 20. desember 1985 nr. 108 § 1

”Folkebibliotekene skal ha til oppgave å fremme opplysning, utdanning og annen kulturell virksomhet gjennom informasjonsformidling og ved å stille bøker og annet egnet materiale gratis til disposisjon for alle som bor i landet.” Det er særlig spørsmålet om salg av eksemplarer som kan volde problemer i forhold til denne bestemmelsen. Det vil nok kunne hevdes denne form for ”forlag på forespørsel” strider mot både bibliotekenes natur og gjeldende bibliotekslovgivning.¹⁰ På den annen side oppstiller heller ikke bibliotekslovgivningen noe eksplisitt forbud mot denne type virksomhet. Som nevnt innledningsvis vil det trolig derfor være et policy spørsmål hvorvidt man ønsker å legge til rette for denne type virksomhet.

2.5 Løsningsmodeller etter gjeldende rett

2.5.1 Eksemplarfremstilling

Et av siktemålene for prosjektet er å kunne fremstille kompaktplater ved hjelp av brenner koblet opp mot Phonofiles system. Disse fysiske eksemplarer skal i sin tur distribueres videre til bibliotekets brukere i form av salg eller utlån.

Som et utgangspunkt vil biblioteket måtte erverve et underlagseksemplar av verket som i sin tur vil kunne danne grunnlag for ytterligere eksemplarfremstillinger. Fremstilling av kompaktplater vil derfor i utgangspunktet innebære minimum to eksemplarfremstillinger, begge omfattet av enerettene etter åndsverkloven §§ 2, 42 og 45. Det må derfor foretas en generell todeling mellom formidling i nettverk og fremstilling av fysiske kopier i form av kompaktplater. Denne sontringen er likevel hovedsakelig funksjonelt basert.

¹⁰ Jon Bing, Rettslige konsekvenser av digitalisering: Rettighetsadministrasjon og redaktøransvar i digitale nett, CompLex 1/95 s. 60

Utgangspunktet for enhver form for eksemplarframstilling er at det må foreligge et rettslig grunnlag for denne. De rettigheter Phonofile er innehavere av, vil ikke i særlig grad kunne benyttes av bibliotekene på den måte prosjektet forutsetter ettersom det er det enkelte rettssubjekt som ønsker å beføye over åndsverket som må ha et selvstendig rettslig grunnlag for dette. Phonofile vil heller ikke ensidig kunne overdra noen av de rettigheter som følger av deres lisensavtale med de ulike rettighetshaverne, noe som utgjør en tilstrekkelig begrensning i seg selv. I alle tilfeller vil en slik overdragelse være i strid med åndsverkloven § 39 b som oppstiller en regel om at en rett til å råde over åndsverket ikke kan overdras uten etter samtykke fra opphavsmannen.

På bakgrunn av de avtaler og begrensninger som foreligger mellom Phonofile og rettighetshaverne vil det være to alternative muligheter for bibliotekene til å erverve et eksemplar av musikkverket i form av en nedlastet lydfil.

Den ene muligheten for bibliotekene er å inngå individuelle avtaler med rettighetshaverne i form av en lisensavtale som tillater eksemplarframstilling i form av innkopiering til fast magnetplatestasjon. Dette kan gjøres individuelt for hvert enkelt bibliotek eller i form av en konsortieavtale med distributør og rettighetshaver. Det vil her være biblioteket og rettighetshaverne som utgjør avtalepartene i forhold til bruk av åndsverket. En fordel med en slik løsning er at det også vil være mulig å regulere den videre bruk av det enkelte musikkverk gjennom avtalen og på grunnlag av de rettigheter som eventuelt følger av åndsverkloven.

Den andre muligheten er at biblioteket foretar et regulært kjøp ved å benytte seg av de muligheter Phonofile tilbyr for nedlasting gjennom Digital Phonogram Delivery (download). Denne mulighet har grunnlag i Phonofiles avtaler med rettighetshaverne, og bibliotekene vil således bare utgjøre en tredjepart uten rettigheter og forpliktelser i forhold til disse avtaler. For den videre bruk vil man her måtte innrette seg etter de opphavsrettslige bestemmelser eller egne avtaler med rettighetshaverne.

I forhold til begge alternativene vil naturlig nok hovedspørsmålet være i hvilket omfang det er mulig å nyttiggjøre seg det ervervede eksemplar til ytterligere å beføye over åndsverket. En forutsetning for den videre redegjørelse er at biblioteket er eier av det

nedlastede eksemplar, men at det ikke foreligger noe rettigheter til videre utnyttelse utover dette.

2.5.2 Løsningsmodeller for kopiering av nedlastet eksemplar

Den videre fremstilling vil ta for seg de løsningsmodeller for eksemplarfremstilling som finnes i åndsverkloven. Problemstillingen vil være å undersøke nærmere i hvilken utstrekning eksisterende regelverk vil kunne gi grunnlag for å fremstille fysiske eksemplar av den musikk biblioteket har ervervet i form av nedlastede lydfiler. Av interesse i denne forbindelse er de avgrensingsregler som finnes i åndsverklovens kapittel 2 og eventuelle andre rettslige grunnlag som kan gi muligheter for kopiering.

Når det gjelder spørsmålet om de løsningsmodeller som kan søkes i lovgivningen, er det for det vesentlige snakk om lovbestemmelser som innebærer en avgrensning av opphavsmannens eneretter. Åndsverkloven stiller opp ulike modeller for denne type avgrensning. Disse kan kort skisseres som bestemmelser om fri bruk, tvangslisens og avtalelisens. Modellenes innhold og anvendbarhet for prosjektet vil være gjenstand for en nærmere vurdering i det følgende.

Et forhold som bør nevnes innledningsvis, og som gjelder som en felles retningslinje for forståelsen av de ulike løsningsmodellene, er det prinsipp som kan sies å følge av Bernkonvensjonens artikkel 9(2). Det oppstilles her muligheter for det enkelte land til å avgrense opphavsmannens enerett til reproduksjon gjennom den såkalte tre-trinns-testen. Vilklårene er at avgrensningen må gjelde *visse spesielle tilfelle*, den må ikke *skade den normale utnyttelse av verket*, og heller ikke *tilsidesette opphavsmannens legitime interesser*. Det antas å være alminnelig enighet om at denne bestemmelsen skal forstås slik at den gir større rom for eksemplarfremstilling uten samtykke når det betales vederlag, enn når eksemplarfremstillingen kan skje fritt.¹¹ Tilsvarende prinsipp kommer også til uttrykk i Infosoc-direktivet¹² og TRIPS-avtalen¹³.

¹¹ Ot. prp. nr. 15 (1994-1995) s. 22 med videre henvisning til NOU 1988:22

¹² Direktiv 2001/29/EF

¹³ Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

Situasjonen vil derfor kunne være den at en tvangslisens med betalingsplikt kan være tillatt hvor det ikke vil være tillatt å gi bestemmelser om fri bruk¹⁴. I en mellomstilling kommer avtalelisensbestemmelser, som bygger på det syn at der hvor man kan være i tvil om Bernkonvensjonen gir adgang til å fastsette bestemmelser om tvangslisens, vil en avtalelisens kunne være løsningen. Årsaken til denne utvidede adgang følger av det element av frivillighet som ligger i selve avtalesituasjonen og måten vederlaget blir avtalt på, som sikrer at det har et akseptabelt nivå. Momentene nevnt ovenfor vil naturlig nok være av betydning ved fastsettelsen av rekkevidden for de ulike bestemmelser som avgrensner av opphavsmannens enerett. I tillegg må man også foreta en avveining av opphavsmannens økonomiske og ideelle interesser når det gjelder utnyttelsen av hans verk mot brukernes behov for å kunne nyttiggjøre seg teknologien på en hensiktsmessig måte. Et moment i denne vurderingen vil være at eventuelle bestemmelser ikke skal være til ugunst for den regulære produksjon og omsetning av åndsverk i markedet.

2.5.2.1 Fri bruk

Kopiering til privat bruk

Utgangspunktet for denne vurderingen er det forhold at bibliotekets brukere i enkelte, begrensede tilfeller har en adgang til å ta kopier av det materiale som finnes i bibliotekenes samlinger. En betingelse for denne løsningsmodellen er at biblioteket har ervervet sitt eget eksemplar gjennom en av de alternative fremgangsmåtene skissert ovenfor.

Etter åndsverkloven § 12 er det på visse nærmere angitte vilkår tillatt å fremstille eksemplarer til privat bruk. Bestemmelsen representerer en avgrensning av opphavsmannens enerett etter åndsverkloven § 2 første ledd, og får også tilsvarende anvendelse ovenfor fonogramprodusenters og utøvende kunstners vern etter åndsverkloven §§ 42 og 45. Historisk sett har adgangen til eksemplarframstilling til privat bruk blitt forsvart med at den var uten økonomisk betydning for opphavsmannen, men med dagens teknologi har reproduksjons- og spredningsmulighetene blitt så omfattende, enkle, effektive og billige at dette argumentet ikke lenger har noen

¹⁴ Ot. prp. nr. 15 (1994-1995) s. 22

gjennomslagskraft. En mer nærliggende begrunnelse for at opphavsretten holdes utenfor det private området, er at det ikke passer å håndheve den her, eller at det praktisk sett ikke er gjennomførbart.¹⁵

Det naturlige utgangspunkt for en vurdering av adgangen til eksemplarframstilling til privat bruk er åndsverklovens § 12, første ledd. Bestemmelsen gir anvisning på at "... enkelte eksemplarer av offentliggjort verk [kan] fremstilles til privat bruk." Ved tolkningen av bestemmelsen skal det foretas en avveining av brukerens behov og rimeligheten av den aktuelle eksemplarframstilling mot opphavsmannens interesser i å utnytte verket på sedvanlig måte. Eksemplarframstilling av den aktuelle art skal ikke urimelig begrense opphavsmannens mulighet for økonomisk utnyttelse av sitt verk.¹⁶ Uttalelsen i forarbeidene må ses i sammenheng med tretrinnssteden i Bernkonvensjonen artikkel 9 (2), og kan tale for en mer restriktiv tolkning av bestemmelsen enn hva som tidligere er lagt til grunn, ettersom ny teknologi gjør reproduksjons og spredningsmulighetene langt mer omfattende enn tidligere, jfr. ovenfor. De ulike (original) eksemplarene som benyttes som grunnlag for framstillingen, kan skaffes til veie fra nær sagt hvor som helst, også utenfor den såkalte "private krets". Som et eksempel kan her nevnes bøker eller CD'er som er lånt på biblioteket. Disse vil være skaffet til veie utenfor den "private krets" men vil like fullt kunne kopieres til privat bruk.

Det er videre etter hovedregelen i åndsverkloven § 12 første ledd ingen betingelse at vedkommende privatperson selv står for eksemplarframstillingen. I utgangspunktet kan man benytte seg av såkalt "fremmed hjelp" for eksempel i form av profesjonelle kopieringsbyråer. En betingelse er imidlertid at det er den private part som selv må ta initiativet til den konkrete kopiering som ønskes utført.¹⁷ Når det gjelder framstilling av musikkverk, er adgangen til å benytte fremmed hjelp langt snevrere enn for hovedgruppen av de øvrige åndsverk. Åndsverkloven §12 tredje ledd, siste pkt. gjør et unntak fra hovedregelen i første ledd når den slår fast at for musikkverks vedkommende "... kan framstillingen av eksemplarer ikke utføres ved fremmed hjelp som medvirker i

¹⁵ Sijthoff Stray, 1989, s.106

¹⁶ Ot.prp.nr.15 (1994-1995) s.42

¹⁷ Innst. O. XI (1960-61) s. 18

erervsøyemed.” I motsetning til første ledd er det her medhjelperens forhold som må vurderes, ettersom ordlyden gir anvisning på at det er *selve medvirkningen* som ikke må skje i ervervsøyemed. I forarbeidene er denne innskrenkningen begrunnet med at profesjonelle aktører er i stand til å lage så gode kopier at de kvalitetsmessig er fullt på høyde med originaleksemplarene.¹⁸ Det kan trolig legges til grunn at bibliotekenes eventuelle bistand ikke omfattes av bestemmelsen.

I forlengelse av problemstillingen omkring kopiering til privat bruk og forholdet til fremmed hjelp gjør det seg også gjeldende et særlig spørsmål som knytter seg til såkalt privat kopiering i bibliotek. Utgangspunktet er at bibliotekets brukere innenfor rammen av åndsverkloven § 12 har adgang til å ta kopier av det materiale som er tilgjengelig i bibliotekets samlinger. En relevant problemstilling i denne forbindelse er derfor å trekke grensen mellom privat kopiering og bibliotekenes egen. Spørsmålet er i hvilken grad bibliotekene kan tilrettelegge for sekundær eksemplarfremstilling uten at det betraktes som en krenkelse av opphavsmannens enerett. I forarbeidene er det antatt at eksemplarfremstilling som finner sted etter initiativ fra låntakeren kan være innenfor rammen av åndsverkloven § 12 selv om det ytes bistand fra biblioteket.¹⁹ Et stykke på vei slutter også Opphavsrettsutvalget seg til denne uttalelsen, men modifierer den i stor grad for de tilfeller det er snakk om ”... å gå ut med et aktivt tilbud om kopiering eller på annen måte gjøre kopiering til et nærmest rutinemessig fenomen.”²⁰ I en slik situasjon vil man befinne seg utenfor formålet om å la kopiering i bibliotek være tillatt i de enkeltstående tilfelle hvor et særlig behov foreligger.

På bakgrunn av uttalelsene ovenfor vil det neppe være adgang til å la brukerne av biblioteket å foreta kopiering til privat bruk i den form en digital tjeneste forutsetter. En slik ordning vil i for stor grad preges av å være en tjeneste for ”publisering på forespørsel” og vil i denne sammenheng gå ut over grensene for det åndsverkloven § 12 tillater.

Biblioteksparagrafen

¹⁸ NOU 1983:35 s. 32

¹⁹ Innst. O. XI (1960-61) s. 21

²⁰ NOU 1983:35, s.31

En særlig bestemmelse om bibliotekenes rett til sekundær eksemplarframstilling finnes i åndsverklovens §16. Gjennom bestemmelsen kan Kongen gi nærmere regler om bla bibliotekenes adgang til eksemplarframstilling for "... konserverings- og sikringsformål og andre særskilte formål." I forskrift til åndsverkloven av 21.12.2001 nr.1563 er det gitt nærmere regler. Forskriften er en samleforskrift som erstatter 12 forskrifter som tidligere regulerte tilsvarende rettsområde. Bestemmelser med hjemmel i § 16 finnes i forskriftens kapittel 1.

En rekke nærmere angitte institusjoner, jfr. forskriftens § 1-1 er gitt adgang til eksemplarframstilling "... til bruk i sin virksomhet ..." under forutsetning at denne skjer i "... samsvar med formål som angitt i bestemmelsene i § 1-2 til § 1-9." Det er derfor innholdet av disse bestemmelser som må undersøkes nærmere for å kunne ta stilling til hvilken materiell adgang til eksemplarframstilling forskriften gir. Det vil favne for vidt å gi en helt generell framstilling av innholdet. Den videre redegjørelse vil derfor ha som siktemål å undersøke om forskriften vil kunne gi adgang for bibliotekene til å framstille eksemplarer av musikkverk ved brenning av kompaktplater.

Utgangspunktet i forskriftens § 1-2, 1.pkt er at det er adgang til å framstille eksemplar "... i samme format som originaleksemplaret ...", dersom ikke annet er særskilt angitt. Det er noe uklart hva som her menes med "samme format", men ut fra sammenhengen i bestemmelsen er det nærliggende å tro at det her siktes til ulike lagringsmedier for informasjon. Dette synspunkt støttes også av uttalelser i forarbeidene²¹ hvor det tas til orde for at: "... kopiering bare kan skje til medium av samme karakter som det kopieres fra." Dersom en slik forståelse av forskriftens innhold legges til grunn, vil situasjonen være den at biblioteket ikke vil ha adgang til å framstille kopier ved brenning av kompaktplater dersom bibliotekets originaleksemplar²² kun eksisterer i form av eksemplar på fast magnetplatestasjon.

I tillegg til at forskriften neppe gir hjemmel for framstilling av kompaktplater, oppstilles det i tillegg ytterligere begrensninger i forhold til en eventuell utlånsadgang. Det følger

²¹ NOU 1988:22 s. 65

²² Det forutsettes da at det er det nedlastede eksemplar som er å anse som originaleksemplar i denne sammenheng.

videre av forskriften §1-3 at det kun er eksemplar fremstilt på papir som kan "brukes" utenfor vedkommende institusjons egne lokaler. Dette utgjør naturlig nok en begrensning i forhold til musikk. Det er viktig å merke seg at uttrykket "brukes" ikke er ensbetydende med at vedkommende eksemplar kan lånes ut gjennom bibliotekenes ordinære utlånssystem. Adgangen til å kopiere eksemplarer som senere skal benyttes for utlån, er ytterligere begrenset gjennom forskriften §1-6. Bestemmelsen angir vilkår som innebærer en svært begrenset utlånsmulighet for kopier av originaleksemplarene ved at utlån av disse kun tillates "...dersom eksemplaret er særlig utsatt for skade ved utlån eller vanskelig kan erstattes hvis det går tapt."

Som det fremgår, finnes det heller ikke i biblioteksforskriften rettslig grunnlag for den utnyttelse av opphavsrettslig materiale som prosjektet forutsetter.

2.5.2.2 Tvangslisenser

En bestemmelse om tvangslisens vil si at tillatelsen til bruk følger direkte av lov, og i de fleste tilfeller oppstilles det også en plikt til å betale vederlag for bruken. Nærmere bestemt innebærer dette at verket kan utnyttes på en bestemt måte uten forutgående samtykke fra opphavsmannen. Denne kan heller ikke nedlegge forbud mot den aktuelle utnyttelsen, men vil ha et krav på vederlag. Opphavsmannen har ingen plikt til å utlevere de eksemplarer av verket som nødvendigvis må ligge til grunn for utnyttelse av tvangslisensen. Disse må derfor brukeren selv skaffe seg adgang til på annen måte. Ettersom det ikke ligger til grunn noe avtaleforhold som angir den bestemte bruken tillatt gjennom tvangslisensen, må det i forskrifts form gis svært detaljerte regler for den nærmere utnyttelse.

I åndsverkloven er det gitt tvangslisensbestemmelser i §§ 17, tredje ledd, 18 og 23. Bestemmelsene er også videre gitt tilsvarende anvendelse ovenfor rettigheter etter åndsverkloven kapittel 5 gjennom en rekke henvisningsbestemmelser her. I tillegg er det også i siste del av kapittel 2 gitt felles bestemmelser om tvangslisens, avtalelisens, nemnd m.v. i §§ 35-38a.

Det kan relativt kort slås fast at ingen av de aktuelle bestemmelser gir et grunnlag for eksemplarfremstilling til det formål som er nødvendig for en gjennomføring av prosjektet. Riktignok gir enkelte av bestemmelsene om tvangslisens mulighet for at også biblioteker kan fremstille kopier, men den nærmere bruk av disse er underlagt særskilt regulering. På bakgrunn av denne vil utlån kun være mulig i nærmere angitte tilfelle.

2.5.2.3 Avtalelisenser

En avtalelisensbestemmelse er en lovbestemmelse som gir den som har avtale med en organisasjon som representerer rettighetshavere på et område, rett til å utnytte også andre rettighetshavers verk eller prestasjoner av den art avtalen gjelder, forutsatt at bruken skjer på det området og på den måten avtalen tillater. Åndsverkloven har bestemmelser som gir anvisning på en løsning med avtalelisens i §§ 13, 14 og 17 fjerde ledd. I tillegg finnes det også bestemmelser om avtalelisens i §§ 30 og 34 som særskilt gjelder for kringkasting.

Det kan også i forhold til de gjeldende bestemmelser om avtalelisens kort slås fast at ingen av disse er anvendelige for de utnyttelsesformer som er nødvendige for prosjektet.

2.5.2.4 Lisensiering

Et siste mulig grunnlag som skal undersøkes, er en rett til eksemplarfremstilling basert på avtale med de berørte rettighetshavere. Denne løsning skiller seg fra de øvrige ovenfor ved at grunnlaget ikke søkes i åndsverklovens avgrensingsregler.

Utgangspunktet for rettighetsklarering er at dette skal skje direkte ovenfor rettighetshaver med mindre annet følger av lov eller avtale. Et prinsipp for forvaltningen av rettigheter bør være at opphavsrett og andre immaterielle enerettigheter først og fremst er individuelle. Der hvor individuell forvaltning er praktisk mulig, bør en slik løsning foretrekkes. Situasjonen vil imidlertid ofte være den at kollektiv forvaltning er praktisk nødvendig, blant annet nettopp for at man effektivt skal kunne forvalte de individuelle rettighetene på en hensiktsmessig måte. Rent praktisk skjer da også klarering i stor grad gjennom rettighets- og forvaltningsorganisasjoner.

Til forskjell fra en lovhjemlet eksemplarframstillingsrett innebærer en avtalebasert lisensiering at man må inngå avtale med samtlige rettighetshavere til en eksisterende lydfesting.

For komponistrettighetene må det inngås avtale med NCB som gjennom forvaltningskontrakt representerer denne gruppen. For å kunne forestå eksemplarframstillinger må bibliotekene erverve en ikke-eksklusiv tillatelse til å fremstille eksemplarer av det enkelte verk. De nærmere detaljer angående omfang og varighet av den ervervede rett, reguleres gjennom avtalen.

På tilsvarende måte må rettigheter til eksemplarframstilling klareres med fonogramprodusentene og de utøvende kunstnere. Denne gruppe er ikke i samme grad som komponistene, representert gjennom forvaltningsorganisasjoner, og en rettighetsklarering her vil måtte gjennomføres på individuell basis. Normalsituasjonen er imidlertid den at man i stor utstrekning kan forholde seg til plateselskapene ved klareringen. Disse vil normalt ha ervervet rettighetene beskrevet ovenfor, og som ved annet salg vil den enkelte artist få utbetalt sitt vederlag som royalty av plateselskapet i henhold til den enkelte platekontrakt.²³

2.6 Offentlig fremføring

Rettighetshaveren har en enerett til offentlig fremføring av verket etter åndsverkloven § 2 tredje ledd, jfr. første ledd. Den som vil forestå en offentlig fremføring av et verk må derfor ha tillatelse fra rettighetshaveren dersom ikke annet følger av lov. Utover de rettigheter som innehas av opphavsmannen, har også utøvere og fonogramtilvirkere visse rettigheter ved en offentlig fremføring av et verk. Deres enerett er hovedsakelig knyttet til eksemplarframstilling av prestasjonen, mens det for offentlige fremføringer kun oppstår et vederlagskrav på deres hånd. Dette følger av åndsverkloven §§ 42 og 45 sammenholdt med § 45 b. Den videre regulering vedrørende fordeling av vederlag og innkreving av dette er regulert i forskrift til åndsverkloven § 3-2 til § 3-7.

I forhold til Phonofileprosjektet får rettighetene beskrevet ovenfor betydning ved bruk av lyttestasjonene til streaming av hele låter. Det er neppe tvilsomt at dette er å regne som en offentlig fremføring etter åndsverkloven § 2 tredje ledd selv om avspillingen av musikken foregår via høretelefoner, slik at det bare er den enkelte brukeren som kan nyttiggjøre seg fremføringen. Problemstillingen for den nærmere behandlingen vil være å undersøke nærmere hvilke mulige grunnlag som finnes for at bibliotekene kan foreta en slik avspilling av musikken.

Det naturlige utgangspunktet for en slik vurdering vil også her være å undersøke om åndsverkloven oppstiller avgrensingsregler for denne type bruk på samme måte som det finnes enkelte avgrensingsregler for eksemplarfremstilling. Uten å gå nærmere inn på innholdet av de enkelte bestemmelser kan det kort konstateres at åndsverkloven ikke inneholder et rettslig grunnlag som bibliotekene kan benytte seg av til offentlig fremføring av de aktuelle verk. Forarbeidene²⁴ nevner muligheten for at visse offentlige fremføringer bør kunne unntas dersom dette fremstår som et alternativ til utlån. En slik situasjon kan ikke sies å foreligge i dette tilfellet, og unntak for denne type fremføringer har heller ikke kommet til uttrykk ved lov eller forskrift. Retten til offentlig fremføring av verket følger derfor hovedregelen i åndsverklovens § 2 om at denne rett i utgangspunktet innehas av den originære opphavsmann. Ved streaming av hele låter må det derfor innhentes tillatelse fra opphavsmannen eller representanter for denne.

Ved "streaming on demand" er imidlertid situasjonen den at avspillingen rent opphavsrettslig innebærer en kombinasjon av fremføring- og eksemplarfremstillingsretten.²⁵ Dette skyldes at selv om det i utgangspunktet foretas en fremføring av musikken, dannes det også midlertidige eksemplarer i bufferminnet i sluttbrukerens datamaskin. Disse midlertidige eksemplarer vil trolig ikke kunne unntas fra eneretten, jfr. Infosocdirektivet artikkel 5 (1). Som for eksemplarfremstilling vil det derfor også her være nødvendig å klarere rettigheter i forhold til komponistrettigheter, fonogramtilvirkere og utøvende kunstnere.

²³ Berge, Platekontrakten s. 98

²⁴ NOU 1988:22 s. 59

²⁵ Se i denne sammenheng Infosocdirektivet artikkel 3 som benytter begrepet "overføring til allmennheten". Dette uttrykk omfatter både fremføring og eksemplarfremstilling.

Bibliotekene må erverve en slik rett på selvstendig grunnlag. De rettigheter Phonofile har fått gjennom avtale, vil ikke kunne benyttes så lenge situasjonen vurderes slik at det er biblioteket som legger forholdene til rette for den fremføring av verket som finner sted. Utgangspunktet for denne vurderingen følger av åndsverkloven § 2 som legger til grunn at dette er en enerett for rettighetshaveren. Andres rett til å råde over åndsverket må derfor ha grunnlag i avtale eller særskilt lovhjemmel. Det går videre frem av åndsverkloven § 39 første ledd at retten til å råde over åndsverket kan overdras. Hvilke rettigheter som overdras følger av den konkrete avtale som må tolkes i samsvar med spesialitetsprinsippet i § 39 a. En ytterligere begrensning følger av § 39 b annet ledd som innebærer at den ervervede råderett i utgangspunktet heller ikke kan overdras videre.

Den enkelte avtale sett i sammenheng med bestemmelsene om opphavsrettens overgang innebærer at det kun er den enkelte part i avtalen som kan gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. I kontraktsrettslig terminologi omtales denne part som utbyderen. På grunn av forbudet mot videreoverdragelse etter § 39 b annet ledd vil det ikke kunne foretas en overdragelse. De fleste avtaler som benyttes på området, inneholder dessuten videreoverdragelsesklausuler som også gjør en videreoverdragelse til et kontraktsbrudd. Bibliotekene vil derfor ikke kunne benytte seg av de avtaler som Phonofile har inngått med rettighetshaverne.

På bakgrunn av de avtalerettslige forhold vil det derfor være nødvendig for bibliotekene å inngå selvstendige avtaler som gir en rett til å tilby streaming av hele låter til sine brukere dersom biblioteket er å anse som utbyder av de aktuelle verk. Dette vil være tilfellet når biblioteket fasiliterer denne type tjenester gjennom etablering av lyttestasjoner som utelukkende har til formål å muliggjøre fremføring av musikk.

2.7 Spredningsretten

Etter åndsverklovens § 2 har opphavsmannen eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten ved å selge, leie ut, låne ut eller på annen måte spre eksemplar av verket utenfor det private område. Denne rett betegnes som spredningsretten. Spredningsretten

er avgrenset ved bestemmelser i åndsverklovens §§ 19 og 20 som omtales som konsumpsjonsbestemmelser. I denne sammenheng er det retten til spredning av eksemplar som er det sentrale, og det er derfor kun åndsverkloven § 19 som vil være gjenstand for nærmere behandling.

Konsumpsjon av spredningsretten innebærer som nevnt en avgrensning av opphavsmannens enerett til spredning. Tilsvarende gjelder også for innehavere av nærstående rettigheter, i denne sammenheng fonogramtilvirkere og utøvende kunstnere. Hvilket handlingsrom man har etter norsk lovgivning til å gjøre unntak fra eneretten til spredning er regulert gjennom utleie- og utlånsdirektivet.²⁶ Utgangspunktet etter direktivet følger av artikkel 1 nr. 1 som legger til grunn en rett til å tillate eller forby utleie og utlån. Det oppstilles likevel unntak fra denne rett gjennom direktivets artikkel 5 nr.1. Av ordlyden går det her frem at:

”Medlemsstatene kan gjøre innskrenkninger i eneretten fastsatt i artikkel 1 med hensyn til offentlig utlån, forutsatt at i det minste opphavsmennene mottar et vederlag for slikt utlån. Medlemsstatene skal fritt kunne fastsette dette vederlaget så lenge de tar hensyn til de mål de har for å fremme kulturen.”

I medhold av denne bestemmelse gjelder det derfor en konsumpsjonsregel etter norsk rett som gir muligheter for annenhåndssalg og offentlig utlån. Opphavsmennenes krav på vederlag imøtekommes av den norske biblioteksvederlagsordning²⁷, og på bakgrunn av uttalelser fra EF-kommisjonen om den danske biblioteksavgiftsordningen antas det at det norske system tilfredsstillende vilkår utleie- og utlånsdirektivet setter for at medlemsstatene kan unnta offentlig utlån fra opphavsmannens enerett²⁸.

Utgangspunktet etter ordlyden i § 19 er at eksemplar som er ”solgt” eller ”... på annen måte overdratt ...” kan spres videre blant allmennheten. Selv om det kan virke noe kunstig at det finner sted en ”overdragelse” av eksemplaret som fremstilles lokalt i biblioteket, er det likevel realiteten i den transaksjon som finner sted som bør være det

²⁶ Rådsdirektiv av 19. november 1992 om utleie- og utlånsrett og om visse opphavsrettsbeslektede rettigheter på området immaterialrett

²⁷ Lov 29. mai 1987 nr. 23 om biblioteksvederlag

sentrale. At man har teknisk mulighet for å distribuere eksemplar på denne måte bør ikke medføre at dette eksemplar behandles annerledes enn de eksemplar som er fremstilt hos en rettighetshaver og senere overdratt videre. Rettslig sett betraktes derfor eksemplarene på samme måte.²⁹ Også etter implementering av Infosoc-direktivet³⁰ vil trolig et slikt standpunkt kunne opprettholdes, selv om fortalen³¹ til direktivet bidrar til å skape noe uklarhet for hvordan lokalt fremstilte eksemplar gjennom online-transmisjoner skal betraktes.

Uavhengig av spørsmålet om spredningsrettens konsumpsjon vil antagelig de fremstilte eksemplar kunne spres videre ettersom det rettslige grunnlaget for eksemplarfremstillingsretten etter gjeldene rett vil måtte baseres på avtale med rettighetshaverne. Biblioteket vil gjennom en slik avtale trolig betraktes på linje med øvrige produsenter av musikk, og man vil derfor kunne disponere fritt over det fremstilte eksemplar. Det kan antagelig legges til grunn at det foreligger et implisitt samtykke til viderespredning for de eksemplar som fremstilles gjennom lisensavtalen. Uansett vil antagelig forholdet også omfattes av konsumpsjonsbestemmelsen i åndsverkloven § 19.

2.8 Muligheter etter gjeldende rett

Som det går frem av de spørsmål som er behandlet ovenfor vil ikke de avgrensingsregler som finnes i lovgivningen være anvendelige for den type bruk av opphavsrettslig beskyttet materiale som pilotprosjektet "Phonofile i bibliotek" forutsetter. Først og fremst skyldes dette at den bruk som er nødvendig går ut over grensene for de enkelte bestemmelser som gjør unntak fra eneretten for opphavsmenn og nærstående rettigheter.

Etter gjeldende rett er derfor situasjonen den at en gjennomføring av prosjektet vil kreve at det inngås lisensavtaler med rettighetshaverne for å kunne fremstille eksemplar

²⁸ Ot. prp. nr. 15 (1994-1995) s. 82

²⁹ Se i denne forbindelse Ot.prp. nr. 15 (1994-1995), s.123

³⁰ Direktiv 2001/29/EF

³¹ Se Infosocdirektivets fortale (29)

i form av kompaktplater. Disse avtaler må inngås med NCB og plateselskapene, under forutsetning at sistnevnte har ervervet rettighetene fra artisten og fonogramprodusentene.

På bakgrunn av avtalen om eksemplarfremstilling vil også de enkelte eksemplarer kunne spres videre i form av utlån og salg. En slik rett vil normalt sett kunne ha rettslig grunnlag i avtalen med rettighetshaverne, men forholdet vil også omfattes av konsumsjonsregelsen i åndsverkloven § 19 som da gir en rett til viderespredning.

Det er også et spørsmål i hvilken grad salg av kompaktplater i denne form er i overensstemmelse med bibliotekslovgivningen. Som nevnt oppstilles det ikke noe eksplisitt forbud, men det er klart at denne form for publisering på forespørsel vil være et bibliotekspolitisk spørsmål som må vurderes. Det vil trolig være musikkforlagene som har de største innvendinger mot denne type tjenester. Dette skyldes at man ved ordningen tilrettelegger for omsetning av verk som allerede er i handelen. Naturlig nok vil det skape en interessekonflikt både i forhold til eksisterende og eventuelle fremtidige opplag. Interessekonflikten er likevel primært av økonomisk interesse og burde således kunne være mulig å løse på tilfredsstillende måte.

3. Endringsforslag

3.1 Innføring av avtalelisens som mulig løsning

På bakgrunn av de bruksmåter som prosjektet "Phonofile i bibliotek" forutsetter vil det være ønskelig med et system for enkel og effektiv klarering av rettigheter. Det er derfor grunn til å undersøke nærmere i hvilken grad en avtalelisens kan være et hensiktsmessig virkemiddel for gjennomføringen av prosjektet. De bakenforliggende hensyn er naturlig nok de muligheter og begrensninger for bruk av digitale tjenester innenfor bibliotekssektoren som oppstilles i lovgivningen. Også fra lovgiverhold har det vært fremmet signaler om at dette spørsmålet fortløpende bør vurderes i takt med utviklingen på det digitale området. I denne sammenheng kan det henvises til Ot. prp. nr. 15 (1994-

95) hvor det på s.118 uttales: "[d]epartementet ser imidlertid ikke bort fra at den digitale utvikling medfører at spørsmålet om avtalelisens på dette området om ikke lenge bør vurderes på nytt." Det skal i denne sammenheng bemerkes at uttalelsen direkte gjelder kopiering til forsknings- og studieformål med hjemmel i forskrift til åndsverksloven. Departementet uttalte imidlertid på samme sted i forarbeidene at man også ville vurdere i hvilken grad folkebibliotekene skulle omfattes av forskriften. Etter gjeldende forskrift til åndsverkloven³² er folkebibliotekene omfattet av forskriften på linje med de øvrige institusjoner, og det synes ikke å være noen grunn til at andre hensyn skal gjøre seg gjeldende for folkebibliotekene.

3.1.1 Bakgrunnen for avtalelisenser

Utviklingen av ny teknologi og dennes betydning for opphavsretten reiste tidlig spørsmålet om behov for revisjon av de opphavsrettslige regler. I denne sammenheng ble den nordiske opphavsrettskomite oppnevnt i 1970, og formålet var å arbeide med spørsmålet omkring utnyttelse av verk i forhold til den teknologiske utvikling og det press som oppstår mot enerettene. Dersom disse skal kunne fylle sin funksjon og håndheves i et samfunn der utnyttelse av verk og prestasjoner i stor utstrekning skjer i form av enkeltinstitusjoners gjentatte, men begrensede utnyttelse av en stor rettighetsmasse, vil det være hensiktsmessig at disse forvaltes kollektivt gjennom forvaltningsorganisasjoner. Av særlig interesse i denne sammenheng er de to løsningsmodellene for rettighetsklarering ved masseutnyttelse av verk, avtalelisens og tvangslisens.

Begge modeller innebærer en avgrensning av opphavsmannens eneretter, og utgjør derfor et unntak fra hovedregelen i åndsverkloven § 2. Begge løsninger er utformet med sikte på å oppnå en hensiktsmessig ordning for bruk og forvaltning av opphavsrettslig beskyttet materiale. En tvangslisens innebærer en lovhjemlet rett til bruk av opphavsrettslig beskyttede verk mot vederlag.³³ Vilkårene og bruksområdet vil bestemmes gjennom lov eller forskrift, og det er ingen organisasjon som kan nekte bruk eller sette begrensninger for bruken gjennom avtale. Ved en avtalelisens vil grensene for

³² Forskrift til åndsverkloven 2001-12- 21 nr. 1563

³³ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) s. 24

bruk fastsettes gjennom avtale mellom bruker og en organisasjon som er representativ for den type verk som avtalen gjelder. De norske forarbeidene gir følgende beskrivelse av avtalelisens:

”En avtalelisensbestemmelse er en lovbestemmelse som gir den som har en avtale med en organisasjon som representerer rettighetshavere på et område, rett til å utnytte også andre rettighetshavers verk eller prestasjoner av den art avtalen gjelder, forutsatt at bruken skjer på det området og på den måten avtalen tillater. Den retten til å bruke verket, som etter loven utløses av avtalen, kalles en avtalelisens.”³⁴

Avtalelisenser innebærer altså en rett for en forvaltningsorganisasjon til å binde utenforstående opphavsmenn ved å tillate bruk for de bruksområder som omfattes av avtalelisensen. Det er derfor bare de uorganiserte rettighetshaverne som rammes av selve avtalelisensen, og ordningen representerer for disse reelt sett en tvangslisens. For de rettighetshavere som allerede er representert gjennom organisasjonen er elementet av frivillighet atskillig mer fremtredende.

Som nevnt innledningsvis oppstiller løsningsmodellene hensiktsmessige løsninger for masseutnyttelse av verk. Det er utvilsomt et behov for slike ordninger ettersom individuell klarering i de fleste tilfeller vil være svært vanskelig og tidkrevende. I tillegg oppnår man den fordel at utnyttelsen er lovlig i det enkelte tilfelle. Ved vurderingen av de to løsningsmodellene bør det poengteres at en tvangslisens neppe er å foretrekke for den kopiering som finner sted innenfor statens eget område, noe som vil være tilfellet ved kopiering innen bibliotekssektoren. Årsaken til dette er at vilkår og bruksområde fastsettes ensidig gjennom vedtagelse av lov eller forskrift av den samme part som også utgjør brukerinteressene. En modell med avtalelisens vil derfor være å foretrekke ettersom man her vil oppnå en bedre balanse når det gjelder forhandlinger om de nærmere vilkår for bruk av de verk som omfattes av avtalen. Ordningen vil også kunne gi en langt større fleksibilitet i forhold endringer i den teknologiske utvikling og rettighetshavernes behov i kjølvannet av denne.

³⁴ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) s. 18

3.1.2 Generelt om avtalelisens

Det finnes i åndsverkloven en rekke eksempler hvor lovgiver har valgt konstruksjonen med avtalelisens³⁵, men ingen av disse omfatter den bruk som vil være nødvendig for gjennomføringen av "Phonofile i bibliotek". De generelle bestemmelsene om avtalelisens i åndsverkloven §§ 35 – 38 a er likevel av interesse da det her oppstilles felles vilkår for avtalelisens på de områder som omfattes av de eksisterende ordninger.

Den konvensjonsrettslige ramme for systemet med avtalelisenser utgjøres av Norges folkerettslige forpliktelser etter Bernkonvensjonen artikkel 9 (2) hvor det fremgår at det er "... forbeholdt unionslandenes lovgivning å tillate reproduksjon av de nevnte verk i visse spesielle tilfelle, under forutsetning av at slik reproduksjon ikke skader den normale utnyttelse av verket og ikke på urimelig måte tilsidesetter opphavsmannens legitime interesser."³⁶ Som nevnt innledningsvis oppstilles innholdsmessig like bestemmelser også i Infosoc-direktivet og TRIPS-avtalen. Det antas at det norske system med avtalelisenser er i overensstemmelse med disse krav til beskyttelse av rettighetshavernes legitime interesser. Selv om systemet med avtalelisenser utgjør en særnordisk ordning, har det også i den senere tid funnet sted en internasjonal utvikling som representerer et positivt skifte i synet på avtalelisensbestemmelsenes forhold til konvensjonene. Det kan i denne sammenheng henvises til satellittdirektivets artikkel 3 som nettopp gir anvisning på avtalelisens.

Det er videre neppe grunn til å tro at den internasjonale utviklingen på det opphavsrettslige området medfører større endringer omkring avtalelisenssystemet slik det foreligger i dag. Det nyeste tilskuddet på området er EU's opphavsrettsdirektiv³⁷ (også omtalt som Infosoc-direktivet og harmoniseringsdirektivet). Av direktivets fortale (18) går det her frem at medlemsstatenes ordning med avtalelisenser ikke berøres av direktivet. Det er derfor grunn til å anta at denne form for rettighetsforvaltning anses som en legitim måte å avgrense opphavsmannens eneretter på. Direktivet oppstiller også enkelte unntak for reproduksjon foretatt i blant annet bibliotek, se her direktivets

³⁵ Avtalelisensbestemmelsene er åndsverkloven §§ 13, 14, 17 fjerde ledd, 30 og 34.

³⁶ Norsk oversettelse av Astri M Lund

³⁷ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

artikkel 5 nr. 3 c). Det bør imidlertid understrekes at omfanget av denne reproduksjonsretten på sin side begrenses av artikkel 5 nr. 5 hvor det uttales:

”Undtagelser og innskærnkninger [...] må kun anvendes i visse spesielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighetshavernes legitime interesser.”

Dette prinsipp fremgår også som nevnt ovenfor av Bernkonvensjonens artikkel 9 (2), og det er grunn til å tro at prinsippet vil få styrket sin gjennomslagskraft gjennom implementeringen av opphavsrettsdirektivet.

3.1.3 Kravet til avtale

De generelle vilkår for å utløse avtalelisens følger av åndsverkloven § 36. Det må her for det første foreligge en avtale med organisasjon som representerer en vesentlig del av rettighetshaverne på området³⁸, og som er godkjent av departementet, jfr. § 38 a. Denne avtalen må videre tillate den type bruk som fremgår av den aktuelle avtalelisensbestemmelse. Disse bestemmelsene vil således danne en skranke for den enkelte avtales innhold. Det forutsettes i forarbeidene at rettighetshavernes individuelle rettigheter i størst mulig grad skal ivaretas gjennom avtalen.³⁹ Det må videre nevnes at avtalens innhold i forhold til brukens omfang og betydning for den enkelte rettighetshaver vil være av sentral betydning i vurderingen av om en avtalelisensbestemmelse er i overensstemmelse med Bernkonvensjonen artikkel 9 (2). Utover disse generelle retningslinjer vil den enkelte avtale måtte vurderes konkret.

3.1.4 Kravet til organisasjonen

Av § 38 a fremgår det at avtale som utløser avtalelisens må inngås med en ”... organisasjon som representerer en vesentlig del av norske opphavsmenn på området, og som er godkjent av departementet.” Det første spørsmålet det må tas stilling til er om det er tilstrekkelig om organisasjonen representerer de originære

³⁸ Ingrid Mauritzen, ”Avtalelisens etter åndsverkloven § 36”, *CompLex* 8/97 s. 18

³⁹ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) s. 27

opphavsmenn, eller om også andre rettighetshavere må være representert. Etter ordlyden i åndsverkloven § 38 a kan det virke som om uttrykket bare er ment å omfatte de opphavsmenn som har opphavsrett i kraft av å være "skaper" av åndsverk som er omfattet. På bakgrunn av uttalelser i forarbeidene⁴⁰ kan det likevel argumenteres for at "opphavsmenn" må tolkes utvidende, slik at også andre grupper rettighetshavere er omfattet. Forarbeidene bruker uttrykket "originære rettighetshavere" og presiserer dette nærmere ved å angi at uttrykket er ment å omfatte "... den kategori rettighetshavere som har skapt verket eller frembrakt prestasjonen ...". Den organisasjon som skal kunne inngå avtalen må derfor representere alle grupper rettighetshavere til de verk som benyttes.

Hvorvidt en organisasjon oppfyller lovens krav vil bero på en tolkning av uttrykket "vesentlig del". Videre må det fastlegges nærmere hva som utgjør "området" for rettighetshaverne. Begrepsbruken har nær innbyrdes sammenheng, "vesentlig del" og "området" vil derfor ikke kunne vurderes isolert hver for seg.

I motivene er det forutsatt at organisasjonen skal være representativ for de rettighetshavere som berøres av den aktuelle ordning.⁴¹ Dette innebærer at det kan stilles krav om en viss representasjonsprosent for den enkelte organisasjon. Et klart eksempel her vil kunne være TONO som representerer ca. 98% av de norske komponistrettighetene. Det er imidlertid et problem at det representative element må gjelde for det *området* avtalen gjelder. Digital formidling av musikkverk innebærer i stor grad en sekundærutnyttelse av eksisterende lydfestinger, slik at også andre grupper rettighetshavere må tas i betraktning. Begrepet "området" er uklart, og vil derfor trenge en nærmere nyansering. Etter ordlyden kan begrepet både gjelde en bestemt utnyttelsesmåte eller en bestemt verkskategori. Dersom man for eksempel tenker seg en avtalelisensbestemmelse som omfatter eksemplarframstilling av musikkverk vil det være nødvendig at den organisasjonen som inngår avtaler representerer alle grupper rettighetshavere. Som nevnt innledningsvis vil bruk av eksisterende lydopptak innebære et behov for å klarere komponistrettigheter, rettigheter for utøvende kunstnere og

⁴⁰ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) s. 146

⁴¹ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) s. 27

rettigheter for fonogramtilvirkere. I forhold til området for verkskategori må derfor organisasjonen omfatte samtlige av disse grupper. Av de organisasjoner som finnes i dag er det kun NORWACO som vil kunne være representativ organisasjon for alle de berørte grupper av rettighetshavere. Dette er en organisasjon for rettighetshavere til audiovisuelle verk, og er allerede i dag avtalepart for avtalelisensbestemmelser som gjelder sekundærutnyttelse av eksisterende lydopptak. Hvorvidt organisasjonen oppfyller kravet til representasjon for en "vesentlig del" må imidlertid vurderes på bakgrunn av representasjonen for de rettighetshaverorganisasjoner som er medlem av forvaltningsorganisasjonen NORWACO.

3.1.5 Spesielle problemstillinger

Som det går frem av redegjørelsen ovenfor vil det på bakgrunn av våre konvensjonsrettslige forpliktelser og innholdet av de generelle regler om avtalelisens i åndsverkloven være mulig å innføre en tilsvarende bestemmelse for eksemplarframstilling av musikkverk innen bibliotekssektoren. Det kan imidlertid tenkes at det vil gjelde særlige spørsmål for bruk av digitale tjenester og muligheter for viderespredning av fremstilt eksemplar. Hvorvidt slike forhold kan tenkes å utgjøre begrensninger for en eventuell avtalelisens vil være gjenstand for drøftelse i den videre framstilling.

3.1.5.1 Infosocdirektivet

Et av siktemålene for prosjektet "Phonofile i bibliotek" er å kunne fremstille fysiske eksemplar ved brenning av kompaktplater som på sin side igjen skal kunne lånes ut til brukerne. Ved siden av en rett til eksemplarframstilling, vil det også være en nødvendig betingelse at spredningsretten for disse eksemplarer er gjenstand for konsumpsjon slik at kompaktplatene skal kunne lånes videre ut til publikum. Direktivets utgangspunkt er at konsumpsjon finner sted ved salg eller annen overdragelse med opphavsmannens samtykke, jfr. artikkel 4 nr. 2. Uttalelser i direktivets fortale skaper imidlertid noe uklarhet om dette også kan gjelde for lokalt fremstilte eksemplar skaffet til veie gjennom en onlinetjeneste. Bakgrunnen for problemet er fortalen (29) som innledningsvis uttaler:

”Spørsmålet om konsumpsjon er ikke relevant i forbindelse med tjenester, herunder især onlinetjenester. Det er heller ikke relevant ved fysisk kopiering af et værk eller en anden frembringelse foretaget af en bruger af en sådan tjeneste med rettighedshavernes samtykke.”

Antagelig vil det være nødvendig å foreta et skille mellom de tilfeller hvor man reelt sett står ovenfor en tjeneste, og de tilfeller hvor den digitale transmisjonen fremstår som et substitutt til de tradisjonelle former for omsetning av eksemplar. Forholdet vil måtte vurderes konkret⁴², og der hvor det gis en begrenset rett til fremstilling av et nærmere antall eksemplarer i fysisk form vil antagelig spredningsretten for disse være gjenstand for konsumpsjon. Et slikt syn har kan støttes av EU kommisjonens uttalelse i Green Paper⁴³ fra 1995 hvor det uttales at ”... given that the provision of services can in principle be repeated an unlimited number of times, the exhaustion rule cannot apply.” Motsetningsvis kan denne uttalelse oppfattes slik at for de tilfeller hvor det er begrensninger i omfanget av eksemplarfremstillingsretten, vil åndsverket være å betrakte som inkorporert i en materiell form. Disse fysiske eksemplarer vil normalt da også kunne spres videre. Spørsmålet er likevel noe uklart og det gjenstår å se om implementeringen av direktivet vil gi en avklaring på problematikken.

Et annet problem i forhold til innføring av en eventuell avtalelisens utgjøres av fortalens (40) som vil ha betydning som et sentralt tolkningsmoment i forhold til omfanget av de unntak som vil kunne tillates etter direktivets artikkel 5 nr. 2 c) og artikkel 5 nr. 5. Utgangspunktet i fortalen er at medlemsstatene har handlingsrom til å innføre innskrenkninger og unntak i ”særlige tilfælde”, men det tas forbehold om at

”... [e]n sådan undtagelse eller innskærnkning bør ikke omfatte anvendelser i forbindelse med onlinelevering af beskyttede værker eller andre frembringelser.”

Det må tas stilling til om dette forbeholdet er ment å omfatte enhver avgrensning av opphavsmannens enerett eller om den må ses i sammenheng med de særlige reproduksjonshandlinger som reelt sett er å betrakte som tvangslisenser eller bestemmelser om fri bruk. Utfra en kontekstuell forståelse bør antagelig forbeholdet

⁴² Peter Lenda, ”Internet and choice-of-law”, CompLex 1/01, s. 63

⁴³ Green Paper COM(95) 382

mot onlinetjenester ses i sammenheng med de særlige unntak som omtales i fortalen (40). I forhold til de operative bestemmelser i direktivet er dette de unntak som er nevnt i artikkel 5 nr. 2 c), altså tvangslisenser eller bestemmelser om fri bruk. Et eksempel her vil trolig kunne være den eksemplarframstilling som finner sted ved elektronisk formidling gjennom fjernlån. Det er derfor grunn til å tro at det i forhold til artikkel 5 nr. 5 vil kunne være tillatt med en avtalelisens som også er anvendelig for eksemplarframstilling gjennom bruk av onlinetjenester. Et moment i denne sammenheng er jo også at det ikke tas sikte på å fremstille fysiske eksemplarer uten først å erverve det eksemplar som benyttes som underlagsmateriale gjennom en abonnementsavtale eller ved pay per download. Det kan stilles spørsmål ved om den prosess som finner sted ved framstilling av fysiske eksemplarer da overhodet er å betrakte som en onlinetjeneste. Innholdet av begrepet er definert nærmere i e-handelsdirektivet artikkel 2 (a). Trolig vil den første transaksjonen fra Phonofile falle innenfor, mens de øvrige eksemplarframstillinger ikke omfattes av begrepet.⁴⁴

3.1.5.2 Åndsverkloven

Også i forhold til åndsverkloven kan det stilles spørsmål ved om avtalelisens kan være en aktuell løsning for eksemplarframstilling til bruk i utlånsvirksomhet. Årsaken til denne problemstilling er de vilkår som oppstilles for konsumpsjon av spredningsretten i åndsverklovens § 19. Etter ordlyden i bestemmelsen er det et vilkår at overdragelsen av eksemplaret skjer "... med opphavsmannens samtykke ...". Et slikt samtykke vil også kunne gis av en rettighetshaverorganisasjon som den originære opphavsmann har overdratt sine rettigheter til gjennom en forvaltningskontrakt. Normalt sett vil organisasjonens samtykke gjelde rettigheter til lydfesting, men det er forutsatt i forarbeidene⁴⁵ at en avtale om framstilling av eksemplarer av verket også innebærer en rett til spredning og viderespredning av disse.

Problemstillingen i forhold til en avtalelisens er om denne løsningsmodellen vil kunne oppfylle kravet til samtykke ettersom en avtalelisens inneholder elementer av både

⁴⁴ For nærmere drøftelse av disse spørsmål, se Jon Chr. Thaulow, "E-handelsdirektivet art. 3 og etableringslandsprinsippet", s. 33

⁴⁵ Ot. prp. nr. 59 (1959-1960) s. 19

tvang og frivillighet. De norske forarbeidene⁴⁶ synes å legge størst vekt på tvangselementet og det fremgår her at "[e]ksemplar som fremstilles i medhold av kollektive avtaler som utløser avtalelisens vil ikke kunne videreoverdras med hjemmel i åvl. § 19." Det kan likevel argumenteres for at forarbeidene er noe unyanserte når det gjelder de kollektive avtalers forhold til samtykkekravet i åndsverkloven § 19. Rognstad⁴⁷ mener det bør sondres mellom de tilfeller hvor eksemplar fremstilles på grunnlag av avtalen som *utløser avtalelisens*⁴⁸ og de tilfeller hvor eksemplaret fremstilles på grunnlag av selve *avtalelisensen*. På grunn av det ulike innslaget av frivillighet i de to situasjonene kan det med god grunn argumenteres for at de også bør behandles ulikt i relasjon til konsumpsjonsregelen i åndsverkloven § 19. Resultatet av en slik sontring vil imidlertid bare medføre at det er de eksemplar som er fremstilt på grunnlag av avtalen som *utløser avtalelisens* som kan viderespres med hjemmel i § 19. Der hvor eksemplaret er fremstilt på grunnlag av selve *avtalelisensen* vil kravet til samtykke ikke være oppfylt og spredningsretten er således ikke gjenstand for konsumpsjon.

Om man ser for seg en avtalelisensbestemmelse som utelukkende gir en rett til eksemplarfremstilling, vil det være lite å tjene på en slik ordning ettersom det trolig ikke vil være adgang til viderespredning av disse eksemplarer. Forskjellen fra en løsning med en avtalebasert rett til eksemplarfremstilling vil derfor være marginal. Man oppnår riktignok en liten reduksjon i antallet avtaleparter, men man vil i utgangspunktet likevel måtte inngå en relativt likelydende avtale i begge tilfeller.

Dersom man skal ha en mulighet til å låne ut de fremstilte eksemplar vil det derfor være nødvendig at en eventuell bestemmelse også inneholder et "utlånselement" som eksempelvis angir at eksemplarene kan brukes til utlån, eller mer generelt at de kan brukes i bibliotekenes virksomhet. Et eksempel fra åndsverkloven på en slik løsning er tvangslisensen i åndsverkloven § 17 tredje ledd. Adgangen til utlån for disse eksemplarer må forankres i et *lex specialis* prinsipp, og ikke i en konsumpsjon av

⁴⁶ Ot. prp. nr. 15 (1994-95) s. 123-124

⁴⁷ Rognstad, Ole Andreas, Spredning av verkseksemplar s. 278

⁴⁸ Dette vil være tilfellet hvor opphavsmannen allerede har inngått en forvaltningskontrakt med den aktuelle rettighetshaverorganisasjonen.

spredningsretten etter § 19. Et problem er imidlertid i hvilken grad det for andre tilfeller kan innføres unntak fra spredningsretten på andre måter enn gjennom en konsumpsjonsregel. Utgangspunktet for denne vurderingen er Infosocdirektivets artikkel 5 nr. 4 som angir at det kan innføres unntak fra spredningsretten såfremt forholdet også omfattes av unntakene for reproduksjon etter artikkel 5 nr. 2 og 3. Uten å gå nærmere inn på de enkelte bestemmelsene i oppregningen, kan det slås fast at ingen av de aktuelle unntakene kommer til anvendelse for eksemplarframstilling av musikk til bruk i utlånsvirksomhet. Det vil derfor ikke være adgang til å innføre et unntak fra spredningsretten for offentlig utlån gjennom en avtalelisensbestemmelse.

3.1.6 Konklusjon

På bakgrunn av de spørsmål som er behandlet ovenfor må det konkluderes med at det ikke vil være adgang til å innføre en generell avtalelisens som gir adgang til eksemplarframstilling og utlån. Dette skyldes at denne type unntak ikke vil være omfattet av de konvensjonsbestemmelser som gir lovgiver adgang til å foreta avgrensninger i eneretten for opphavsmenn og andre rettighetshavere.