

Professor dr. juris
Ole-Andreas Rognstad
Institutt for privatrett
Universitetet i Oslo

Norwegian Film AS
v/advokat Espen Tøndel
Simonsen Advokatfirma DA

Uttalelse om adgangen til lisensfri fremføring av film i skoler

1 Oppdraget

I brev av 24. juni 2008 har advokat Espen Tøndel i Simonsen Advokatfirma DA, på vegne av selskapet Norwegian Film AS, bedt undertegnede om «en betenkning som redegjør for hvilken utstrekning en skole kan vise filmer uten å betale lisens». Bakgrunnen opplyses å være uenighet med kommuner og skole om «omfanget av skolars, barnhagers, SFOs og lignende kommunale institusjoners adgang til å vise filmer uten å inngå avtale om lisens». Uenighetens kjerne opplyses å ligge i uttalelsene i Ot. prp. nr. 15 (1994–95) s. 126 om at fremføring innen ordinær klasseromsundervisning anses som privat og faller utenfor opphavsmannens enerett etter åvl. § 2.

Mandatet for betenkningen er nærmere beskrevet som følger:

«Betenkningen bør inneholde en vurdering av alle eventuelle begrensninger i fremføringsretten som gjelder for visning i skoler knyttet til bl.a. begrepet

klasseromsundervisning, herunder typer filmer som kan vises, varighet av filmen, om hele eller kun deler av filmen kan vises, formålet med visningen (sosialt, undervisning) samt eventuelle begrensninger som gjelder for størrelsen og sammensetningen av den krets filmen kan vises for.

Betenkningen bør legge til grunn alle relevante norske og internasjonale rettskilder, derunder hvorvidt tre-trinnstesten tilsier en innskrenkning i tolkningen av unntaket for privat fremføring».

2 Rettslige utgangspunkter

Adgangen til ”fremvisning” (fremføring) av opphavsrettsbeskyttet film i skoler reguleres av to bestemmelser i åndsverkloven (åvl.) – §§ 2 og 21 (jf. også § 42 for utøvende kunstnerers rettigheter i sine fremføringer og § 45 for filmprodusenters rett til sine opptak).

Etter åvl. § 2 har opphavsmannen enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten, jf. bestemmelsens tredje ledd, bokstav c) som bestemmer at denne retten omfatter offentlig fremføring av verket. ”Fremvisning” av film for et tilstedeværende publikum utenfor det private området er utvilsomt offentlig fremføring.

Åvl. § 21 inneholder en avgrensning av eneretten til offentlig fremføring. Den aktuelle begrensningen for fremføring i skoler er regelen i første ledd, som bestemmer at et utgitt verk kan fremføres offentlig ved undervisning. Denne adgangen er imidlertid nærmere begrenset i bestemmelsens tredje ledd, og gjelder bl.a. ikke for filmverk. Dermed gir bestemmelsen ikke hjemmel for å vise film i skoler uten tillatelse (lisens) fra opphavsmannen.

Følgen er at den eneste mulige begrensningen i opphavsmannens enerett til fremføring av film i skoler er at fremføringen *ikke* anses som *offentlig*, slik at den faller utenfor åvl. § 2.

Departementets uttalelse i odelstingsproposisjonen fra 1995, som det siteres fra i mandatet, gir uttrykk for den oppfatning at ”ordinær klasseromsundervisning” ikke er offentlig fremføring, men ”privat”. Et første spørsmål som må reises er om uttalelsen kan sies å gi uttrykk for gjeldende norsk rett. Herunder oppstår det spørsmål om hvordan uttalelsen harmonerer med

internasjonale konvensjonsforpliktelser Norge har påtatt seg. Spørsmålet om hva som eventuelt ligger i uttalelsen er bare interessant i den utstrekning den kan hevdes å være dekkende for rettstilstanden.

3 Faller fremføring av film i ”ordinær klasseromsundervisning” utenfor åvl. § 2?

3.1 Den ”tradisjonelle” tolkningen av åvl. § 2

Tolkningen av uttrykkene «allmennheten» og «offentlig» i åvl. § 2 har i stor grad vært styrt av den såkalte «Knophs maksime» samt dommen i Rt. 1953 s. 633 (Bedriftsmusikk).

I boka Åndsretten fra 1936 uttalte professor Ragnar Knoph at «[h]vis gjengivelsen av et åndsverk skal ha privat karakter, må den skje innenfor den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps- eller omgangsbånd skaper. Det som faller utenfor denne krets er etter lovens mening skjedd offentlig, enten alle og enhver har hatt adgang til gjengivelsen, eller en begrenset forsamling som ikke er valgt ut med private og personlige forhold for øie».¹

Denne uttalelsen bygget Høyesterett videre på i Bedriftsmusikk-dommen. Saken gjaldt ”musikk til arbeidet” i fem større industribedrifter, der den minste hadde over 180 ansatte med adgang til å høre musikken (om enn ikke samtidig). Høyesteretts flertall (4–1) kom til at dette var offentlig fremføring. Flertallet ga uttrykk for et «i det vesentlige» sammenfallende syn på grensen mellom privat og offentlig som Knoph, og uttalte at begrepet «privat bruk» (i åndsverkloven av 1930 § 4) «leder ... tanken hen mot en snevert begrenset krets av personer som er knyttet sammen ved familie-, vennskaps-, eller omgangsbånd». I forlengelsen av det ble det uttalt:

«Jeg finner grunn til særlig å fremheve at selve størrelsen av den personkrets det dreier seg om, vil måtte tillegges en meget vesentlig vekt ved bedømmelsen. Dette ikke av den grunn at

¹ Ragnar Knoph, Åndsretten, Oslo 1936 s. 89.

antallet av deltagende personer i seg selv er avgjørende, men fordi tilknytningen mellom deltagerne innbyrdes i første rekke vil være avhengig av forsamlingens størrelse. Jo større kretsen er, desto vanskeligere vil det i det enkelte tilfelle være å konstatere at deltagerne er knyttet sammen på en slik måte at forsamlingen kan sies å ha privat karakter. På samme måte antar jeg at det også kan komme inn som et moment av indirekte betydning ved denne bedømmelse om fremføringen har ervervsmessig formål eller overhodet kan betraktes som ledd i ervervsvirksomhet. Forholdene vil i så fall kunne ligge slik an at en nettopp savner de personlig innbyrdes tilknytningsmomenter mellom deltagerne som er nødvendige for at kretsen kan betegnes som privat ...

Overført på bedriftsmusikken fører de alminnelige betraktninger jeg her har gjort gjeldende til at avgjørelsen av om det foreligger offentliggjørelse i lovens forstand, i første rekke vil ber på bedriftens størrelse. På den ene side finnes der bedrifter hvor antall arbeidere og funksjonærer som har adgang til å høre musikkfremføringen er så stort – ofte også vekslende – og deres tilknytning innbyrdes er så fjern at fremføringen ikke kan sies å ha den nødvendige private karakter, selv om det er så at bare bedriftens egne folk har adgang til fabrikkområdet. På den annen side finnes der bedrifter som beskjeftiger et så lite antall arbeidere og hvor forholdene i det hele er så intime at det vil være naturlig å jevnstille fremføringen med den som finner sted i familiekretsen eller et lignende sluttet lag. Der vil selvsagt i det enkelte tilfelle kunne oppstå tvil om hvorledes grensen skal trekkes. For nærværende sak er det imidlertid tilstrekkelig å slå fast at vi har å gjøre med bedrifter av slik art og størrelsesorden at fremføringen etter min mening ikke har det private anstrøk som skal til for at de faller utenom området for opphavsretten».

Ved vedtakelsen av åndsverkloven i 1961 ga stortingskomiteen sin tilslutning til de synspunkter som fremkom av flertallet i Bedriftsmusikkdommen. Man vurderte å bruke kriteriet «utenfor familiekretsen» eller «utenfor privatlivets område» ved angivelsen av eneretten i § 2, men ble stående ved uttrykket «utenfor det private område», for å sikre at fremtidig praksis holdt seg ved «den grenseopptrekning som er skjedd på dette felt gjennom rettspraksis på grunnlag av loven av 1930».² Da man endret formulering ved lovendringen i 2005 fra «utenfor det private område» til uttrykket «offentlig», ble det på ny understreket at man ikke tilsiktet noen endring i rettstilstanden.³ Den linjen som er trukket opp gjennom Knophs maksime og Bedriftsmusikkdommen er med andre ord ment å fortsatt skulle gi uttrykk for gjeldende rett.

² Innst. O. XI (1960–61) s. 15.

³ Ot. prp. nr. 46 (2004–2005) s. 22.

På dette grunnlag synes det, helt siden vedtakelsen av loven i 1961, å ha etablert seg en oppfatning om at fremføring i skoler for en stor del faller innenfor det private området. Spor av denne oppfatningen finnes allerede i odelstingsproposisjonen fra 1959. Ved drøftelsen av om den frie fremføringsretten ("velledighetsparagrafen") som i dag er nedfelt i § 21 skulle omfatte private danseskoler, uttalte departementet helt kort: «Til dels vil vel fremføringen på samme måte som ved undervisning i alminnelighet, i slike tilfelle ikke være offentlig».⁴ Med andre ord synes man å legge til grunn, uten at det utdypes nærmere, at også fremføring i "vanlige skoler" iallfall "til dels" faller innenfor det private området.

Tilsvarende synspunkter kom enda mer eksplisitt til uttrykk i forarbeidene til de svenske og danske lovene, som i likhet med vår ble til etter et omfattende fellesnordisk lovsamarbeid. I den svenske auktoritetskomiteens innstilling fra 1956 sies det at «[i] fråga om undervisning bör uppmerksammas, att sådan i regel icke är offentlig». Derimot ble det gitt uttrykk for at forelesninger ved akademiske læreinstusjoner i prinsippet måtte anses som offentlige.⁵ Og i det danske lovforslaget uttales det at «benyttelsen af litterære værker og musikværker i undervisningens tjeneste vil hyppig foregå under sådane private former, at den allerede af denne grund er unddraget ophavsretsbeskyttelsen, jfr. § 2.»⁶

I rettslitteraturen ble det gitt uttrykk for tilsvarende oppfatninger. I Torben Lunds lovkommentar fra 1961 uttales det at «gengivelser i skoler ... må regelmessig betragtes som privat, med mindre særlige forhold foreligger».⁷ Willi Weincke sier i sin bok fra 1976, mer spesifikt, at «[f]remførelsen af værker i en skoleklasse krever ikke ophavsmannens samtykke», idet det «i alminnelighed ikke er diskussion om, at klassen i forhold til ... retten til offentlig fremførelse, betragtes som en ikke offentlig kreds».⁸

At holdningen har vært den samme i Norge, bekreftes av uttalelsene fra den norske komiteen som arbeidet med den fellesnordiske utredningen om opphavsrett på midten av 1970-tallet. Selve utredningen kom ikke så langt som til å behandle spørsmålet før arbeidet strandet, men den norske komiteens uttalelser er gjengitt i NOU 1988:22 s. 93–94. Komiteen drøftet

⁴ Ot. prp. nr. 26 (1959–60) s. 49.

⁵ SOU 1956:25 s. 232–233.

⁶ FT 1959–60 s. 31.

⁷ Torben Lund, Ophavsret, København 1961 s. xx.

⁸ Willi Weincke, Ophavsret. Reglerne, bakgrunden, fremtiden, København 1976 s. 70.

spørsmålet om regelen om fri fremføringsrett i (dagens) § 21 burde erstattes av en avtalelisens, og uttalte i den forbindelse:

«Imidlertid dekker bestemmelsen ... om fri fremføring ved undervisning et forholdsvis begrenset område, idet undervisning for en stor del ikke er *offentlig*, og fremføring derfor kan skje uten opphavsmannens samtykke uten hensyn til bestemmelsen ... Dette må således antas å gjelde vanlig klasseromsundervisning i skolen. En avtalelisens på dette område ville derfor ikke ha så stor praktisk betydning.»

Ved diskusjonen om innholdet i begrepet «undervisning» i den samme bestemmelsen, ble det uttalt:

«Ofte vil nemlig fremføring av verk i skole og andre undervisningsinstitusjoner skje under slike forhold at fremføringen ikke kan anses som offentlig (det gjelder således fremføring som skjer i en skoleklasse). I slike tilfelle er bestemmelsen ... uten betydning, og man behøver ikke avgjøre om fremføringen kan anses som «undervisning» eller ikke ... I visse tilfelle kan imidlertid fremføringen skje under slike forhold at den må betraktes som offentlig i opphavsrettslig forstand. Det er f.eks. tilfellet når foruten lærer og elever i en enkelt skoleklasse også utenforstående – f.eks. elevenes pårørende eller venner – er til stede».

Det nevnte danner bakgrunnen for den oppfatningen som er kommet til uttrykk i odelstingsproposisjonen fra 1995, og som er gjengitt i mandatet: At «fremføring av sceneverk og filmverk innen den ordinære klasseromsundervisning fremdeles vil anses som «privat»». På ingen av de siterte stedene er det redegjort nærmere for grunnlaget for denne oppfatningen. Men det ligger i kortene at det er synspunktene som i norsk rett har kommet til uttrykk gjennom Knophs maksime og Bedriftsmusikkdommen som har ledet til en slik konklusjon: I den ”ordinære klasseromssituasjonen” er det etablert så tette bånd mellom elevene, og for den saks skyld mellom lærer og elev, at det er nærliggende å «jevnstille fremføringen med den som finner sted i familiekreten eller et lignende sluttet lag», for å bruke Bedriftsmusikkdommens ord.⁹

⁹ Jeg nevner for ordens skyld at dette ble lagt til grunn i Vederlagsnemndas avgjørelse av 21. oktober 2006 i tvist mellom Gramo og kommuner, og at undertegnede er leder av nemnda og således var med på avgjørelsen. Saken gjaldt offentlig fremføring av lydopptak, og det forhold at slik fremføring også faller inn under åvl. § 21 ble av nemnda fremført som grunnlag for at slik fremføring «i stor grad vil falle utenfor området for § 45b», i tillegg til at «fremføringen ofte må antas å foregå innenfor det private område». Spørsmålet kom med andre ord ikke på spissen på samme måte som ved fremføring av filmverk, som er unntatt fra anvendelsen av § 21, men nemnda la til grunn det standpunktet som er uttrykt i odelstingsproposisjonen fra 1995.

Det må etter dette sies å ha festet seg en oppfatning i norsk og nordisk rett om at fremføring i det som omtales som den ”ordinære klasseromssituasjonen” faller innenfor det private området. Tilsvarende synspunkt er også fremholdt i tysk rett.¹⁰

Det må likevel sies at oppfatningen ikke er uproblematisk som uttrykk for en helt generell rettssetning. Et særlig problem gjelder forholdet til *utdeling av eksemplarer* av verk i undervisningssituasjonen. Det hersker liten tvil om at utdeling av ”klassesett” med fotokopier o.l. av vernede verk faller inn under eneretten i åvl. § 2. Avtalelisensen i åvl. § 13b må bl.a. sies å bygge på en slik forutsetning. Dermed har man den situasjon at utdeling av eksemplarer av verk til elevene i en klasse ikke dekkes av reglene om bruk innenfor privatsfæren, mens fremføring av verk i den samme klassen anses som ”privat fremføring”.

Det kan stilles spørsmål ved konsistensen i en slik rettsstilstand. Endel av forklaringen ligger nok i at eksemplarframstilling til privat bruk er underlagt visse vilkår som ikke privat fremføring er, bl.a. krav om at det bare kan fremstilles «enkelte eksemplar» og at eksemplarframstillingen ikke kan skje i ervervsøyemed, jf. åvl. § 12. Men hele forklaringen gir det nok neppe. Det har nok også vært en oppfatning at utdeling av eksemplarer til elevene ikke skjer innenfor det private området, med mindre det er tale om kopiering for elever som er særskilt interessert i et emne.¹¹ Det er bl.a. verd å merke seg at Knoph, i forlengelsen av uttalelsen om at en ”privat gjengivelse” av et åndsverk må skje innenfor den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps- eller omgangsbånd skaper, uttalte følgende: «[Man har ikke lov] til å ta kopier som er bestemt for en krets der ikke kan kalles privat, slik som dette foran er utviklet. En skolebestyrer kan således ikke mangfoldiggjøre beskyttede lærebøker til bruk for sine elever ... ». ¹² Uttalelsen indikerer at Knoph ikke forestilte seg at en skoleklasse e.l. var en privat krets i relasjon til eksemplarutdeling. I den nordiske fellesutredningen fra 1974 sies det at «[e]nligt kommittens mening kan [fotokopiering i skolorna] ... i regel inte anses ske för enskilt bruk även om framställningen i det särskilda fallet inte avser att tillgodose mer än eleverna i en klass», og at dette for norske forhold innebar «en bekräftelse av gällande rätt». Og også i departementets høringsutkast til lovendringen i 1995 gis det uttrykk for «at det ”private området” i § 2 angir et noe videre anvendelsesområde enn hva

¹⁰ Jf. Gerhard Schricker (red.): Urheberrecht, 3. Aufl., München 2006 s. 367.

¹¹ Se f.eks. NU 21/73 s. 68, NOU 1983: 35 s. 28.

¹² Knoph, Åndsretten, Oslo 1936 s. 90.

”privat bruk” i § 2 gjør». ¹³ Det er derfor holdepunkter for at grensene for hva som er offentlig fremføring og hva som er offentlig spredning av eksemplar, eventuelt eksemplarfremstilling til privat bruk, ikke vært trukket helt likt. ¹⁴

Hovedforklaringen på dette ligger nok i at utnyttelse av fysiske eksemplarer tradisjonelt har vært mer varig og intens enn fremføring av verk, som har hatt mer forbigående karakter. ¹⁵ Det kan hevdes ikke å ha vært samme behov for å trekke like snevre grenser for den ”private utnyttelsen” for f.eks. avspilling av musikkverk som varer noen minutter som for utdeling av kopier av verk som mottakerne kan beholde for varig bruk. Som følge av den teknologiske utviklingen har imidlertid skillet mellom den ”varige” eksemplarbruken og den forbigående fremføringen blitt mindre skarp. Et scenario der fotokopiering og utdeling av eksemplar erstattes av digitale plattformer, og der elevene hovedsakelig arbeider med materiale som vises (fremføres) på skjerm, er ikke nødvendigvis langt unna. For fremføring av film spesielt bør det tas i betraktning at mulighetene for å vise spillefilmer av et par timers varighet, enten i tilknytning til undervisningen eller utenfor undervisningssituasjonen, er en helt annen i dag enn på den tid da forestillingen om at fremføring i klasseromssituasjonen er ”privat”, ble etablert. Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved holdbarheten av en rettstilstand som på helt generelt grunnlag tillater all fremføring av verk i en ”ordinær klasseromssituasjon”, samtidig som eksemplartildeling i den samme klassen forutsetter avtale eller avtalelisens.

Det bør også minnes om at det i lovforarbeidene både til 1961-loven og ved senere lovrevisjoner er understreket at avgrensningen av opphavsmannens enerett ikke skal åpne for virksomhet som i nevneverdig grad konkurrerer med opphavsmannens økonomiske interesser. ¹⁶ Også dette synspunktet har røtter tilbake til tidligere opphavsrettslover, jf. følgende uttalelse fra Knoph: «Selv uten uttrykkelig lovregel må ... innskrenkningene i opphavsretten ikke misbrukes, men utøves i den ånd loven tenker sig og til fremme av de formål loven har anerkjent som berettiget. Det kan f.eks. være at bruken av andres åndsverker

¹³ Høringsutkast 1993 s. 66.

¹⁴ Noe annerledes Therese Steen, Eksemplarfremstilling av litterære verk til privat bruk, Oslo 1997 s. 23–27, som mener det private området under §§ 2 og 12 bør være sammenfallende, fordi kravet i § 12 om at man bare får fremstille ”enkelte eksemplar” tar høyde for relevante forskjeller. Jf. Innst. 1950 s. 14 og Ot. prp. nr. 26 (1959–60) s. 92. Som jeg har redegjort for i andre sammenhenger mener jeg disse synspunktene er noe unyanserte, jf. Ole-Andreas Rognstad, Spredning av verkseksemplar, Oslo 1999 s. 61–62 og Rognstad, Fragmenter til en lærebok i opphavsrett, Oslo 2004 s. 92–93.

¹⁵ Jf. Torben Lund, Ophavsretten, København 1961 s. 127–128. Se også Peter Schønning, Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udg. København 2003 s. 247–248.

¹⁶ Se f.eks. Innst. O. XI (1960–61) s. 18, 19, 21 og 24 og Ot. prp. nr. 46 (2004–2005) s. 73.

holdes for uberettiget fordi den skjer i konkurranse med opphavsmannen, mens loven tenker sig den som en uskyldig nyttesrett der ikke kan skade opphavsmannens egen utnyttelse av verket». ¹⁷ Synspunktet er ikke bare gangbart for avgrensingsreglene ("lånereglene") i åvl. kap. 2, men også for avgrensningen mot privat fremføring i § 2. Avgrensningen av eneretten mot privat bruk, enten den skjer i § 2 eller § 12, er basert på den forestilling at privat utnyttelse av åndsverk ikke skjer i konkurranse med opphavsmannens økonomiske interesser. Når det i § 12 etter hvert er gjort flere unntak fra hovedprinsippet om at privatkopiering er tillatt, og dessuten også gitt hjemmel for etablering av vederlagsordninger som skal kompensere for manglende inntekter som følge av kopieringen, er det fordi forutsetningen ikke alltid holder stikk. På samme måte må man som følge av den teknologiske utviklingen være oppmerksom på at også det man har betraktet som privat fremføring av verk kan true opphavsmannens økonomiske interesser. Dermed bør man også for slik bruk være noe på vakt mot rettsoppfatninger som er blitt til under helt andre samfunnsforhold og teknologiske forutsetninger enn i dag.

3.2 Forholdet til internasjonale forpliktelser

Norge er bundet av en rekke internasjonale konvensjoner på opphavsrettsområdet som legger føringer på vår adgang til å begrense opphavsmannens enerett til fremføring av filmverk. Etter Bernkonvensjonens Paristekst (BK) art. 14bis(1), jf. art. 14(1)(ii), skal opphavsmannen til et filmverk ha enerett til offentlig fremføring og offentlig overføring i tråd eller trådløst av verket. Den i denne sammenhengen eneste relevante eksplisitte avgrensingsregelen er art. 10(2), som tillater at statene gir adgang til bruk av verk for illustrasjon i undervisning i publikasjoner, kringkasting eller lyd- eller filmopptak, forutsatt at slik bruk er i samsvar med god skikk ("fair practice"). Videre har en såkalt "doktrine om unntak av mindre betydning" vært støttet på forarbeidene til Stockholms-revisjonen av traktaten i 1967. Etter denne doktrinen kan det åpnes for "unntak" fra eneretten for undervisningsbruk også ut over det som følger av art. 10(2). Men det hevdes at en slik implisitt unntaksbestemmelse forutsetter at det er tale om såkalt "de minimis bruk", dvs. bruk som ikke berører opphavsmannens interesser i nevneverdig grad. ¹⁸

¹⁷ Knoph, Åndsretten 1936 s. 132.

¹⁸ Jf. f.eks. Sam Ricketson/Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Oxford 2006 s. 834.

Etter avtalen om beskyttelse av immaterialrettigheter under WTO, den såkalte TRIPs-avtalen (1994), skal medlemsstatene oppfylle bestemmelsene i Bernkonvensjonen art. 1–21. Det betyr at de forpliktelsene som er nevnt ovenfor også gjelder under TRIPs. Men i tillegg er den såkalte ”tretrinns-testen” i art. 13 gitt generell anvendelse for opphavsmannens rettigheter. Bestemmelsen fastslår at medlemsstatene skal forbeholde grenser eller unntak fra enerettigheter til (i) visse spesielle tilfelle; (ii) som ikke kommer i konflikt med normal utnyttelse av verket, og (iii) ikke på en urimelig måte tilsidesetter rettighetshaverens legitime interesser. Denne ”tretrinns-testen” er utvilsomt inspirert av bestemmelsen i Bernkonvensjonen art. 9(2), men mens den sistnevnte kun gjelder begrensninger i eksemplarframstillingsretten, gjelder art. 13 også fremføringsrettigheter. Den er derfor direkte relevant for spørsmålet om adgangen til å vise film i skoler.

Et tredje sett av internasjonale forpliktelser med relevans for sammenhengen er reglene i EU-direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet (direktiv 29/2001, heretter opphavsrettsdirektivet), som er del av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Etter direktivets art. 3(1) skal opphavsmannen ha enerett til distanseoverføringer av åndsverk for allmennheten, enten det er i tråd eller trådløst, og enten verkstilgangen skjer på rettighetshavers eller brukers initiativ. Bestemmelsen må antas å omfatte den situasjon at film spilles fra TV eller Internett for et tilstedeværende publikum,¹⁹ men fremføring av CD, DVD eller ordinær kinofremvisning for et tilstedeværende publikum reguleres ikke av direktivet.²⁰ Direktivet gjelder derfor bare delvis for fremvisning av film i skoler. Det tillates ”unntak” fra eneretten for bruk til illustrasjon i forbindelse med ikke kommersiell undervisning (jf. direktivets art. 5(3)a). ”Unntakskatalogen” i direktivets art. 5 er i utgangspunktet uttømmende, og kan ikke suppleres av medlemsstatene selv. En modifikasjon følger av den såkalte ”bestefarsklausulen” i art. 5(3)o) som åpner for at medlemsstatene kan beholde enkelte andre ”unntak” av mindre betydning (”de minimis”) dersom det er tale om analog (ikke digital) bruk. I tillegg det nevnte har også direktivet en ”tretrinns-test” med liknende formulering som TRIPs art. 13, jf. direktivets art. 5(5).

Ettersom oppfatningen om at fremvisning av film i ”ordinær klasseromsundervisning” er basert på at denne foregår innen en privat krets, blir hovedspørsmålet om en slik oppfatning er i samsvar med begrepet offentlig/allmennheten (”public”) i de nevnte reglene. Generelt må

¹⁹ Jf. EF-domstolens dom i sak C-306/05 (Rafael Hoteles).

²⁰ Jf. direktivets fortale pkt. 23 og 24 motsetningsvis.

det sies at det er smått med holdepunkter for hvordan dette begrepet skal forstås i de internasjonale konvensjonene. EF-domstolen har riktignok slått fast at allmennheten ("public") i opphavsrettsdirektivet art. 3(1) består av et ubestemt antall potensielle lyttere eller seere.²¹ Uttalelsen bygger på uttalelser i et par tidligere dommer som gjaldt det tilsvarende uttrykk i henholdsvis TV-direktivet og satellitt- og kabeldirektivet. Ingen av disse sakene gjaldt imidlertid spørsmålet om en sluttet krets av privatpersoner kan anses som en "allmennhet" i direktivenes forstand. Uttalelsen kan neppe tas på ordet, men må leses i sammenheng med saksforholdene. Den gir derfor liten veiledning til spørsmålet om grensen mellom privat og offentlig i sluttede kretser som f.eks. skoler.

Sammenhengen med "unntaksbestemmelsene" kan tale for at uttrykket "public" i konvensjonene/direktivet ikke avgrenses for sterkt. For bruk av verk i skoler kan det hevdes at de begrensningene som konvensjonene/direktivet fastsetter for slik bruk (illustrasjon i undervisning, evt. "de minimis-bruk", ikke kommersiell (EF-direktivet)) lett undergraves dersom bruken unnslipper enretten fordi den anses som "privat". Videre vil en vid avgrensning av uttrykket "public" kunne komme i et anstrengt forhold til "tretrinnssteden" i TRIPs art. 13 (og opphavsrettsdirektivet art. 5(5)). "Tretrinnssteden" er riktignok ikke direkte relevant for spørsmålet om hva som er *offentlig* fremføring eller overføring i konvensjonenes/direktivets forstand. Dersom en fremføring anses som privat faller den *utenfor* opphavsmannens enerett, mens "tretrinnssteden" regulerer hvilke unntak eller begrensninger som eneretten kan underlegges. Men konsekvenshensyn taler for at uttrykket "public" heller ikke tolkes på en slik måte at "tretrinnssteden" undergraves eller motvirkes.

Et sentralt moment under "tretrinnssteden" er – i samsvar med det som er kommet til uttrykk i norske lovforarbeider – at utnyttelsen av verket ikke må komme i konkurranse med opphavsmannens økonomiske interesser. Dette utledes gjerne av testens "andre trinn" – kravet om at "unntak" fra eneretten ikke må omfatte tilfelle som kommer i konflikt med den normale utnyttelse av opphavsmannens verk. I en såkalt "panel report" under tvisteløsningsprosedyren i TRIPs fra 2000, som gjaldt et søksmål fra EU mot USA for å ha for vide unntak fra fremføringsretten, ble det bl.a. uttalt:

«In our view, not every use of a work, which, in principle is covered by the scope of exclusive rights and involves commercial gain, necessarily conflicts with the normal exploitation of the

²¹ Jf. Rafael Hoteles-dommen (ovenfor i note 18) premiss 37–38.

work. If this were the case, hardly any exception or limitation could pass the test of the second condition and Article 13 might be left devoid of meaning, because normal exploitation would be equated with the full use of exclusive rights ... We believe that an exception or limitation to an exclusive right in domestic legislation rises to the level of a conflict with a normal exploitation of the work ... if uses, that in principle are covered by that right but exempted under the exception or limitation, enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right.»²²

Slik jeg ser det er det lite tvilsomt at fremvisning av film i skoler kan være en form for ”normal utnyttelse” i denne forstand, og at en adgang til slik fremvisning *ut over* det ”unntaksbestemmelsene” gir rett til ville være problematisk under ”tretrinnsstegen”. Dermed oppstår det spørsmål om en slik adgang bør kunne oppnås gjennom avgrensning av begrepet ”public” i konvensjonene/direktivet. Det synes å være en nokså utbredt oppfatning i rettslitteraturen at medlemsstatene står fritt til å fastlegge grensene for dette uttrykket så fremt den ikke fastsettes på en måte som underminerer hensikten med de øvrige reglene.²³ Et standpunkt om at ”ordinær klasseromsundervisning” *alltid* faller utenfor § 2 fordi den er privat, kan tenkes å underminere hensikten bak ”unntaksreglene” i Bernkonvensjonen, TRIPs og opphavsrettsdirektivet, herunder ”tretrinnsstegen”.

3.3 Konklusjon

Uttalelsen i odelstingsproposisjonen fra 1995 om at «fremføring av ... filmverk innen den ordinære klasseromsundervisning fremdeles vil anses som ”privat”», er utslag av en lenge rådende oppfatning i Norge/Norden om en slik fremførings private karakter. Oppfatningen er såpass rotfestet at det skal sterke argumenter til for å rokke ved den. Den ble da også lagt til grunn som premiss ved lovendringen i 1995, da offentlig fremføring av filmverk helt ble underlagt opphavsmannens enerett.

²² WTO-dokument WT/DS 160/R, avsnitt 6.180 og 6.182. Domstolspanelet fant at en bestemmelse i den amerikanske opphavsrettsloven som tillater avspilling av kringkastingssendinger i restauranter, barer og forretningsslokaler under en viss kvadratmeterstørrelse uten vederlag til opphavsmannen, var i strid med ”tretrinnsstegen” i TRIPs art. 13.

²³ Slik Sam Ricketson/Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Oxford 2006 s. 704–705 og Silke von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, Oxford 2008 s. 151 (Bernkonvensjonen), samt Michel M. Walter, *Europäisches Urheberrecht*, Wien/New York 2001 s. 1053–1054 (opphavsrettsdirektivet).

Det kan reises innvendinger mot denne oppfatningen som en helt generell rettssetning. For det første er den ikke nødvendigvis helt konsistent i forhold til tolkningen av regelen om eksemplarframstilling til privat bruk i åvl. § 12. For det andre *kan* oppfatningen stå i et visst spenningsforhold til våre internasjonale forpliktelser. Sentralt i begge henseender er at oppfatningen kan komme i konflikt med premissen om at avgrensningen av opphavsmannens enerett ikke skal skje på en måte som innebærer at allmennhetens bruk kommer i regulær konkurranse med opphavsmannens økonomiske interesser. Den teknologiske utviklingen spiller avgjort en rolle i den forbindelse.

Innvendingene bør medføre at man på lovgiverhold nærmere overveier konsekvensene av oppfatningen i den nye medievirkeligheten. Ved spørsmålet om hva som i dag er gjeldende rett, lar det seg vanskelig gjøre å se helt bort fra oppfatningen. Men de innvendingene som her er gjort gjeldende kan trekkes inn ved den nærmere fastleggningen av grensen mellom offentlig og privat i henhold til åvl. § 2.

4 Nærmere om adgangen til fremføring av film i skoler

Som påvist ovenfor i pkt. 3.1 er grunnlaget for at fremføring i skolen skal anses som ”privat” og slik sett falle utenfor åvl. § 2, at tilskuer- eller tilhørerkretsen er av en slik art at det er naturlig å sammenlikne den med en familiekrets eller liknende sluttet lag. Det er de personlige båndene som avgjør. Uttrykket ”ordinær klasseromsundervisning” er slik sett ikke helt dekkende for hvordan grensen skal trekkes, idet det kan gi inntrykk av at verket må fremføres i undervisningsøyemed for at den skal være tillatt.²⁴ Som uttalelsen gjengitt i NOU 1988: 22 s. 93 (jf. ovenfor s. 6) viser, er det ikke nødvendig å ta stilling til om fremføringen skjer i undervisning når den først anses som privat. ”Ordinær klasseromssituasjon” er nok derfor et mer dekkende uttrykk.

I det hele tatt må det trekkes en grense for den *personkrets* som kan anses som privat i en skolesituasjon. Om man bygger på den oppfatning at en skoleklasse er privat, må det tas stilling til hva som nærmere ligger i dette. Etersom oppfatningen er etablert på en tid da undervisningen stort sett skjedde i ”faste” klasser på 20-30 elever, er det grunn til å ta

²⁴ Departementets uttalelse ble avsagt i forbindelse med spørsmålet om adgang til fremvisning av film i undervisning, jf. åvl. § 21, og det var derfor naturlig at departementet fokuserte på undervisningssituasjonen.

utgangspunkt i en slik situasjon. Som fremholdt ovenfor har nok synspunktet vært at det innenfor en slik ”statisk krets” som møtes hver skoledag og har mer eller mindre all undervisning sammen, vil det etableres nære personlige bånd. Muligens kunne man hevde at det ikke alltid slår til og at det beror på hvordan miljøet i klassen er. En slik individuell vurdering lar seg imidlertid vanskelig praktisere. Derfor bygger nok oppfatningen om at ”den ordinære klasseromssituasjonen” er innenfor det private området på en presumpsjon om de personlige tilknytningsforholdene i en slik situasjon.

Derimot bør denne presumpsjonen ikke slå til der gruppene er større (mer enn rundt 30 elever) eller mer omskiftelige. Som nevnt kan det reises innvendinger allerede mot den oppfatning at fremføring i en skoleklasse skal anses som privat, så det er liten grunn til å strekke presumpsjonen lenger. I odelstingsproposisjonen fra 1995 legges det til grunn at undervisning med flere klasser til stede og ”større grupper” (enn den ordinære klasseromssituasjon) vil være utenfor det private området.²⁵ I NOU 1988: 22 (sitat ovenfor i 3.1) nevnes som eksempel på offentlig fremføring arrangementer der ”utenforstående”, som elevenes familie og venner, deltar. Fleksible klasse- eller gruppeløsninger der elevene skiftes ut avhengig av fag, tidspunkt, alder mv., vil lett medføre at man ikke får etablert de nødvendige personlige båndene selv innenfor en mindre krets. At gruppene hver for seg bare inneholder et tjuetalls elever eller mindre medfører i så fall ikke at de kan anses som private kretser. SFO vil normalt også ha en mer omskiftelig karakter enn den ordinære klasseromssituasjonen, i tillegg til at elevtallet er langt større. Presumpsjonen må derfor være at fremføring på SFO ikke er innenfor det private området. Det er den statiske og stabile strukturen i den ”tradisjonelle klasseromssituasjonen” som begrunner dens private karakter. Avvik fra denne situasjonen taler for at fremføringen ikke er privat. Dette begrunner at det i første rekke har vært fremføring i grunnskolen og videregående skoler som har vært ansett som privat, mens det har stilt seg annerledes ved fremføring ved universiteter og høyskoler.

Fremføringens *formål* kommer mer i bakgrunnen så lenge vurderingstemaet er etableringen av personlige bånd. Hensynet til at de internasjonale konvensjonsforpliktelsene ikke undergraves, kan nok tilsi at det bare er fremføring (for illustrasjon) i undervisning som omfattes. En slik avgrensning harmonerer imidlertid dårlig med det sentrale vurderingstemaet for når en fremføring er privat eller offentlig. Snarere kan det hevdes at sosiale formål i større

²⁵ Ot. prp. nr. 15 (1994–95) s. 126.

grad understreker fremføringens private karakter enn undervisningsformålet. Utgangspunktet får nok – som antydnet ovenfor – heller være at formålet med fremføringen ikke er avgjørende for om den skal anses som offentlig eller privat.

En mulig avgrensingsfaktor, som kan motvirke at de internasjonale forpliktelsene undergraves, er imidlertid fremføringens *intensitet*. At dette momentet kan være relevant ved avgrensningen av privatsfæren, understrekes av at grensen trekkes snevrere for spredningsretten og eksemplarframstillingsretten enn for fremføringsretten, jf. avslutningsvis i 3.1. Som fremholdt der kan det også stilles spørsmål ved holdbarheten av å likestille alle fremføringssituasjoner – ikke minst i dagens teknologiske situasjon.²⁶ Visse fremføringssituasjoner innebærer utvilsomt en mer intens verksutnyttelse enn andre, og kan stå i et helt annet økonomisk konkurranseforhold med opphavsmannens interesser. Dermed kan det være grunnlag for å trekke grensene for privatsfæren snevrere. Verksutnyttelsens *varighet* bør i så fall stå sentralt. Ovenfor har jeg nevnt utnyttelse av digitale læreplattformer og visning av spillefilmer som eksempler på at interesseforholdene bør være noe av de samme som for eksemplarframstillingen. Det kan hevdes at fremføring i en skoleklasse ikke bør anses for å foregå innenfor det private området ved slik verksutnyttelse, og at man her krever nærere personlige tilknytningsforhold enn en klasseromssituasjon tilsier. Det ligger i dette at det kan spille en rolle om det er hele eller deler av filmer som spilles. Hvilke typer filmer det er tale om må imidlertid antas å ha mindre betydning for verksutnyttelsens intensitet. Varigheten får primært være avgjørende.

Jeg understreker at en slik avgrensning av ”doktrinen” om at fremføring i ordinære klasseromssituasjoner er innenfor det private området, ikke har direkte støtte i lovforarbeidene eller rettspraksis. Den baseres på den oppfatning, som jeg har gitt uttrykk for i andre sammenhenger,²⁷ at grensen mellom privat og offentlig under åvl. § 2 ikke kan trekkes likt i alle sammenhenger, men må bero på verksutnyttelsens intensitet. *Dette* synspunktet har en viss støtte så vel i lovforarbeider som i øvrig rettslitteratur.²⁸ Med en slik innfallsvinkel tas det hensyn til at avgrensningen av eneretten ikke er ment å skulle komme i et regulært konkurranseforhold med rettighetshavernes økonomiske interesser. Dermed avdempes også

²⁶ Jf. Ole-Andreas Rognstad, *Fragmenter til en lærebok i opphavsrett*, Oslo 2004 s. 101–102

²⁷ *Spredning av verkseksemplar* s. 56–62, *Fragmenter til en lærebok i opphavsrett* s. 101–102.

²⁸ Jf. ovenfor ved notene 11–15.

det potensielle konfliktforholdet til de internasjonale konvensjonene. Jeg mener derfor innfallsvinkelen har de beste grunner for seg.

Ettersom denne betenkningen ikke er noen avgjørelse av en tvist avsagt under kontradiksjon der begge parters synspunkter er hørt, men en uttalelse etter anmodning fra én part, skal jeg avstå fra å forsøke å trekke eksakte grenser for doktrinen om fremføringens private karakter i skoler, ut over det som her er antydnet. Men jeg mener – i tråd med synspunkter jeg har gitt uttrykk for tidligere – at doktrinen ikke bør gis anvendelse i alle situasjoner, uavhengig av fremføringens intensitet. Etter min mening er det en premiss som bør tas i betraktning ved forhandling om vederlag for lisens for fremvisning av film i skoler.

5 Konklusjon/oppsummering

- Det er en nokså rotfestet oppfatning i norsk/nordisk rett at fremføring i ordinære klasseromssituasjoner faller innenfor det private området og dermed ikke omfattes av opphavsmannens enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten i åvl. § 2.
- Oppfatningen kan være problematisk som helt generell rettssetning. Dels kan den komme i konflikt med grunnleggende forutsetninger i norsk rett om at avgrensning av eneretten ikke skal komme i konkurranse med opphavsmannens økonomiske interesser. Dels kan den stå i fare for å undergrave våre internasjonale konvensjonsforpliktelser. Den teknologiske utviklingen understreker problemet.
- Det er de presumptivt nære bånd som skapes mellom elevene (samt lærer/elever) som begrunner oppfatningen om at fremføring i ordinære klasseromssituasjoner er innenfor det private området. Presumpsjonen bør derfor forbeholdes de tradisjonelle og statiske klasesituasjoner med grupper på maks 20-30 elever der de samme elevene har mer eller mindre all undervisning sammen. Avvik fra denne situasjonen kan tale for at fremføringen ikke er ”privat”.
- Hvorvidt fremføring i ”ordinær klasseromssituasjon” skal anses for å foregå innenfor det private området, bør etter min oppfatning bero på fremføringens intensitet. Jo mer intensiv utnyttelse, desto mer taler for at de personlige båndene må være tettere enn

klasseromssituasjonen tilsier for at den skal anses som privat. Fremføring av hele spillefilmer på et par timers varighet er etter min mening en slik form for intensiv utnyttelse der det kan være behov for å trekke en snevrere grense for privatsfæren. Av hensyn til oppdragets karakter vil jeg avstå fra å trekke eksakte grenser for doktrinen om fremføringens private karakter i skoler. Men fremføringens intensitet er etter min mening en premiss som bør tas i betraktning ved forhandling om vederlag for lisens for fremvisning av film i skoler.

Oslo, 26. august 2008

Ole-Andreas Rognstad