



UiO • **Institutt for privatrett**
Det juridiske fakultet

Den norske ordningen for privatkopiering og forholdet til EU-retten

Professor Ole-Andreas Rognstad



Tema og bakgrunn

- Utredning utført for Kulturdepartementet, datert 10. september 2020, se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/utredning-av-privatkopiering/id2765330/>
- Her: Redegjøre for hovedpunkter som tas opp i utredningen med vekt på forholdet mellom den norske ordningen for privatkopiering og EU-retten

Problemstillinger

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

Rettslig rammeverk

- Åndsverkloven (åvl.) § 26 fjerde ledd
 - For fremstilling av eksemplar etter første ledd gis opphaverne en rimelig kompensasjon gjennom årlige bevilgninger over statsbudsjettet.
 - Todelt ordning: Individuell (Norwaco) og kollektiv (fondet for lyd og bilde)
- Jf. opphavsrettsdirektivet (ORD, dir. 2001/29) art. 5(2)b
 - Statene kan innføre unntak fra eller innskrenkninger i eneretten til eksemplarfremstilling for «reproduksjoner på ethvert medium foretatt av en fysisk person til privat bruk og for formål som verken direkte eller indirekte er kommersielle, forutsatt at rettighetshaverne mottar rimelig godtgjøring som tar hensyn til anvendelse eller ikke-anvendelse av teknologiske tiltak nevnt i artikkel 6 på de aktuelle verk eller gjenstander»
- EU-domstolens praksis ved tolkningen av direktivbestemmelsen
 - Relevant og tungtveiende på grunn av EØS-avtalens homogenitetsmålsetting og prinsippet om at norsk rett presumeres å stemme overens med Norges folkerettslige forpliktelser
- Men: EU-domstolens praksis gjelder i hovedsak avgifter på kopieringsutstyr og må tilpasses den norske ordningen

Utgangspunktet for kompensasjonen for privatkopiering

- «den rimelige kompensasjon beregnes på grundlag af den lidte **skade** for ophavsmændene som følge af indførelsen af undtagelsen for privatkopiering
 - Sak C-467/08 (Padawan) avsnitt 38 m.fl.
- «... idet der dog for en **»minimal skade«** ikke bør være betalingspligt»
 - Sak C-467/08 (Padawan) avsnitt 38 m.fl.
- Jf. ORD fortale pkt. 35 og 38

Tema 1: Den norske kompensasjonsmodellen og forholdet til EU/EØS-retten

- EU-domstolen har akseptert at ordningen med kompensasjon over statsbudsjettet prinsipielt er i samsvar med EU-retten
 - Sak C-470/14 (EGEDA), avsnitt 22-24
- EU-domstolen har akseptert ordninger som kombinerer individuelt og kollektivt vederlag
 - Sak C-521/11 (Amazon)

Tema 1: Den norske kompensasjonsordningen og forholdet til EU/EØS-retten

- Men to problemer:
 - (1) Kompensasjon over statsbudsjettet forutsetter at det finnes en ordning som sikrer at bare fysiske personer bærer utgiftene med privatkopiering
 - Se sak C-470/14 (EGEDA), avsnitt 39-42

- 39 I det foreliggende tilfælde fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at den budgetpost, der er forbeholdt betalingen af den rimelige kompensation, under hensyn til den omstændighed, at der ikke er pålagt konkrete afgifter – såsom dem, der hidrører fra en specifik opkrævning – på bestemte forbrug, **skal anses for at blive dækket ind af alle de indtægtskilder**, der er opført på statens generelle budget, og dermed også af alle skattepligtige personer, herunder juridiske personer.
- 40 Endvidere fremgår det **ikke** af de sagsakter, der er forelagt for Domstolen, at der **i det foreliggende tilfælde eksisterer en bestemmelse, der gør det muligt for juridiske personer**, der under alle omstændigheder ikke henhører under artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, **at ansøge om at blive fritaget fra forpligtelsen til at deltage i finansieringen af den nævnte kompensation, eller i det mindste at ansøge om tilbagebetaling heraf** (jf. med hensyn hertil dom af 11.7.2013, Amazon.com International Sales m.fl., C-521/11, EU:C:2013:515, præmis 25-31 og 37, og af 5.3.2015, Copydan Båndkopi, C-463/12, EU:C:2015:144, præmis 45), i henhold til nærmere bestemmelser, som det alene tilkommer medlemsstaterne af fastsætte.
- 41 På det grundlag, og således som den forelæggende ret har påpeget i selve ordlyden af spørgsmålet, kan en sådan ordning om den rimelige kompensation, der finansieres af den pågældende medlemsstats generelle budget, **ikke sikre, at omkostningerne til denne kompensation bæres endeligt alene af brugerne af private kopier.**

Tema 1: Den norske kompensasjon-modellen og forholdet til EU/EØS-retten

- Hvordan sikre at den norske ordningen er i samsvar med EGEDA-dommen?
 - Mulige løsninger
 - Skattefradrag for foretak, etc.
 - Kompensasjonsordning for foretak over statsbudsjettet
 - Statene har skjønnsfrihet mht hvordan dette sikres

Tema 1: Den norske kompensasjonsmodellen og forholdet til EU/EØS-retten

- To problemer
 - (2) Kollektive kompensasjonsordninger kan ikke utelukke andre EØS-borgere fra ordningen
 - Se sak C-521/11 (Amazon), avsnitt 53-54
 - Jf. EØS-avtalen art. 4

- 53 Følgelig er den omstændighed, at en del af det provenu, der skal gå til den rimelige compensation som omhandlet i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29, er bestemt til institutioner med sociale og kulturelle formål til fordel for rettighedshaverne til denne compensation, ikke i sig selv i strid med formålet med den nævnte compensation, for så vidt som disse institutioner med sociale og kulturelle formål faktisk kommer rettighedshaverne til gode, **og institutionernes arbejdsmetoder ikke er diskriminerende**, hvilket det påhviler den forelæggende ret at efterprøve.
- 54 Det ville nemlig ikke være i overensstemmelse med formålet med denne compensation, hvis de nævnte institutioner **lod andre personer end rettighedshaverne drage fordele eller retligt eller faktisk udelukkede dem, der ikke var statsborgere i den pågældende medlemsstat.**

Tema 1: Den norske kompensasjon- modellen og forholdet til EU/EØS-retten

- Den norske kollektive ordningens forhold til diskrimineringsforbudet
 - Faktisk konsekvens av bo- og virkekravet i forskriften for lyd og bilde § 2 at rettighetshavere fra andre land ikke får kompensasjon
 - Neppe krav om lik faktisk kompensasjon, men krav om tilgang til ordningen
 - Bo- og virkekravet kan neppe opprettholdes
 - Men ordningen kan forbeholdes rettighetshavere som får verkene sine kopiert til privat bruk

Tema 2: Statenes skjønnsfrihet

- EU-domstolen: Statene har en vid skjønnsmargin mht hvem som skal betale i første hånd, hvilken form kompensasjonen skal ha, hvilke nærmere bestemmelser som skal gjelde for den, og hvilket omfang den eventuelt skal ha
- Omfang: Betyr nivå/størrelse
- Emo: Ingen automatikk i at endringer i ordningen medfører endringer i vederlagsnivå: Må foreta en vurdering av om ordningen totalt sett sikrer et rimelig vederlag ut fra kriterier knyttet til skadevurderingen
 - Kriteriene og vurderingen må oppfylle grunnleggende krav om transparens
 - Statene har skjønnsmargin også når det gjelder bestemmelsen av hva som er minimal skade, jf. sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 61

Tema 3: Hvilken kopiering skal det kompenseres for

- Utgangspunkt: Skal kompenseres for den kopiering som er tillatt etter åvl. § 26 første ledd, jf. fjerde ledd
 - Jf. forutsetningsvis forente saker C-457-460/11 (VG Wort), avsnitt 34 og 39
- Forutsetning: Kopieringen medfører **skade** for rettighetshaverne, og mer enn **minimal skade**

Tema 3: Hvilken kopiering skal det kompenseres for?

- Oppsummeringsvis
 - I prinsippet kopiering for alle verkstyper med mindre kopieringen medfører minimal skade
 - Ikke kopiering som dekkes av unntaksreglene i § 26 annet og tredje ledd
 - Bygningskunst, dataprogrammer, databaser, 3dim kunst
 - Musikk + film med fremmed hjelp
 - Bare eksemplarfremstilling til *privat* bruk
 - Ikke eksemplarfremstilling i ervervsøyemed
 - Bare kopiering av «enkelte eksemplar»
 - Ikke kopiering som dekkes av andre avgrensingsregler
 - Ikke kopiering fra ulovlig kilde

Tema 3: Hvilken kopiering skal det betales for

- Særlig om kopiering i strømmetjenester, PVR mv.
- Er det eksemplarfremstilling?
- Emo neppe tvilsomt gitt det vide eksemplarfremstillingsbegrepet i åvl. § 3, jf. ORD art. 2
- Fremmed hjelp? Jf. unntaket for musikk- og filmverk i §26 tredje ledd

Tema 4: Avtalt kopiering og bruk av tekniske beskyttelsessystemer

- Problemstilling: Hvilken betydning har avtalt rett til privatkopiering (og vederlag) og bruk av tekniske beskyttelsessystemer for kompensasjonen for privatkopiering?
- Betydning bl.a. for privatkopiering basert på abonnements tjenester mv.: strømmetjenester med nedlastingsfunksjoner, PVR-tjenester mv.
- Problem: EU-domstolens uttalelser i forente saker C-457/11 og 460/11 (VG Wort) og C-463/12 (Copydan)
 - Tillatelser er uten rettsvirkninger i nasjonal rett og har ingen innvirkning på det tap (skade) rettighetshaveren lider som følge av kopieringen

«37 Når en medlemsstat i henhold til en bestemmelse i artikel 5, stk. 2 eller 3, i direktiv 2001/29 inden for rammerne af denne bestemmelses materielle anvendelsesområde har besluttet at udelukke enhver ret for rettighedshaverne til at tillade reproduktion af deres værker eller andre beskyttede frembringelser, er en eventuel tilladelse, som disse sidstnævnte har afgivet, uden retsvirkninger i denne medlemsstats lovgivning. En sådan handling har dermed ingen indvirkning på det tab, der påføres rettighedshaverne som følge af indførelsen af den omhandlede retlige privatforanstaltning, og kan derfor ikke have nogen indvirkning på den rimelige compensation, uanset om denne er fastsat på et obligatorisk eller frivilligt grundlag i medfør den anvendelige bestemmelse i dette direktiv.

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

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

Copydan

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

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

Tema 4: Avtalt kopiering og bruk av tekniske beskyttelsessystemer

- Min oppfatning: Uttalelsene i VG Wort og Copydan innebærer at kompensasjonen for privatkopiering fortrenger individuelle vederlagsbetalinger for kopiering som dekkes av privatkopieringsregelen (åvl. § 26 første ledd)
 - Understrekes av at Generaladvokaten i Copydan hadde foreslått at individuell vederlagsbetaling fortrenger kompensasjonen for privatkopiering. Domstolen svarte med å fastslå at brukerne ikke er bundet av individuelt avtalte vederlag
- Betyr i prinsippet at man ikke gyldig kan avtale vederlag for kopiering som dekkes av privatkopieringsregelen. Brukerne ikke bundet av slik avtale

Tema 4: Avtalt kopiering og bruk av tekniske beskyttelsessystemer

- Betyr f.eks. at avtaler om vederlag for privatkopiering i strømmetjenester ikke er gyldige i den utstrekning slik kopiering omfattes av åvl. § 26
 - Emo: Uttalelser i lovforarbeidene om at § 26 er fravikelig hindrer ikke at tillatelsene er uten rettsvirkninger. Nettopp det VG Wort og Copydan «overkjører»
 - Påstander om at «offline-kopiering» ikke omfattes av privatkopieringsregelen har tvilsomt grunnlag

Tema 4: Avtalt kopiering og bruk av tekniske beskyttelsessystemer

- Men hva er virkningene av at rettighetshaverne *fortsetter* å ta betaling for slik kopiering selv om brukerne ikke er bundet?
 - Lider rettighetshaverne *skade* som følge av *kopieringen* i en slik situasjon?
 - Bekreftende svar medfører dobbeltbetalinger og søksmålsbyrde for brukerne
 - EU-domstolen strengt tatt ikke tatt stilling til det spørsmålet (bare at *tillatelsen* ikke medfører skade). Utfallet usikkert

Tema 4: Avtalt kopiering og bruk av tekniske beskyttelsessystemer

- Kompensasjonsordningen kan ikke omfatte kopiering som er nødvendig for *tilgangen* til verket. Rettighetshaverne lider ingen skade som følge av slik kopiering
- Avtalte *forbud* og bruk av tekniske beskyttelsessystemer
 - Min oppfatning: Kan gyldig avtale *forbud* (selv om *tillatelsene* ikke er gyldige)
 - Også: Kan benytte tekniske beskyttelsessystemer
 - Men *muligheten* av å benytte slike systemer får ingen betydning for kompensasjonen for privatkopiering om de ikke er brukt
 - Forente saker C-457/11 og 460/11 (VG Wort), avsnitt 57; sak C-435/12 (ACI Adams), avsnitt 46; sak C-463/12 (Copydan), avsnitt 71
 - Derimot: Bruk av tekniske beskyttelsessystemer får betydning for *vederlagsnivået*
 - Se VG Wort avsnitt 58; Copydan avsnitt 72

Tema 5: Kriterier for beregning av kompensasjonen. Differensiering

- Utgangspunkt: Skal kompensere for *skaden* rettighetshaverne påføres som følge av unntaket/innskrenkningen for privatkopiering
 - Jf. sak C-467/08 (Padawan) avsnitt 38
- Flere momenter i EU-domstolens praksis (vedrørende avgifter på kopieringsutstyr)
 - Ikke bare faktisk skade, men også potensiell skade
 - Multifunksjonalitet og sekundære kopifunksjoner kan ha betydning for skaden
 - Avgrensning mot irrelevante momenter
 - Kombinasjon av fast og forholdsmessig vederlag OK
 - Betydningen av likebehandlingsprinsippet
 - Bruken av tekniske beskyttelsessystemer har betydning for vederlagsnivået

Tema 5: Kriterier for beregning av kompensasjonen. Differensiering

- Praksis bekrefter at en differensiert tilnærming til skadebegrepet er i samsvar med EU-retten
- Men vederlagstilnærming snarere enn kompensasjon for inntektstap
 - Lisensmodell vs substitusjonsmodell
- Ikke grunnlag for en oppfatning om at direktivet forutsetter «flat vederlagsberegning» basert på faktisk kopiering («en kopi er en kopi»)
- Relevante momenter ved differensieringen: verdien for brukerne, omfang/intensitet, herunder varighet, tapte inntekter og bruk av tekniske beskyttelsessystemer
- Statenes skjønnsmarginer har betydning ved fastsettelsen av kompensasjonens størrelse

Tema 5: Kriterier for beregning av kompensasjonen. Differensiering

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