

Utredning om digitale utlån fra folkebibliotek

Utredning skrevet på oppdrag fra Kulturdepartementet
31.5.2024

Professor PhD Torger Kielland
Universitetet i Bergen

1 Bakgrunn og mandat for utredningen

Kulturdepartementet har i epost av 23.1.24. gitt meg i oppdrag å utrede mulighetsrommet for norske myndigheter til å fastsette nasjonale bestemmelser om digitalt utlån av digitale verk i folkebibliotek. Bakgrunnen for oppdraget er at Kulturdepartementet i høringsutkastet til ny boklov høsten 2022, foreslo at det skulle innføres en leveringsplikt for digitale lydbøker til folkebibliotek. Forslaget mottok støtte fra flere av høringsinstansene, men flere ga uttrykk for at departementets forslag ikke vil føre til reelle endringer i bibliotekenes lydboktilbud uten at en utlånsmodell reguleres nærmere i forskrift. Det ble også reist spørsmål om forslaget forhold til opphavsrettslovgivningen og Norges internasjonale forpliktelser på opphavsrettsområdet.

I lys av innspillene opprettholdt departementet ikke forslaget om å omfatte bibliotekene i leveringsplikten i bokloven § 7. Det ble imidlertid uttalt i Prop. 82 L (2022–2023) kap. 11.4.4 at spørsmålet om en eventuell regulering av en utlånsmodell for lydbøker og e-bøker må utredes nærmere, særlig i lys av åndsverkloven og Norges internasjonale forpliktelser. I forbindelse med behandlingen av lovforslaget, fattet Stortinget følgende anmodningsvedtak:

«Stortinget ber regjeringen så snart som mulig utrede om det er mulig å fastsette bestemmelser for folkebibliotekene om digitalt utlån av digitale verk.»

Mandatet omfatter etter ordlyden alle digitale verk. Digitale utlån er imidlertid for øyeblikket bare aktuelt for e-bøker og digitale lydbøker. I forståelse med Kulturdepartementet er utredningen derfor begrenset til digitale utlån av e-bøker og digitale lydbøker, som med en fellesbetegnelse vil bli omtalt som «digitale bøker».

Arbeidet med bokloven og det nevnte forslaget i høringsutkastet, innebærer at det man gjennom mandatet først og fremst ønsker svar på er om det er rettslig spillerom for å innføre bestemmelser om pliktavlevering av digitale bøker og om det i så fall er grunnlag for utlån av slike bøker. Bakgrunnen for den opphavsrettslige diskusjonen om digitale utlån er EU-domstolens avgjørelse C-174/15 VOB. Avgjørelsen åpnet for at det kan gjøres unntak fra eneretten til utlån også for digitale utlån, og omhandlet spørsmål om det er tillatt å stille som vilkår for et slikt unntak at eksemplarene som lånes ut er overdratt med rettighetshavers samtykke. Som vi skal komme tilbake til åpner dommen med dette for utlån av digitale eksemplarer som er anskaffet etter avtale med rettighetshaver uavhengig av eventuelle utlånsbegrensninger i avta-

len. Dette gjør det også nærliggende å drøfte om digitale utlån av digitale verk fra folkebibliotekene kan bygge på slik konsumpsjon av utlånsretten, og om det i så fall er mulig og eventuelt nødvendig å fastsette bestemmelser om dette.

I det følgende vil jeg i punkt 2 kort redegjøre for grunnlaget for utlån av fysiske bøker og lydbøker, for deretter å drøfte rammene for en utlånsrett til digitale bøker i punkt 3. I punkt 3.2 vil jeg gjøre rede for grunnlaget for å utvide eneretten til utlån og muligheten til å gjøre unntak fra denne til også å omfatte digitale utlån som følge av EU-domstolens dom i C-174/15 VOB. Jeg vil videre gjøre rede for mulighetene for utlån av digitale bøker som er ervervet gjennom avtale etter en «utlån per eksemplar»-modell som følge av at utlånsretten er konsumer.

I punkt 3.3.2 vil jeg deretter drøfte om muligheten til å gjøre unntak fra eneretten til utlån i utleiedirektivet artikkel 6, også omfatter utlån av eksemplarer som ikke er ervervet gjennom avtale, typisk eksemplarer som er levert etter en lovbestemt plikt til levering. I punkt 3.3.3 vil jeg til sist drøfte om en slik utlånsrett også åpner for en lovbestemmelse om pliktavlevering av eksemplarer til digitale utlån.

2 Utlån av fysiske eksemplarer

Etter åndsverkloven § 3 første ledd bokstav a har rettighetshaver enerett til å gjøre åndsverk «tilgjengelig for allmenheten». Denne tilgjengeliggjøringsretten omfatter etter andre ledd bokstav a at «eksemplar av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten». Bestemmelsen gjennomfører blant annet infosocdirektivet artikkel 4 og utleiedirektivet artikkel 1 nr. 1, og lovfester en generell enerett som i utgangspunktet omfatter all overføring av besittelsen til av fysiske eksemplarer.¹ Reguleringen skiller seg her fra den europeiske reguleringen, hvor infosocdirektivet artikkel 4 gir en enerett til «distribution» i form av overføring av eiendomsrett til fysiske eksemplarer,² men hvor utleiedirektivet artikkel 1 gir enerett til utleie og utlån.

Med «utleie» menes etter utleiedirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav a at et verk «for et begrenset tidsrom stilles til rådighet for bruk med henblikk på en direkte eller indirekte økonomisk eller kommersiell fordel». Utlån omfatter etter artikkel 2 nr. 1 bokstav b tilrådighetsstillelse for et begrenset tidsrom «uten henblikk på en direkte eller indirekte økonomisk fordel, gjennom institusjoner som er åpne for allmennheten». Utgangspunktet er med andre ord at utleie skjer mot vederlag, mens utlån er vederlagsfritt.³ Norske folkebibliotek er institusjoner som er åpne

¹ Se nærmere, Rognstad, Opphavsrett 2019 s. 199.

² Jf. C-456/06 Peek & Cloppenburg.

³ Se Rognstad, Opphavsrett 2019 s. 199.

for allmennheten og hvor bøker stilles gratis til rådighet. Tilrådighetsstillelse av fysiske bøker fra folkebibliotek anses derfor som «utlån» etter åvl. § 3 første ledd bokstav a og utleiedirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav b. Dette innebærer at rettighetshaver har en enerett til utlån av fysiske eksemplar fra folkebibliotek.

Etter utleiedirektivet artikkel 6 nr. 1 kan det imidlertid gjøres unntak fra eneretten til utlån. Dette er i åndsverkloven gjort gjennom konsumpsjonsregelen i åvl. § 27 første ledd, hvor «eksemplar av et verk [som er] solgt eller på annen måte overdratt med opphaverens samtykke» fritt kan spres videre til allmennheten. Slik konsumpsjon omfatter imidlertid som hovedregel ikke utleie og heller ikke utlån av datamaskinprogrammer, jf. § 27 andre ledd første og andre setning. Fysiske eksemplar av bøker i form av papirbøker og lydbøker i fysisk format (for eksempel på CD) som er overdratt med samtykke fra rettighetshaver, kan fritt lånes ut fra folkebiblioteker.

Unntak fra utlånsretten etter artikkel 6 forutsetter imidlertid «at i det minste opphavsmennene mottar et vederlag». Slik vederlag gis etter norsk rett etter bibliotekvederlagsloven.⁴ Loven etablerer en kollektiv vederlagsordning der vederlag utbetales til forskjellige fond som forvaltes av de aktuelle opphaverorganisasjonene, jf. bibliotekvederlagsloven § 4 første ledd. Vederlaget beregnes etter en sats for hver utlåsenhet, jf. § 2 første ledd. Etter avtale om bibliotekvederlag av 2019 ble beregningsmåten for vederlag endret slik at den ikke lenger beregnes etter antall fysiske verk, men etter antallet unike verk tilgjengelig i Nasjonalbibliotekets verksregister. Norsk lovgiver la ved gjennomføringen av utleiedirektivet i norsk rett til grunn at ordningen etter bibliotekvederlagsloven oppfyller direktivets krav.⁵ ESA åpnet i 2005 sak for å undersøke om den norske ordningen var i strid med EØS-avtalens forbud mot forskjellsbehandling, men saken ble lagt bort i 2008.

3 Tilgang til og utlån av digitale eksemplar fra folkebibliotek

3.1 Innledning

Eneretten til spredning i åvl. § 3 andre ledd bokstav a er tradisjonelt vært begrenset til fysiske eksemplar.⁶ Digital tilgjengeliggjøring, deriblant utlån av e-bøker og digitale lydbøker, anses i utgangspunktet som overføring til allmennheten etter åvl. § 3 andre ledd bokstav d og infosedirektivet artikkel 3 nr. 1. Og denne eneretten er ikke gjenstand for konsumpsjon, jf.

⁴ Lov av 29. mai 1987 nr. 23 om bibliotekvederlag

⁵ Jf. Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 82.

⁶ Jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 27.

artikkel 3 nr. 3. Dette innebærer at konsumpsjon av eneretten til utlån etter åvl. § 27 første ledd i utgangspunktet er begrenset til utlån av fysiske eksemplar, og at muligheten til å gjøre unntak fra eneretten til utlån etter utleiedirektivet artikkel 6 er begrenset til analoge utlån.

EU-domstolen åpner imidlertid i sin nyere praksis for at også digital tilgjengeliggjøring kan være gjenstand for konsumpsjon. I C-128/11 *UsedSoft* legger EU-domstolen til grunn at salg av datamaskinprogrammer for nedlasting innebærer at eneretten til å overføre programmet til andre konsumeres etter programvaredirektivet artikkel 4 nr. 2, slik at programmet kan videregjelges.⁷ Infosocdirektivet artikkel 3 nr. 3 om at eneretten til overføring i artikkel 3 nr. 1 ikke konsumeres, er her uten betydning, da programvaredirektivet må anses som *lex specialis*.⁸ I den senere avgjørelsen i C-263/18 *Tom Kabinet* legger EU-domstolen derimot til grunn at tilgjengeliggjøring av e-bøker i form av salg måtte anses som overføring til allmennheten etter infosocdirektivet artikkel 3 nr. 1, og ikke som «distribution» etter artikkel 4 nr. 1. Salg av e-bøker var derfor ikke gjenstand for konsumpsjon, og videresalg av e-bøker kunne derfor ikke skje uten rettighetshavers samtykke.

3.2 Konsumpsjon av eneretten til digitale utlån

3.2.1 Innledning

Den sentrale avgjørelsen for spørsmålet om digitale utlån, er imidlertid EU-domstolens dom i C-174/15 *VOB*. Nederland hadde i en foreslått revisjon av egen lovgivning om utlån fra offentlige bibliotek, bygget på at utleiedirektivet var begrenset til analoge utlån og at direktivets artikkel 6 derfor ikke ga rett til digitale utlån fra offentlige bibliotek.⁹ Foreningen for nederlandske offentlige bibliotek – Vereniging Openbare Bibliotheken (*VOB*) gikk til sak for å få fastslått at lovgivningen bygde på feil forutsetninger når den la til grunn at artikkel 6 ikke åpnet for digitale utlån. Under behandlingen av saken henviste førsteinstansdomstolen i Haag fire spørsmål til EU-domstolen.

Hovedspørsmålet var om utleiebegrepet i utleiedirektivet også omfattet digitale utlån av bøker, ved at digitalt eksemplar ble gjort tilgjengelig på bibliotekets server og kunne lastes ned av låntaker, forutsatt at bare én låntaker har tilgang til eksemplaret om gangen og låntaker at mister tilgang til eksemplaret etter en begrenset periode. EU-domstolen tok utgangspunkt i en ordlydsfortolkning av direktivet, og slo fast at artikkel 1 nr. 1, som pålegger medlemsstatene å

⁷ Jf. C-128/11 *UsedSoft* avsnitt 48. Se tilsvarende C-166/15 *Ranks* avsnitt 30.

⁸ Jf. C-128/11 *UsedSoft* avsnitt 51.

⁹ Se nærmere van der Noll m.fl., *Online uitlenen van e-books door bibliotheken 2014*, https://www.ivir.nl/publicaties/download/Online_uitlenen_van_e-books.pdf.

gi rettighetshaver «a right to authorise or prohibit the rental and lending of originals and copies», ikke anga om bestemmelsen også omfatter digitale eksemplarer.¹⁰ Heller ikke artikkel 2 nr. 1 b), som angir at utlån innebærer at et verk gjøres «available for use for a limited period of time» gir veiledning knyttet til om «utlån» også omfatter digitale eksemplarer.¹¹

Man måtte da undersøke om det var andre omstendigheter som tilsa at utlån av digitale eksemplarer var utelukket fra virkeområdet til utleiedirektivet.¹² EU-domstolen la til grunn at «original» og «copies» i utleiedirektivet artikkel 1 måtte forstås på samme måte som i WCT artikkel 7.¹³ I felleserklæringen til WCT fremgår det at «original» og «copies» skal forstås som fysiske kopier som kan bringes i omsetning. «Utleie» i utleiedirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav a omfattet derfor bare utleie av fysiske eksemplarer.¹⁴ Dette innebar imidlertid ikke at utlånsbegrepet også må forstås slik at det utelukker utlån av digitale eksemplarer.¹⁵ WCT regulerer ikke enerett til utlån, og konvensjonens avgrensning mot digital utleie kunne da ikke uten videre overføres til digitale utlån.

Forarbeidene til utleiedirektivet inneholdt riktignok enkelte uttalelser som trakk i retning av at eneretten til utlån var begrenset til fysiske eksemplarer.¹⁶ Rekkevidden av disse uttalelsene var imidlertid uklare og de knyttet seg dessuten til et tidligere direktivforslag.¹⁷ Det forelå da ingen avgjørende grunner for å utelukke utlån av digitale eksemplarer fra anvendelsesområdet til utleiedirektivet.¹⁸

Dette støttes i følge EU-domstolen av formålet med utleiedirektivet, hvor det av fortalen punkt 4 fremgår at beskyttelsen etter direktivet bør tilpasses nye økonomiske realiteter, for eksempel i form av nye former for utnyttelse.¹⁹ Utelukkelse av digitale utlån fra utlånsbegrepet vil dessuten stride mot prinsippet om at opphavsrettigheter skal gis et høyt beskyttelsesnivå.²⁰ Dette er riktignok et argument det er vanskelig å se vekten av, da eneretten til digitale utlån i realiteten allerede var omfattet av overføringsretten i infosocdirektivet artikkel 3 nr. 1. Konsekvensen av å tolke utlånsbegrepet i utleiedirektivet til også å omfatte digitale utlån er snarere at

¹⁰ Jf. C-174/15 VOB avsnitt 28.

¹¹ Op. cit. avsnitt 29.

¹² Op. cit. avsnitt 30.

¹³ Op. cit. avsnitt 33.

¹⁴ Op. cit. avsnitt 35.

¹⁵ Op. cit. avsnitt 39.

¹⁶ Op. cit. avsnitt 41.

¹⁷ Op. cit. avsnitt 42 og 43.

¹⁸ Op. cit. avsnitt 44.

¹⁹ Op. cit. avsnitt 45.

²⁰ Op. cit. avsnitt 46 til 48.

rettighetshavernes rettigheter beskjæres, fordi utleiedirektivet artikkel 6 nå også åpner for å gjøre unntak for digitale utlån.

EU-domstolen fremhevet videre at unntak fra de opphavsrettslige enerettene riktignok skal tolkes strengt, men at tolkningen også må sikre at unntaket blir effektivt slik at formålet med unntaket oppnås.²¹ Hensynet til at unntaket i artikkel 6 skal bidra til å fremme kulturelle formål tilsa da at digitale utlån som i det vesentlige kan sammenlignes med utlån av fysiske verk, omfattes av unntaket i artikkel 6.²² Dette innebar at visse former for digitale utlån av e-bøker var omfattet av eneretten til utlån i utleiedirektivet artikkel 1 nr. 1 og dermed også av unntaket fra eneretten til utlån i artikkel 6.²³

I spørsmålene til EU-domstolen beskrives en utlånsordning hvor digitale eksemplar av e-bøker gjøres tilgjengelig på bibliotekets server slik at låntakerne kan laste ned disse. På tilsvarende måte som ved utlån av fysiske bøker, forutsettes det at bare en låntaker har tilgang til et eksemplar av en bok om gangen. Det lånte eksemplaret må derfor slettes eller gjøres ubrukbart etter en viss periode. En slik utlånsordning anses å betrakte som «utlån» etter utleiedirektivet artikkel 6.²⁴ Dette reiser spørsmål om lignende verk og lignende former for digital tilgjengeliggjøring som simulerer fysiske utlån, også omfattes av denne digitale utlånsretten. Det er i utgangspunktet ingen grunn til å skille mellom ulike formater av litterære verk. Dette innebærer ganske klart at i alle fall digitale lydbøker også omfattes av utlånsretten til digitale verk etter utleiedirektivet artikkel 6.

Spørsmålet er om også andre former for digital tilgjengeliggjøring omfattes. Forespørselen til EU-domstolen beskriver en nedlastingsmodell hvor låntaker får tilgang til et varig eksemplar av e-boken, som slettes eller deaktiveres når låneperioden er over. Man kan imidlertid tenke seg andre systemer for tilgang, for eksempel ved at verket «strømmes» til låntaker. Enten slik at låntaker må ha mer eller mindre kontinuerlig må ha tilgang til nett, eller ved at et eksemplar av verket lagres midlertidig, men må fornyes ved å koble enheten til nett innen et visst tidsrom.

EU-domstolens hovedbegrunnelse for å la digitale utlån omfattes av unntaket fra utlånsretten etter utleiedirektivet artikkel 6, er at den i dommen beskrevne utlånsformen simulerer utlån av fysiske bøker, ved at bare én låntaker har tilgang til et eksemplar om gangen, og at tilgangen avsluttes når låneperioden er over. Det finnes ingen overbevisende argumenter for at en tilsvarende teknisk løsning som oppnår dette ikke skal anses som «utlån» etter artikkel 6. En løsning

²¹ Op. cit. avsnitt 50.

²² Op. cit. avsnitt 51.

²³ Op. cit. avsnitt 54.

²⁴ Op. cit. avsnitt 53 og 54.

for strømming med 1-1-tilgang, hvor tilgangen avsluttes når låneperioden er over, må derfor også anses som «utlån» etter artikkel 6.

Det ble i *VOB* også stilt tre tilleggsspørsmål som relaterte seg til hvilken tilgang den som står for utlånet må ha til verket som lånes ut. EU-domstolen legger her uten videre til grunn at unntaket i artikkel 6 ikke får anvendelse for eksemplarer som er ervervet ulovlig.²⁵ Det vises her til C-435/12 *ACI Adam*, hvor det ble lagt til grunn at unntaket for privatkopiering i infocodirektivet artikkel 5 nr. 2 bokstav b, ikke omfatter kopiering av verk som er ervervet ulovlig. I C-527/15 *Filmspeler* har EU-domstolen senere lagt til grunn det samme for fremstilling av midlertidige eksemplarer, typisk ved strømming fra ulovlig kilde, etter artikkel 5 nr. 1 bokstav b. Verk som lånes ut digitalt etter artikkel 6 må derfor ha en lovlig kilde. Selv om det nok ikke er veldig praktisk, kan biblioteker for eksempel ikke låne ut verk som er lastet opp på nett uten rettighetshavers samtykke.

Spørsmålet var videre om medlemsstatene etter utleiedirektivet artikkel 6 kan stille krav om at eksemplarene som lånes ut må være overdratt med rettighetshavers samtykke. Bakgrunnen for spørsmålet var at avgrensningene i eneretten til utlån etter nederlandsk rett er del av en konsumpsjonsordning, hvor eneretten til utlån konsumeres når et eksemplar overdras med rettighetshavers samtykke. Den norske avgrensningen av utlånsretten bygger som nevnt på en tilsvarende modell.²⁶ Rettighetshaver har enerett til utlån etter åvl. § 3, men denne konsumeres etter § 27 første ledd når eksemplarer av verket er «solgt eller på annen måte overdratt med opphaverens samtykke».

EU-domstolen tar utgangspunkt i at infocodirektivet artikkel 4 nr. 1 gir rettighetshaver en eksklusiv enerett til «distribution», og at denne bare konsumeres ved overdragelse med rettighetshavers samtykke etter artikkel 4 nr. 2.²⁷ Det følger imidlertid av infocodirektivet artikkel 1 nr. 2 b) at reglene i direktivet ikke begrenser reglene om utleie og utlån.²⁸ EU-domstolen slår derfor fast at konsumpsjonsregelen i infocodirektivet artikkel 4 nr. 2 ikke er relevant for tolkningen av utleiedirektivet artikkel 6. EU-domstolen understreker videre at eneretten til utlån i utleiedirektivet artikkel 1 nr. 1, etter artikkel 1 nr. 2 ikke er gjenstand for konsumpsjon.²⁹

EU-domstolen påpeker imidlertid at utleiedirektivet artikkel 6 bygger på en avveining mellom rettighetshavernes interesser og hensynet til fremme av kultur.³⁰ Medlemsstatene kan derfor ikke uten videre forhindres fra å stille vilkår som ikke fremgår direkte av artikkel 6 for å

²⁵ Op. cit. avsnitt 72.

²⁶ Se ovenfor i punkt 2.

²⁷ Jf. C-174/15 *VOB* avsnitt 55.

²⁸ Op. cit. avsnitt 56.

²⁹ Op. cit. avsnitt 58 og 59.

³⁰ Op. cit. avsnitt 60.

gjøre unntak fra eneretten til utlån. Dette støttes av fortalen til utleiedirektivet punkt 14, som angir at det er «necessary to protect the rights at least of authors as regards public lending by providing for specific arrangements».³¹ Unntak fra eneretten til utlån uten at det stilles krav til samtykke kan da i enkelte tilfeller skade rettighetshavers legitime interesser.³² Et krav i nasjonal rett om at digitale eksemplar som lånes ut må være overdratt med samtykke fra rettighetshaver, var derfor i samsvar med utleiedirektivet artikkel 6.³³

EU-domstolen legger her til rette for en konsumpsjonsordning for utlån av digitale verk, hvor eneretten til digitale utlån konsumeres når eksemplarene som lånes ute er overdratt med rettighetshavers samtykke. Kulturdepartementet legger i proposisjonen til forslag til ny åndsverkløv til grunn at utlånsbegrepet i åvl. § 3 andre ledd bokstav a i lys av C-174/15 VOB må tolkes utvidende, slik at det også omfatter visse digitale utlån.³⁴ Dette har den konsekvens at også konsumpsjonsregelen i §27 får «anvendelse på utlån som oppfyller kriteriet EU-domstolen har oppstilt».³⁵ Dette innebærer i utgangspunktet at når folkebibliotek kjøper eksemplar av e-bøker og digitale lydbøker, så konsumeres retten til digitalt utlån. Slike eksemplar kan da lånes ut etter en «utlån per eksemplar»-modell som er beskrevet i C-174/15 VOB.³⁶

Det vil imidlertid være en forutsetning for slik konsumpsjon at biblioteket har ervervet et eksemplar som man får råderett over. EU-domstolen fremhever i C-128/11 UsedSoft at en hovedbegrunnelse for å åpne for konsumpsjon av datamaskinprogrammer, er at rettighetshaver overdrar eiendomsrett til et eksemplar a programmet mot en motytelse «corresponding to the economic value of the copy of the work».³⁷ Situasjonen må med andre ord være sammenlignbar med overdragelse av fysiske eksemplar, hvor mottaker får et varig eksemplar av den digitale boken han kan forføy over, mot en betaling som reflekterer verdien av eksemplaret.

Dette innebærer at tilgang til en digital bok som ikke innebærer overføring av et varig eksemplar og hvor det ikke betales en pris som reflekterer at man får tilgang til eksemplaret, ikke danner grunnlag for konsumpsjon av utlånsretten. Dette vil for eksempel være tilfellet der hvor biblioteket og låntakerne får tilgang til bøkene som lånes ut gjennom en tjeneste, men hvor biblioteket ikke får tilgang til et varig eksemplar de kan forføy over. Det samme vil være

³¹ Op. cit. avsnitt 61.

³² Op. cit. avsnitt 63, jf. Generaladvokatens anbefaling avsnitt 85.

³³ Jf. C-174/15 VOB avsnitt 64.

³⁴ Jf. Prop. 104 L s. 128.

³⁵ Ibid.

³⁶ Se tilsvarende i C-128/11 UsedSoft avsnitt 70, hvor det fremgår at den som overdrar programmet må deaktivere sin egen kopi, så han ikke lenger kan bruke programmet.

³⁷ C-128/11 UsedSoft avsnitt 45.

tilfellet dersom biblioteket får tilgang til et eksemplar som det ikke betales et fast vederlag for, for eksempel ved at det betales for hvert utlån (klikmodell).

3.2.2 Påvirkes konsumpsjonsregelen for digitale utlån av manglende konsumpsjon ved videresalg av digitale verk?

Det kan riktignok stilles spørsmål om den senere avgjørelsen i C-263/18 *Tom Kabinet* begrenser konsumpsjonsregelen som legges til grunn i C-174/15 VOB. I *Tom Kabinet* legger EU-domstolen som nevnt til grunn at overdragelse av e-bøker over nett må anses som overføring til allmennheten etter infosocdirektivet artikkel 3 nr. 1. Det skjer da ingen konsumpsjon av overføringsretten, jf. artikkel 3 nr. 3, og e-bøker kan da ikke lovlig videreselges til andre. Saken angikk spesifikt videresalg av e-bøker, men dommen må i utgangspunktet også anses å gjelde for andre verk, med unntak for datamaskinprogrammer.³⁸

Det kan da argumenteres for at avgjørelsen i *Tom Kabinet* også setter en stopper for en regel om konsumpsjon av utlånsretten. Dette legges for eksempel til grunn i proposisjonen til endringer i den finske opphavsrettsloven fra 2023.³⁹ Argumentet synes å være at all digital tilgjengeliggjøring, også digitale utlån, etter *Tom Kabinet* omfattes av eneretten til overføring i infosocdirektivet artikkel 3 nr. 1, som ikke er gjenstand for konsumpsjon. Når utlånsretten etter C-174/15 VOB «grunder seg på at spredningsretten förfaller, det vill säga konsumeras»,⁴⁰ er det heller ikke grunnlag for noen konsumpsjon av utlånsretten.

Proposisjonen synes her å blande sammen den generelle nordiske eneretten til spredning, som i prinsippet omfatter alle former for overføring av fysiske eksemplarer, deriblant utleie og utlån, og EU-rettens eneretter til «distribution» i infosocdirektivet artikkel 4 og utleie og utlån i utleiedirektivet artikkel 1 nr. 1. Når det i C-263/18 *Tom Kabinet* legges til grunn at eneretten til «distribution» i artikkel 4 nr. 1 er begrenset til tilgjengeliggjøring av fysiske eksemplarer, omfatter dette bare *overdragelse* av eksemplarer, ikke andre spredningshandlinger som utlån etter utleiedirektivet artikkel 1 nr. 1. Det er derfor ikke riktig at en digital utlånsrett etter C-174/15 VOB bygger på at spredningsretten konsumeres – den bygger på at *utlånsretten* konsumeres.

Den omstendighet at visse digitale utlån anses som «utlån» etter utleiedirektivet artikkel 1 nr. 1 og artikkel 6, påvirkes da ikke av at salg av digitale eksemplarer anses som overføringer til allmennheten etter infosocdirektivet artikkel 3 nr. 1. Utleiedirektivet må her anses som *lex specialis* til infosocdirektivet. Dette følger også direkte av infosocdirektivet artikkel 1 nr. 2 b).

³⁸ Jf. C-128/11 *UsedSoft*.

³⁹ RP 46/2023 rd, Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av upphovsrättslagen.

⁴⁰ Op. cit. avsnitt 2.2.

Hensynene som begrunner en rett til utlån av digitale verk, er også vesensforskjellige fra de hensyn som begrunner et fravær av digital konsumpsjon ved videresalg av e-bøker. I C-174/15 VOB fremhever EU-domstolen bibliotekenes rolle i å fremme kulturelle formål som et argument for at utlånsretten også omfatter digitale utlån.⁴¹ I C-263/18 Tom Kabinet fremhever EU-domstolen derimot at videresalg av e-bøker i et sekundærmarked vil skade rettighetshavers legitime interesser og vil påvirke rettighetshavers mulighet til å kreve et rimelig vederlag for utnyttelsen av verket.⁴² Avgjørelsen i C-263/18 Tom Kabinet påvirker derfor ikke muligheten til å gjøre unntak fra eneretten til digitale utlån etter utleiedirektivet artikkel 6.

Selv om avgjørelsen i C-263/18 Tom Kabinet ikke endrer konsumpsjonsregelen som C-174/15 VOB åpner for, får avgjørelsen likevel betydning for den tilgangen biblioteker har til digitale eksemplarer av e-bøker og lydbøker. Etter *Tom Kabinet* kan kjøpere av e-bøker og lydbøker ikke lovlig selge eller på annen måte overdra disse til andre, heller ikke til biblioteker. Det eksisterer med andre ord ikke noe lovlig brukmarked for e-bøker og digitale lydbøker. Dette innebærer at biblioteker bare kan skaffe seg tilgang til digitale verk hvor utlånsretten konsumeres, gjennom avtale med rettighetshaver.

3.2.3 Avtalebaserte utlånsbegrensninger

En grunnforutsetning for konsumpsjon av utlånsretten, er at eksemplarene som lånes ut er overdratt med rettighetshavers samtykke. Et slikt samtykke vil normalt gis gjennom en avtale, og en slik avtale kan innebære begrensninger i retten til utlån. Slike begrensninger vil typisk bestå i begrensninger knyttet til hvor mange ganger et eksemplar kan lånes ut.

Når utlånsretten konsumeres, konsumeres imidlertid også eventuelle avtalte begrensninger i utlånsretten. Dersom eneretten til utlån av et digitalt eksemplar er konsumert, kan biblioteket derfor låne ut eksemplaret uten at dette vil innebære et inngrep i eneretten til utlån etter åvl. § 3 andre ledd bokstav a. Det tradisjonelle standpunktet i norsk rett har imidlertid vært at konsumpsjonsreglene er opphavsrettslig, men ikke kontraktsrettslig preseptoriske.⁴³ Sagt med andre ord: Utlån i strid med avtalte utlånsbegrensninger vil ikke innebære et opphavsrettsinngrep, men kan etter omstendighetene utgjøre et kontraktsbrudd.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om nyere praksis fra EU-domstolen har endret dette. EU-domstolen konstaterer i C-128/11 UsedSoft at rettighetshaver til tross for forbud mot videresalg i avtalen, ikke kan motsette seg videresalg av datamaskinprogrammer og at dette gjelder

⁴¹ Jf. C-174/15 VOB avsnitt 51.

⁴² Jf. C-263/18 Tom Kabinet avsnitt 58.

⁴³ Jf. Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 85 og Rognstad, Spredning av verkseksemplarer 1999 s. 91-92.

«notwithstanding the existence of contractual terms prohibiting a further transfer».⁴⁴ Det er vanskelig å forstå dette annerledes enn at rettighetshaver heller ikke kan gjøre gjeldende kontraktsrettslige sanksjoner for brudd på begrensninger i retten til videresalg. Synspunktet i norsk teori er at dette er et standpunkt som bør kunne ha generell rekkevidde for alle former for konsumpsjon.⁴⁵

Konsumpsjonsregelen for digitale utlån er riktignok ikke en direkte gjennomføring av en EU-/EØS-rettslig regel, men en tillatt begrensning ved gjennomføring av unntak fra utlånsretten etter utleiedirektivet artikkel 6. Når man i norsk rett har valgt å gjennomføre dette unntaket fra utlånsretten gjennom en utvidende tolkning av utlånsbegrepet i åvl. § 3 andre ledd bokstav a og § 27, tilsier dette at konsumpsjon av utlånsretten til digitale eksemplarer også anses som kontraktsrettslig preseptorisk.

Dette innebærer at utlånsretten til digitale eksemplarer som bibliotekene har fått overdratt til seg mot et engangsvederlag, konsumeres i og med overdragelsen. Slike eksemplarer kan da lovlig lånes ut i en «utlån per eksemplar»-modell som er beskrevet i C-174/15 VOB. En slik utlånsordning krever i seg selv ikke lov- eller forskriftsendring, da en digital utlånsrett tolkes inn i eksisterende bestemmelser gjennom en utvidende tolkning av utlånsbegrepet i åvl. § 3 andre ledd bokstav a og § 27.

3.3 Utlånsordninger som ikke bygger på overdragelse med samtykke fra rettighetshaver

3.3.1 Innledning

Bibliotekene kan etter konsumpsjonsregelen som beskrevet i punkt 3.2 imidlertid låne ut digitale eksemplarer de har ervervet gjennom avtale med rettighetshaver. Dette vil derimot ikke være tilfellet for eksemplarer som er anskaffet på annen måte, for eksempel gjennom en lovbestemt plikt til levering. Her vil det ikke foreligge noen avtale som gir grunnlag for utlån. Slik pliktavlevering vil heller ikke innebære at utlånsretten konsumeres, fordi eksemplarene ikke er overdratt med rettighetshavers samtykke. Dette reiser spørsmål om utleiedirektivet artikkel 6 kan tolkes slik at det også åpner for å gjøre unntak fra i form av utlån av digitale eksemplarer som er anskaffet uten samtykke fra rettighetshaver.

En regel om konsumpsjon av eneretten til utlån løser heller ikke spørsmålet om bibliotekenes *tilgang* til nye eksemplarer for utlån. Forlaget kan for eksempel nekte å inngå avtale eller

⁴⁴ C-128/11 UsedSoft avsnitt 77, se tilsvarende C-166/15 Ranks, avsnitt 30.

⁴⁵ Jf. Rognstad, Opphavsrett 2019 s. 208-209.

forsinke levering av bestemte digitale bøker. I prinsippet kan forlaget også kreve høyere pris for eksemplar som er ment for utlån.⁴⁶ Dette kan løses gjennom en lovbestemmelse om pliktavlevering av digitale eksemplar av e-bøker og lydbøker. Et eksempel på en slik bestemmelse er forslaget i høringsnotatet til bokloven § 7 tredje ledd: «En leverandør skal levere eksemplarer av digitale lydbøker til enkeltsalg i digitale abonnementstjenester, til forhandlere som omsetter lydbøker og til bibliotek.» (kursivert her) Her kan man i teorien tenke seg ulike modeller, fra en ren pliktavlevering uten kompensasjon via plikt til levering mot kompensasjon i form av utsalgspris til en plikt til levering hvor det forhandles om pris og andre leveringsvilkår, som utlånsbegrensninger, med avgjørelse i nemnd om man ikke kommer til enighet.

Felles for alle slike former for lovbestemt leveringsplikt er at de vil utgjøre en innskrenkning av rettighetshavers enerett etter åvl. § 3. Rettighetshaver har etter § 3 første ledd enerett til å «fremstille ... eksemplar» og til å gjøre verket «tilgjengelig for allmennheten». Etter åvl. § 67 første ledd kan rettighetshaver videre «helt eller delvis overdra sin rett til å råde over åndsverket». Sammen gir dette rettighetshaver en rett til å bestemme *om og hvordan* han vil disponere over verket, både ved egen utnyttelse og ved å la andre disponere over det. En lovbestemt plikt til levering av e-bøker og digitale lydbøker vil innebære en innskrenkning denne retten. Dette omfatter både eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten i form av selve leveringen og eneretten til eksemplarfremstilling i form av lagring mv. av de leverte verkene.

Etter åndsverkloven er det isolert sett uproblematisk at det gjøres slike innskrenkninger i opphavsretten. Innskrenkninger kan også gjøres gjennom andre lover, for eksempel gjennom en lovbestemt plikt til levering av digitale bøker til folkebibliotek slik det var foreslått i høringsnotatets forslag til boklov § 7. Norges internasjonale forpliktelser, deriblant forpliktelsene etter EØS-avtalen, vil derimot kunne legge begrensninger på utformingen av slik lovgivning,

Utleiedirektivet artikkel 1 nr. 1 gir som nevnt en enerett til utlån som under visse forutsetninger også omfatter digitale utlån. Både en lovbestemt leveringsplikt av digitale bøker og etterfølgende utlån av disse, vil på samme måte som for de tilsvarende norske bestemmelsene, innebære en innskrenking i disse rettighetene som forutsetter et rettslig grunnlag.

Infosocdirektivet artikkel 9 gir regler om «[f]ortsatt anvendelse av andre lovbestemmelser» og angir at direktivet ikke berører «bestemmelser som særlig gjelder ... lovfestede krav om pliktavlevering». Bestemmelsen innebærer at lovbestemte ordninger om pliktavlevering som eksisterte da direktivet ble gjort til en del av EØS-avtalen, kan opprettholdes uavhengig av øvrige bestemmelser i direktivet. Artikkel 9 utelukker i seg selv nye lovreguleringer innenfor de områdene bestemmelsen omfatter. Det fremgår imidlertid av fortalen punkt 60 at artikkel 9 er

⁴⁶ Her vil riktignok konkurranserettslige regler kunne oppstille visse skranker.

begrenset til bestemmelser som «kan påvirke vernet av opphavsretten og beslektede rettigheter» (kursivert her). Dette innebærer, som EU-domstolen påpeker i C-275/15 ITV Broadcasting II, at bestemmelsen er begrenset til å «maintain the provisions applicable in areas other than that harmonised by the directive».⁴⁷ Bestemmelser som direkte begrenser opphavers eneretter etter direktivet og som ikke omfattes av unntakene og avgrensningene i artikkel 5, faller derimot utenfor artikkel 9. En bestemmelse om pliktavlevering av digitale eksemplarer for utlån vil som nevnt både gripe direkte inn i enerett til tilgjengeliggjøring og i eneretten til eksemplarfremstilling. Infosocdirektivet artikkel 9 gir derfor ikke grunnlag for en lovbestemt plikt til levering av digitale eksemplarer av e-bøker og lydbøker.

Det er ingen bestemmelser i katalogen av unntak og avgrensninger i infosocdirektivet artikkel 5 som gir grunnlag for avgrensninger i opphavsretten i form av en lovbestemt plikt til levering av digitale bøker. Utleiedirektivet artikkel 6 er isolert sett også begrenset til å åpne for unntak fra eneretten til utlån, men gir i seg selv ingen regler om tilgang til verk som skal lånes ut.

En utlånsrett som ikke bygger på avtale, forutsetter nødvendigvis at eksemplarer til utlån anskaffes på annen måte. I og med at unntaket fra utlånsretten i artikkel 6 ikke omfatter eksemplarer som ikke er lovlig anskaffet, vil den eneste lovlige tilgangen til slike eksemplarer i praksis være gjennom en lovbestemt leveringsplikt. Denne nødvendigheten gjør at det kan argumenteres for at en plikt til levering av eksemplarer for utlån ligger innenfor rammene av artikkel 6 som en salgs «aksessorisk» rett. I det følgende skal jeg derfor først i punkt 3.3.2 drøfte om utleiedirektivet artikkel 6 åpner for unntak fra utleieretten i tilfeller hvor eksemplaret som lånes ut er ervervet av biblioteket gjennom en lovbestemt plikt til levering. I punkt 3.3.3 vil jeg deretter drøfte om artikkel 6 også kan gi grunnlag for en plikt til levering av eksemplarer for utlån etter bestemmelsen.

3.3.2 Utlån av pliktavleverte digitale eksemplarer

Utgangspunktet i utleiedirektivet er at rettighetshaver har en enerett til utlån etter artikkel 1 nr. 1. Denne retten er etter artikkel 1 nr. 2. ikke gjenstand for konsumpsjon. Etter utleiedirektivet artikkel 6 kan det imidlertid gjøres unntak fra eneretten til utlån etter artikkel 1 nr. 1, dersom i det minste opphaver gis godtgjørelse. I C-174/15 VOB legger EU-domstolen som nevnt til grunn at medlemsstatene innenfor artikkel 6 *kan* innføre regler som krever at et eksemplare er overdratt med rettighetshavers samtykke som et vilkår for utlån.⁴⁸

⁴⁷ C-275/15 ITV Broadcasting II avsnitt 26, jf. Generaladvokatens anbefaling, ECLI:EU:C:2016:649, avsnitt 34 og 35.

⁴⁸ Jf. C-174/15 VOB avsnitt 64.

I utgangspunktet fremstår utleiedirektivet artikkel 6 som en bestemmelse som gir medlemsstatene en ubetinget rett til å gjøre unntak fra eneretten til utlån mot at opphaver gis en vederlagsrett. I dette perspektivet kan EU-domstolens avgjørelse i C-174/15 VOB forstås utelukkende som et spørsmål om medlemsstatene innenfor artikkel 6 *kan* oppstille ytterligere vilkår for en slik utlånsrett.⁴⁹ Dette støttes også av hensynet til at artikkel 6 skal bidra til å fremme kulturelle formål også gjennom nye former for utnyttelse, jf. fortalen til utleiedirektivet punkt 4. I motsetning til anskaffelse av fysiske bøker til utlån, forutsetter anskaffelse av digitale bøker i praksis at det inngås en lisensavtale med vilkår. Og slike avtalebaserte løsninger er ikke nødvendigvis alltid tilstrekkelig for å oppfylle formålene med artikkel 6.⁵⁰

EU-domstolens argumentasjon for å tillate en slik begrensning trekker imidlertid i retning av at vilkår om at eksemplarene som lånes ut er overdratt med rettighetshavers samtykke ikke nødvendigvis er et valgfritt vilkår. I enkelte tilfeller kan en slik begrensning være nødvendig for å ivareta rettighetshavers interesser. For å begrunne at et vilkår om overdragelse med rettighetshavers samtykke er en tillat begrensning etter artikkel 6, fremhever EU-domstolen, med henvisning til Generaladvokatens anbefaling, at et unntak fra eneretten til utlån etter artikkel 6 uten at det stilles krav om samtykke til overdragelse i enkelte tilfeller «could prejudice the legitimate interests of author».⁵¹ I dette ligger det at unntak fra utlånsretten uten at det stilles krav til overdragelse med samtykke, i enkelte tilfeller kan skade rettighetshavers legitime interesser.

I denne vurderingen er det nærliggende å ta hensyn til den såkalte tretrinns testen, som blant annet fremgår av Bernkonvensjonen artikkel 9, TRIPS artikkel 13, WCT artikkel 10 og infocodirektivet artikkel 5 nr. 5. Tretrinns testen angir at avgrensingsregler må (i) gjelde visse spesielle tilfeller (ii) ikke komme i konflikt med normal utnyttelse av verket og (iii) ikke tilside sette rettighetshavers legitime interesser på en urimelig måte. Det er imidlertid ikke uten videre gitt at tretrinns testen skal anvendes ved tolkningen av utleiedirektivet artikkel 6. Utleiedirektivet artikkel 10 nr. 3 gir anvisning på anvendelse av tretrinns testen. Denne gjelder etter ordlyden imidlertid bare for avgrensningene om privat bruk, gjengivelse i forbindelse med dagshendinger og opptak av kringkastingsforetak i artikkel 10 nr. 1 og 2. Artikkel 10 nr. 3 gjelder imidlertid ikke for unntak fra utlånsretten etter artikkel 6. Bernkonvensjonen gir på sin side ikke enerett til analoge utlån. Konvensjonens lappeteppes av eneretter til ulike former for

⁴⁹ Se for eksempel Søndersrød, Notat om leveringsplikt og utlån av e-medier i bibliotek, 1.9.23 s. 6, <http://norskbibliotekforening.no/wp-content/uploads/2023/11/Juridisk-vurdering-NorgesHandlingsrom-leveringsplikt-utlan-emedier-FINAL-pdf-2-1.pdf>, som legger dette til grunn.

⁵⁰ Se nærmere, Dusollier, A manifesto for an e-lending limitation in copyright, Jipitec 2014 s. 213-229 rn. 53-60.

⁵¹ Jf. C-174/15 VOB avsnitt 63, jf. Generaladvokatens anbefaling, ECLI:EU:C:2016:459 avsnitt 85.

«overføring til allmennheten» omfatter heller ikke enerett til digitalt utlån. Trestegstesten i Bernkonvensjonen artikkel 9 (2) gjelder også bare for avgrensninger av eneretten til eksemplarfremstilling i artikkel 9. Opphavsrettskapittelet i TRIPS-avtalen inneholder heller ingen rettigheter som omfatter en rett til digitale utlån.

I utgangspunktet utgjør digitale utlån overføringer til allmennheten etter infosocdirektivet artikkel 3 nr. 1. I så fall ville det vært nærliggende å anvende tretrinnsstesten i infosocdirektivet artikkel 5 nr. 5 også ved tolking av utleiedirektivet artikkel 6. Synspunktet her er imidlertid at utleiedirektivet er *lex specialis* til infosocdirektivet, og at digitale utlån som omfattes av utleiedirektivet artikkel 1 nr. 1 og artikkel 6, derfor ikke anses som overføringer til allmennheten etter infosocdirektivet artikkel 3 nr. 1.⁵²

WIPO Copyright Treaty (WCT) artikkel 8 pålegger derimot medlemsstatene å innføre en eksklusiv rett til «the making available to the public of their works». Dette må også anses å omfatte en enerett til digitale utlån. Trestegstesten i WCT artikkel 10 får i så fall anvendelse på begrensninger i retten til digitale utlån. Norge har ennå ikke tiltrådt WCT, men slik tiltredelse er under nært forestående.⁵³ EU-landene og EU er imidlertid bundet av WCT, og konvensjonen utgjør en sentral tolkningsfaktor ved tolkningen av infosocdirektivet. Selv om Norge ennå ikke har tiltrådt WCT, får konvensjonen derfor likevel betydning for forståelsen av Norges EØS-rettslige forpliktelser.

I kriteriet om at avgrensninger av opphavsretten bare skal anvendes i «visse spesielle tilfeller» ligger det at unntaket eller begrensningen relaterer seg til klart definerte tilfeller og har til hensikt å oppfylle bestemte formål.⁵⁴ Et unntak for e-utlån oppfyller klart nok et bestemt formål i form av deling av informasjon fra offentlige bibliotek.⁵⁵ Et slikt unntak vil også være avgrenset både ved at unntaket ikke gjelder alle former for tilgjengeliggjøring, bare utlån fra offentlige bibliotek, og ved at utlån bare skal skje for en begrenset periode.⁵⁶ Utlån fra offentlige bibliotek av digitale eksemplarer som er overdratt uten samtykke, må derfor anses som et «spesielt tilfelle».⁵⁷

⁵² Jf. Generaladvokatens anbefaling i C-174/15 VOB, ECLI:EU:C:2016:459 avsnitt 65, jf. avsnitt 55.

⁵³ Se nærmere Høringsnotat om forslag til endringer av åndsverkloven mv. av 22. november 2023 s. 308-316.

⁵⁴ Jf. Generaladvokatens anbefaling i C-5/08 Infopaq I, ECLI:EU:C:2009:89, avsnitt 135. Se også Report of the WTO Panel, United States– Section 110 5) of the US Copyright Act, 15 June 2000, WT/DS160/R.

⁵⁵ Jf. Generaladvokatens anbefaling i C-174/15 VOB, ECLI:EU:C:2016:459 avsnitt 67.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Se Generaladvokatens anbefaling i C-174/15 VOB, ECLI:EU:C:2016:459 avsnitt 67 og Dusollier, A manifesto for an e-lending limitation in copyright, Jipitec 2014 s. 213-229 rn. 66.

Etter det andre kriteriet i tretrinnsstesten må avgrensingen ikke komme i konflikt med en normal utnyttelse av verket. Dette er tilfellet når unntaket eller avgrensningen fratar rettighetshaver en faktisk eller potensiell betydelig inntektskilde.⁵⁸ Det er ikke tvilsomt at utlån av e-bøker og digitale lydbøker isolert sett påvirker markedet for slike bøker, da det gir låntakerne gratistilgang til noe som de ellers hadde måttet betale for. Sammenlignet med utlån av fysiske bøker og lydbøker kan det også anføres at utlån av e-bøker og digitale lydbøker fra offentlige bibliotek ligger tett opp til regulære salg av slike bøker.⁵⁹ Brukeren behøver for eksempel ikke gå til biblioteket for lån og levering av boken, elektroniske bøker forringes ikke på samme måte som et fysisk eksemplar. Utlån skiller seg imidlertid også fra regulære salg av e-bøker på viktige måter.⁶⁰ Utlån er blant annet tidsbegrenset, og muligheten til utlån er begrenset av de eksemplarer som biblioteket til enhver tid har til disposisjon. Utlån reduserer heller ikke nødvendigvis det samlede boksalget, men kan bidra til å øke det gjennom å oppmuntre til lesing.⁶¹ Dette tilsier at utlån fra offentlige bibliotek, også av pliktavleverte eksemplarer, oppfyller det andre kriteriet i tretrinnsstesten.

Etter det tredje kriteriet i tretrinnsstesten må avgrensingen ikke tilsidesette rettighetshavers legitime interesser på en urimelig måte. Den offentlige interessen som ligger i å gjøre digitale bøker tilgjengelig for utlån, synes i seg selv å innebære at en slik utlånsrett ikke tilsidesetter rettighetshavers interesser på en urimelig måte.⁶² For at det skal gjøres unntak i eneretten til utlån etter utleiedirektivet artikkel 6 er det imidlertid en forutsetning at i alle fall opphaver får en godtgjørelse for utnyttelsen. Slik godtgjørelse gis i Norge gjennom en kollektiv vederlagsordning etter bibliotekvederlagsloven. At utlån av digitale bøker er omfattet av denne vederlagsordningen tilsier at rettighetshavernes økonomiske interesser ivaretas selv om det gjøres visse begrensninger i opphavsretten. Dette bidrar til å opprettholde en balanse mellom å tillate utlån av verket og å sikre at rettighetshaveren fortsatt får rimelig godtgjørelse for sitt arbeid.

Spørsmålet er imidlertid om også andre av rettighetshavers interesser settes til side når eksemplarene som lånes ute ikke er skaffet til veie ved samtykke med rettighetshaver. Rettighetshaver kan i en slik situasjon ikke oppstille utlånsbegrensninger. Dette vil imidlertid også være tilfellet der eksemplarene som overdras er gjenstand for konsumpsjon.⁶³ Rettighetshaver vil derimot være forhindret fra å stille vilkår om at tilgang til bøker for utlån skal skje gjennom en tjeneste hvor overføringen av bøkene ikke er gjenstand for konsumpsjon, for eksempel ved at

⁵⁸ Se Senftleben, Copyright, Limitations and the Three-step test 2004 s. 193-194.

⁵⁹ Se Generaladvokatens anbefaling i C-174/15 VOB, ECLI:EU:C:2016:459 avsnitt 68.

⁶⁰ Op. cit. avsnitt 69.

⁶¹ Ibid.

⁶² Se Dusollier, A manifesto for an e-lending limitation in copyright, Jipitec 2014 s. 213-229 rn. 71.

⁶³ Se ovenfor i punkt 3.2.3.

det tas betalt for hvert utlån. Hensynet til at biblioteket skal kunne bygge opp sin egen samling av digitale bøker for utlån, tilsier imidlertid at denne typen begrensninger ikke tilsidesetter rettighetshavers legitime interesser på en urimelig måte.

Ved å åpne for digitalt utlån av eksemplarer som ikke er overdratt med samtykke, vil rettighetshaver heller ikke kunne utsette levering av bøker til utlån, for eksempel for å skaffe seg et «vindu» hvor boken bare er tilgjengelig for salg før den blir tilgjengelig for utlån. Dette kan etter omstendighetene være en legitim innvending. Det kan derfor ikke utelukkes at trestegstesten krever at det for digitale utlån av eksemplarer som ikke er overdratt med samtykke, må innføres en ordning med en «sperrefrist» hvor enkelte bøker er tilgjengelig for salg i en periode før de blir tilgjengelig for utlån.⁶⁴

Samlet tilsier dette at et unntak fra utlånsretten som også tillater utlån av eksemplar som ikke er overdratt med rettighetshavers samtykke kan begrunnes innenfor rammene av utleiedirektivet artikkel 6. Dette forutsetter imidlertid at utlånsordningen utformes på en slik måte at den også tar hensyn til rettighetshavers legitime interesser.

3.3.3 Pliktavlevering av digitale eksemplarer for utlån

Spørsmålet blir da om et unntak fra eneretten i form av en lovbestemt plikt til avlevering av digitale bøker for utlån, kan utledes av muligheten til å gjøre unntak fra eneretten til utlån etter utleiedirektivet artikkel 6. Det ligger i sakens natur at en utlånsrett som ikke bygger på avtale, forutsetter at bibliotekene får tilgang til eksemplarer til utlån på annen måte. EU-domstolen forutsetter i C-174/15 VOB at en utlånsrett etter artikkel 6 ikke kan bestå i utlån av et ulovlig ervervet eksemplar, for eksempel en piratkopi.⁶⁵ Om biblioteket ikke inngår avtale med rettighetshaver, må tilgangen til eksemplarene som lånes ut bygge på et annet lovlig grunnlag. Et slikt lovlig grunnlag vil kunne være en lovbestemt leveringsplikt.

Spørsmålet om en lovbestemt leveringsplikt av digitale bøker til folkebiblioteker går inn i en større diskusjon om en såkalt «tilgangsrett» – en «access right» – for at brukere skal få tilgang til åndsverk for å kunne utnytte unntak fra eller avgrensninger av opphavsretten.⁶⁶ For biblioteker vil en slik tilgangsrett typisk bestå i å få tilgang til digitale bøker, for å bygge opp en egen samling og for å kunne låne ut bøker fra denne samlingen.

⁶⁴ Se Dusollier, A manifesto for an e-lending limitation in copyright, Jipitec 2014 s. 213-229 m. 70.

⁶⁵ Jf. C-174/15 VOB avsnitt 72.

⁶⁶ Se nærmere i blant annet Geiger and Jütte, Copyright as an Access Right: Concretizing Positive Obligations for Rightholders to Ensure the Exercise of User Rights, <https://communia-association.org/2024/03/13/copyright-as-an-access-right-concretizing-positive-obligations-for-rightholders-to-ensure-the-exercise-of-user-rights/> og Geiger, Copyright as an access right i Giblin og Weatherall (red.), What if we could reimagine copyright? 2017 s. 73-110.

En slik tilgangsrett til eksemplarer av digitale bøker for utlån støttes av grunnleggende rettigheter slik disse har kommet til uttrykk i EUs charter for grunnleggende rettigheter. Dette kan begrunnes i retten brukerne har til å ytre seg og til å motta og meddele informasjon etter EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 11.⁶⁷ EU-domstolen understreker i C-174/15 VOB viktigheten av utlån av digitale bøker og det bidraget en slik utlånsrett har for å fremme formidling av kultur.⁶⁸

EU-domstolen fremhever i sin nyere praksis at det ved tolkning av unntakene og avgrensningene i infocodirektivet artikkel 5 skal foretas en avveining mellom rettighetshavers eneretter og hensynet til ivaretagelsen av grunnleggende rettigheter som ytrings- og informasjonsfrihet.⁶⁹ Det fremheves her at katalogen av unntak og avgrensninger i artikkel 5 nr. 2 og 3 i seg salg har karakter av å være rettigheter for brukerne.⁷⁰

Det er ikke tvilsomt at folkebibliotekene gjennom å tilby utlån av sine samlinger, både fremmer hensynet til at alle skal kunne motta og formidle informasjon. Samtidig er retten til «tilgang» til informasjon først og fremst en rett til å motta («recieve») informasjon som avsender ønsker å formidle. De grunnleggende rettighetene innebærer derfor ingen generell rett til *tilgang* til informasjon som det offentlige besitter og enda mindre til tilgang til informasjon som private besitter.⁷¹ EU-domstolen er i sin praksis også klar på at de grunnleggende rettighetene i seg selv ikke kan danne grunnlag for avgrensninger i opphavsretten, men bare anvendes ved tolkning av andre rettsgrunnlag, for eksempel katalogen av unntak og avgrensninger i infocodirektivet artikkel 5.⁷²

EU-domstolen fremhever i C-174/15 VOB den tekniske utviklingen som et argument for å tolke utlånsbegrepet i utleiedirektivet artikkel 1 nr. 1 og 6 slik at det også omfatter visse former for digitale utlån. Det er også denne tekniske utviklingen som skaper behovet for en lovbestemt rett til tilgang til eksemplarer for utlån fra folkebiblioteker. Mens tilgang til fysiske bøker for utlån generelt ikke er noe problem, vil tilgang til digitale bøker gjerne være knyttet til en lisensavtale som begrenser muligheten for utlån. I noen tilfeller vil bibliotekene rent faktisk heller

⁶⁷ Jf. artikkel 11 nr. 1: «Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers».

⁶⁸ C-174/15 VOB avsnitt 51.

⁶⁹ C-469/17 Funke Medien avsnitt 76, C-516/17 Spiegel Online avsnitt 59. Se også C-476/17 Pelham avsnitt 34.

⁷⁰ Jf. C-469/17 Funke Medien avsnitt 70 og C-516/17 Spiegel Online avsnitt 54.

⁷¹ Se for eksempel Magyar Helsinki Bizottság v. Ungarn, 18030/11 avsnitt 156.

⁷² Jf. C-469/17 Funke Medien avsnitt 64, C-516/17 Spiegel Online avsnitt 49 og C-476/17 Pelham avsnitt 65.

ikke få tilgang til bøker på utgivelsestidspunktet. Dette reiser behovet for tilgang til eksemplarer for utlån uavhengig av avtale.

EU-domstolen utelukker i C-174/15 VOB ikke et unntak for utlån av eksemplarer som er anskaffet på andre måter enn ved avtale. Som redegjort for ovenfor i punkt 3.3.2, må et slikt unntak fra utlånsretten også anses å ligge innenfor artikkel 6 tolket i lys av tretrinnsstesten. I og med at en slik utlånsrett ikke bygger på avtale, vil som nevnt en plikt til levering i praksis være den eneste måten å realisere en slik utlånsrett.

Det er imidlertid et langt sprang fra dette til å konkludere med at utleiedirektivet artikkel 6 åpner for en begrensning av eneretten i form av en plikt til levering av eksemplarer for utlån. EU-domstolen legger til grunn at unntak og avgrensninger av enerettene i infosocdirektivet må finnes i katalogen av unntak og avgrensninger i artikkel 5.⁷³ Tilsvarende må også legges til grunn for avgrensninger av opphavsrettslige eneretter i andre direktiver. EU-domstolen har i flere avgjørelser videre uttalt at unntakene fra enerettene skal tolkes strengt for å verne rettighetshavers rettigheter.⁷⁴ I andre avgjørelser har EU-domstolen riktignok fremhevet at unntakene også skal tolkes slik at de kan oppfylle sitt formål.⁷⁵ Det går nok likevel en grense for hvor langt man kan gå i å tolke et rettsgrunnlag utvidende for å danne grunnlag for unntak og avgrensninger fra eneretten.

Utleiedirektivet artikkel 6 gir etter sin ordlyd medlemsstatene rett til å gjøre unntak fra eneretten til utlån. En lovbestemt leveringsplikt innebærer en begrensning i rettighetshavers rett til å bestemme om verket skal gjøres tilgjengelig for andre i form av levering til biblioteket samt en begrensning av rettighetshavers enerett til eksemplarfremstilling i form av bibliotekets lagring av de mottatte eksemplarene. En plikt til levering innebærer derfor strengt tatt ikke en begrensning av eneretten til utlån, men av eneretten til eksemplarfremstilling og eneretten til overføring til allmennheten. Det er ingenting i utleiedirektivet artikkel 6 og dens forhistorie som tilsier at den også omfatter rett til å gjøre unntak fra disse enerettene.

EU-domstolen har gjennom C-174/15 VOB imidlertid vist en vilje til å tolke artikkel 6 utvidende. Det finnes også andre avgjørelser om er tilbøyelig til å anerkjenne aksessoriske rettigheter som er nødvendig for å utøve en annen rettighet. I C-117/13 Eugen Ulmer legger EU-domstolen til grunn at et bibliotek kan gjøre verk fra egen samling tilgjengelig på terminaler som fysisk befinner seg i biblioteket etter unntaket i infosocdirektivet artikkel 5 nr. 3 bokstav n, uavhengig av om rettighetshaver har tilbudt lisens til e-bøker av de samme verkene.⁷⁶ Slike

⁷³ Jf. C-469/17 Funke Medien avsnitt 62 og C-516/17 Spiegel Online avsnitt 47.

⁷⁴ Se for eksempel C-5/08, Infopaq I avsnitt 56, C-435/12, ACI Adam avsnitt 22 og 30.

⁷⁵ Se for eksempel C-174/15 VOB avsnitt 50 og 51, C-201/13 Deckmyn avsnitt 23, forente saker C-403/08 og C-429/08 Premier League avsnitt 163 og C-117/13 Eugen Ulmer avsnitt 27 og 31.

⁷⁶ Jf. C-117/13 Eugen Ulmer avsnitt 35.

utlån forutsatte imidlertid at biblioteket fremstilte digitale eksemplarer av egne verk. En slik rett til eksemplarframstilling finnes i infosocdirektivet artikkel 5 nr. 2 bokstav c, som gir biblioteker og lignende institusjoner en rett til «specific acts of reproduction». EU-domstolen uttalte at bestemmelsen normalt ikke åpner for at biblioteker digitaliserte sine samlinger som helhet.⁷⁷ Det at digitaliseringen var nødvendig for å utnytte retten til tilgjengeliggjøring på terminaler i biblioteket, ble imidlertid ansett som tilstrekkelig spesifikt til at det oppfylte vilkåret om at eksemplarframstillingen måtte bestå i «specific acts».⁷⁸ EU-domstolen fremhever her at en rett til tilgjengeliggjøring etter artikkel 5 nr. 3 bokstav n «would risk being rendered largely meaningless, or indeed ineffective, if those establishments did not have an ancillary right to digitise the works in question».⁷⁹

Den omstendighet at eksemplarframstilling av samlingen er nødvendig for at biblioteket skal kunne benytte seg av retten til å tilgjengeliggjøre egne verk, fremheves med dette som et argument for at biblioteket også har en rett til eksemplarframstilling. Det er imidlertid en vesentlig forskjell mellom tilgang til eksemplarer for digitalt utlån som en aksessorisk rett og digitalisering av verk for tilgjengeliggjøring i terminaler på biblioteket, i den forstand at sistnevnte kan begrunnes i en spesifikk bestemmelse. Artikkel 6 gir som nevnt ingen holdepunkter for å innfortolke en rett til tilgang til digitale eksemplarer for utlån. Og det er heller ingenting i premissene i C-174/15 VOB som gir grunnlag for eller peker i retning av unntaket også omfatter pliktavlevering for å muliggjøre en rett til digitale utlån.

Selv om det er hensyn som tilsier en tilgangsrett til eksemplar for utlån fra offentlige bibliotek, er det vanskelig å konkludere med at det finnes rettsgrunnlag for dette per i dag. Dersom man skulle innfortolke en slik aksessorisk rett til tilgang til eksemplarer for utlån i retten til unntak fra utlånsretten i utleiedirektivet artikkel 6 uten et klarere grunnlag, løper man en risiko for at en slik regulering vil være i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser. En unntak fra eneretten som består i en lovbestemt plikt til avlevering av digitale bøker for utlån kan derfor ikke utledes av muligheten til å gjøre unntak fra eneretten til utlån etter utleiedirektivet artikkel 6. En slik tilgangsrett krever derfor et tydeligere EU-/EØS-rettslig grunnlag.

4 Oppsummering og konklusjon

EU-domstolens avgjørelse i C-174/15 VOB innebærer at eneretten til utlån i utleiedirektivet artikkel 1 nr. 1 og muligheten til å gjøre unntak fra denne eneretten i artikkel 6, også omfatter

⁷⁷ Op. cit. avsnitt 45.

⁷⁸ Op. cit. avsnitt 46 og 47.

⁷⁹ Op. cit. avsnitt 43.

digitale utlån av e-bøker og lydbøker som følger en «utlån per eksemplar»-modell. Dommen legger til rette for en konsumsjonsordning, hvor eneretten til digital utleie av e-bøker og lydbøker konsumeres når eksemplarene som lånes ute er overdratt med rettighetshavers samtykke. Kulturdepartementet legger i proposisjonen til forslag til ny åndsverklov til grunn at utlånsgrepet i åndsverkloven må tolkes utvidende i lys av C-174/15 VOB. Dette innebærer at innkjøpte digitale eksemplarer av digitale bøker kan lånes ut digitalt, uavhengig av avtalte utlånsgrensninger. En slik utlånsordning krever ikke lov- eller forskriftsendring.

Artikkel 6 åpner videre for utlån av digitale bøker som ikke er overdratt med rettighetshavers samtykke, forutsatt at utlånsordningen utformes på en slik måte at den tar hensyn til rettighetshavers legitime interesser. Artikkel 6 åpner derimot ikke for en lovbestemmelse om pliktavlevering av eksemplar for digitalt utlån. Bestemmelsen gir ingen holdepunkter for å innfortolke en slik rett. Det er heller ingenting i premissene i *VOB* som gir grunnlag for et slikt unntak. Selv om det er gode grunner for en tilgangsrett til eksemplar for utlån fra offentlige bibliotek, finnes det ikke tilstrekkelig grunnlag i rettskildene slik de foreligger i dag. En slik tilgangsrett vil kreve et tydeligere EU-/EØS-rettslig grunnlag.