

Sendt med e-post til postmottak@kud.dep.no

Kulturdepartementet
Postboks 8030 Dep
0030 OSLO

Oslo, 16. mars 2021

Innspill til gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet mv. i norsk rett

Vi viser til departementets invitasjon av 18. desember 2020 til å komme med innspill vedrørende gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet i norsk rett. Vi vil besvare og kommentere enkelte av spørsmålene departementet stiller. Våre medlemsorganisasjoner vil inngi egne innspill så langt de finner det ønskelig.

Innledningsvis vil vi peke på at gjennomføringen av direktivet bør bygge på størst mulig grad av samarbeid mellom de nordiske landene. Dette gjelder ikke minst bestemmelser som kan gjennomføres ved bruk av den nordiske avtalelisensordningen og som også befester denne ordningen. Dette gjelder særlig direktivets artikler 5 (om bruk av verk til undervisningsformål), 8–10 (om digitalisering og tilgjengeliggjøring av verk som er ute av handelen) og 12 (som gjelder generelt for avtalelisenser).

De nordiske landene har i mange tiår arbeidet for å få internasjonal aksept for bruk av avtalelisens. Når dette nå har lyktes gjennom vedtakelsen av digitalmarkedsdirektivet, legger vi stor vekt på at direktivet gjennomføres på en harmonisert måte i Norden. Det er maktpåliggende å ivareta de velfungerende ordningene som er utviklet og gi de kollektive forvaltningsorganisasjonene mulighet for å videreføre og videreutvikle avtaler på de ulike områdene.

Vi vil bemerke følgende til utvalgte artikler og tilhørende spørsmål:

Bruk av verk og andre beskyttede arbeider i grensekryssende opplæringsvirksomhet og åndsverklovens øvrige undervisningsbestemmelser (artikkel 5 og anmodningsvedtak ifm. åvl. § 43)

Spørsmålene 6–8

I gjennomføringen av direktivets artikkel 5 mener vi at utgangspunktet må være at den muligheten direktivet i artikkel 5.2 gir til generelt å gi avtaler om bruk forrang foran tvangslisensiering, såkalt «license override», utnyttes fullt ut. Det er dermed kun i svært begrenset grad behov for unntak i norsk lovgivning ved gjennomføringen av art. 5.

Dette innebærer at man tar utgangspunkt i de mulighetene som allerede er etablert i norsk rett for avtaler med avtalelisensvirkning for bruk av verk i undervisning (åvl. § 46), samtidig som man i lovproposisjonen klargjør at gjennomføringen av direktivet ikke innebærer noen endringer i vår nasjonale praksis. I bestemmelsen må det så stilles krav til at lisensieringsmuligheten må bekjentgjøres, og vi forutsetter at det vil være tilstrekkelig at avtaler og

MEDLEMSORGANISASJONER

Den norske Forfatterforening
Den norske Forleggerforening
Fagpressen
Forbundet Frie Fotografer
Forfatterforbundet
GRAFILL - Norsk organisasjon
for visuell kommunikasjon

Mediebedriftenes Landsforening
Musikkforleggerne
NOPA Norsk forening for
komponister og tekstforfattere
Norges Fotografforbund
Norsk faglitterær forfatter- og
oversetterforening

Norsk Journalistlag
Norsk Komponistforening
Norsk kritikerlag
Norsk Oversetterforening
Norsk Redaktørforening
Norsk Revyforfatterforening
Norsk Tidsskriftforening

Norske Barne- og
Ungdomsbokforfattere
Norske Billedkunstnere
Norske Dramatikeres Forbund
Norske Kunsthåndverkere
Ny Musikk Komponistgruppe

Postadresse

Postboks 1663 Vika, 0120 Oslo

Besøksadresse

Stortingsgata 22, Oslo

Tlf.: 23 10 74 00

kopinor@kopinor.no

Org.nr.: 964250340

www.kopinor.no

informasjon er lett tilgjengelig på forvaltningsorganisasjonenes nettsider, slik praksis er for Kopinors avtaler i dag.

For å oppfylle direktivets krav kan det i en ny bestemmelse i § 46 innføres en tvangslisens for bruk av verk til illustrasjon i undervisningen for de sjeldne tilfeller der det ikke skulle finnes lisensieringsmuligheter. Fra denne bestemmelsen unntas noter og materiale som er spesielt utarbeidet for undervisningsbruk.

Vederlag for bruk etter tvangslisensen kan fastsettes av vederlagsnemnda. Det vil være naturlig å ta utgangspunkt i avtalte satser for bruk som er lisensiert.

Det må også gis en regel om at bruk av materiale i lukkede nett av institusjoner som er etablert i Norge, enten i medhold av en avtale med avtalelisensvirkning eller tvangslisensen, skal anses å skje i Norge selv om bruken kan være grenseoverskridende. Dette samsvarer med etablert praksis for Kopinors avtaler i dag.

Spørsmålene 9–11

Som en oppfølging av Stortingets anmodningsvedtak 728 og 731 bør bestemmelsen i åvl. § 43 fjerde ledd om at fremføring og overføring i ordinær klasseromsundervisning anses å skje innenfor det private området, utgå. I lys av EU-domstolens praksis kan ikke enhver overføring i forbindelse med undervisning i et klasserom anses som foretatt innenfor det private område. Uttrykket «ordinær klasseromsundervisning» kan av vanlige brukere av loven lett oppfattes slik at det omfatter også tilfeller der overføring av verket skjer i flere klasser, enten samtidig eller etter hverandre, hvilket etter EU-domstolens praksis kan være en overføring til allmennheten. Bestemmelsen skaper også forvirring knyttet til reglene om eksemplarframstilling i undervisning.

Videre bør «og overføres til allmennheten» utgå fra § 43 første ledd. I vår høringsuttalelse fra 21. august 2016 ifm. høring om ny åndsverklov skrev vi følgende:

«Det er etter vår oppfatning riktig med en viss adgang til fri fremføring av verk i undervisning, men som tidligere spilt inn mener vi endring i teknologien gjør at bestemmelsen favner altfor vidt ved at også overføring av verk omfattes. Vi noterer oss at departementet sier at de «i denne omgang» ikke vil begrense bestemmelsen til fremføring kun for et tilstedeværende publikum. Vi oppfordrer departementet til å revurdere dette og uansett følge utviklingen nøye framover, siden endring i teknologi innebærer endring i måten opphavsrettslig beskyttet materiale «konsumeres» på, men ikke nødvendigvis endring i omfang. Det er viktig og nødvendig at åndsverkloven legger til rette for nye forretningsmodeller og ikke undergraver kollektiv forvaltning av rettigheter der det er hensiktsmessig.»

Strømming og overføring av verk i undervisning er i dag helt vanlig og erstatter i mange tilfeller vederlagpliktig eksemplarframstilling (utskrift eller nedlasting og digital lagring). Også virksomheter og organisasjoner har fra tid til annen behov for å overføre verk ved ulike typer arrangementer, både i og utenfor undervisningssituasjoner som kan hjemles i åvl. § 43. Avtalelisensbestemmelsene i åvl. §§ 46 og 47 bør endres med sikte på å inkludere slik tilgjengeliggjøring av verk for allmennheten og derigjennom tydelig legge til rette for lisensiering.

Bevaring av kulturarv (artikkel 6)

Spørsmålene 12–14

Vi kan ikke se at gjennomføring av direktivet gir behov for endringer i åvl. § 49. Etter åvl. § 23 vil fotografiske bilder omfattes, og det er dermed ikke nødvendig med noen endring for fotografiske bilder.

Definisjonen av «kulturarvsinstitusjon» i artikkel 6, jf. fortalen pkt. 13, sammenfaller etter vårt syn med institusjonene som omfattes av forskrift til åvl. § 1-1.

Felles bestemmelser (artikkel 7)

Spørsmål 15

Slik vi forstår artikkelen, må det i det enkelte EØS-land vurderes om gjennomføringen kan forsvares i lys av tretrinns-testen, siden landene har atskillig frihet til å definere unntakene og til å fastsette regler for kompensasjon. Etter tretrinns-testen vil f.eks. adgangen til unntak i utgangspunktet være større dersom det ytes vederlag. For norsk del vil det ved en videreføring av avtalelisensbestemmelsene neppe ha noen praktisk betydning.

Kulturarvinstitusjoners bruk av verk og andre beskyttede arbeider som ikke lenger er i handelen (artikkel 8)

Spørsmålene 16–20

Åvl. § 50 om avtalelisens for bruk av verk i arkiv, bibliotek og museer tilrettelegger for å inngå avtaler om alt utgitt materiale, norsk og utenlandsk, uavhengig av om det fortsatt er i eller ute av handelen. Denne bestemmelsen bør videreføres og dermed fortsatt muliggjøre avtaler som Bokhylla-avtalen mellom Nasjonalbiblioteket og Kopinor.

Vi antar derfor at artiklene 8–11 vil få liten relevans for bruk i Norge. Bestemmelsene vil kun være aktuelle dersom det er behov og interesse for klarering (mot vederlag) av grense-overskridende bruk, og da kun av verk som hovedsakelig er utgitt i Norge og som ikke lenger er i handelen. Det synes derfor hensiktsmessig med en minimumsimplimentering og at det gis en forskriftshjemmel til å fastsette mer detaljerte bestemmelser ved behov (ref. spørsmålene 18–20).

Det følger av art. 8 og art. 12 at rettighetshavere skal ha adgang til å nedlegge forbud mot bruk av sine verk (med unntak av tilfeller med krav om tvungen kollektiv forvaltning). Forbudsretten kan enten inntas i den generelle bestemmelsen om avtalelisens i åvl. § 63, eller i tilknytning til den enkelte lovbestemmelsen (se mer om dette nedenfor).

Bruk over landegrensene (artikkel 9)

Spørsmål 21

Se vår kommentar til artikkel 8 om minimumsimplimentering og forskriftshjemmel. Loven må åpne for at avtaler kulturarvsinstitusjonene inngår med rettighetshavere om verk som er ute av handelen, kan gi brukere i andre EØS-land tilgang til materialet – og at anvendelsen

betraktes som å gjelde her i landet. Dette fordrer imidlertid at institusjonene avtaler et vederlag som også dekker denne bruken.

Opplysningstiltak (artikkel 10)

Spørsmålene 22–23

Se vår kommentar til artikkel 8 om minimumsimplementering og forskriftshjemmel. Vi synes det er naturlig at Nasjonalbiblioteket blir ansvarlig institusjon for innmelding til den felleseuropeiske nettportalen.

Dialog mellom berørte parter (artikkel 11)

Spørsmål 24

Se vår kommentar til artikkel 8 om minimumsimplementering og forskriftshjemmel.

Avtalelisens (artikkel 12)

Spørsmålene 25–26

Direktivets artikkel 12 er en «mulighets-bestemmelse» som bekrefter at avtalelisens er en måte å forvalte rettigheter på. I Norge har vi for lengst innført bestemmelser både om avtalelisens for bestemte formål og generell avtalelisens som kan anvendes for spesielle formål. De spesifiseringer som dermed gjelder for adgangen til å inngå avtaler med avtalelisensvirkning, og de spesifiseringer som er forutsetninger for generelle avtalelisenser, tilfredsstiller etter vår mening direktivets krav. Også kravene som følger av godkjenningsordningen av organisasjoner som kan inngå avtaler med avtalelisensvirkning, tilfredsstiller etter vår mening direktivets krav. Direktivet peker imidlertid på at det bare er kollektive forvaltningsorganisasjoner som kan inngå slike avtaler, og dette må forstås på samme måte som i direktivet om kollektiv forvaltning.

Som vi påpekte i vårt høringssvar av 7. februar 2020 til ny lov om kollektiv forvaltning, bør det fortsatt være et vilkår for inngåelse av avtaler som utløser avtalelisens at avtalen inngås av en organisasjon som på området representerer et betydelig antall opphavere til verk som brukes i Norge og er egnet til å forvalte rettighetene på området. Det må være en forutsetning at rettighetshaverne eier eller kontrollerer organisasjonen, direkte eller gjennom medlemsorganisasjoner, altså en forening eller et samvirke. Den innflytelsen som de originære rettighetshaverne har gjennom sin medvirkning i organisasjonene, er et vesentlig grunnlag for avtalelisensens legitimitet. En stiftelse skal eksempelvis ikke kunne kvalifisere for å inngå avtaler som utløser avtalelisens, selv om den ikke er organisert med økonomisk vinning som formål. En slik begrensning gir digitalmarkedsdirektivets art. 12 rom for, siden artikkelen ikke er preseptorisk.

Vi kan etter dette ikke se at det er behov for endringer i de norske avtalelisensbestemmelsene, med unntak av lovfesting av retten til å nedlegge forbud. Vi antar at det verken er nødvendig eller logisk med en forbudsmulighet for bestemmelsen for undervisning (åvl. § 46) i og med at det etter artikkel 5 skal innføres et obligatorisk unntak for bruk av verk i digital og tverrnasjonal opplæringsvirksomhet dersom det ikke foreligger tilgjengelige

lisenser. Det er dessuten tillatt med nasjonale tvangslisenser for papirkopiering etter informasjonssamfunnsdirektivets art. 5, 2 a. For avtalelisensbestemmelsene i åvl. §§ 47 og 50 antar vi det må være anledning til å nedlegge forbud mot digital kopiering og bruk, noe som enten kan presiseres i den enkelte bestemmelse eller i § 63.

Gjeldende avtaler er tilgjengelig på Kopinors nettsted, og vi antar at en slik praksis imøtekommer direktivets krav uten behov for ytterligere foranstaltninger.

Det er viktig at allerede inngåtte avtaler må kunne fortsette uavbrutt.

For nye avtaler (som ikke er en forlengelse av eksisterende avtaler) som inngås, kan det eventuelt innføres en bestemmelse om «venteperiode» i de generelle vilkårene for avtalelisens, og at rettighetshavere skal informeres på hensiktsmessig måte. Dette mener vi fortrinnsvis bør skje gjennom organisasjonenes informasjonskanaler. Tilsvarende mener vi vil være tilstrekkelig og hensiktsmessig for kunngjøring av eventuelle forbud overfor bruker. Vi vil her særlig påpeke at direktivet ikke stiller krav om individuell informasjon til den enkelte rettighetshaver om nye avtaler.

Vern av pressepublikasjoner (artikkel 15)

Spørsmålene 32–34

Vi har notert oss med interesse at det i Danmark er foreslått å innføre en avtalelisensbestemmelse for lisensiering av pressepublikasjoner basert på den nye eneretten som skal innføres. Vi oppfordrer departementet til å se nærmere på en slik løsning også i Norge.

Bruk av beskyttet innhold av tilbydere av nettbaserte innholdsdelingstjenester (artikkel 17)

Spørsmålene 36–43

Vi finner det ikke naturlig å kommentere artikkel 17 nå, men vil forbeholde oss å kunne komme tilbake når EU-kommisjonens retningslinjer for gjennomføring av artikkelen foreligger. Generelt mener vi det vil være hensiktsmessig å legge seg tett opp til direktivteksten når det gjelder de detaljerte kravene. Vi oppfordrer likevel departementet til å vurdere en spesifikk avtalelisensbestemmelse også for denne formen for masseklarering, gjerne i samarbeid med de øvrige nordiske landene. Den generelle avtalelisensen vil kunne være et alternativ. Lovvalg og territorialitetsspørsmål bør inngå i en drøfting.

Annet

Tilgang til pliktavlevert materiale

Kopinor ber på nytt departementet om å innskrenke rekkevidden og praktiseringen av forskrift til åndsverkloven § 49, § 1-10 a og § 1-10 b om tilgang til pliktavlevert materiale. Vi har tidligere argumentert for at bestemmelsene ikke har tilstrekkelig hjemmel i åvl. § 49, og de er dessuten ikke forenelige med opphavsrettsdirektivet art. 5(3) bokstav a og bokstav n. Vi viser i den anledning til vedlagte notat av advokat Astri M. Lund oversendt Kulturdepartementet i 7. mars 2019. Forskriftsbestemmelsene harmonerer også dårlig med digitalmarkedsdirektivet, særlig for verk som fortsatt er i handelen. Direktivet legger gjennom

artikkel 12 til rette for avtalelisensbaserte løsninger, som kan gå lengre og gi en bedre samlet løsning enn artiklene 8–11 gjør for verk som er ute av handelen.

Nasjonal portal for informasjon

Vi ønsker også å spille inn at det bør etableres en nasjonal digital portal, f.eks. hos Patentstyret, som kan gi informasjon om lisensieringsmuligheter mv. og veilede nasjonale og utenlandske rettighetshavere og brukere til den rette forvaltningsorganisasjonen, i tråd med direktivets krav.

Vennlig hilsen

KOPINOR



Yngve Slettholm
administrerende direktør



Hege Døssland
avdelingsdirektør

Vedlegg:

Notat av advokat Astri M. Lund av 6. mars 2019 om Bruk av pliktavlevert materiale – forskriftsbestemmelsene og hjemmelen

Bruk av pliktavlevert materiale – forskriftsbestemmelsene og hjemmelen

Temaet i dette notatet er spørsmål vedrørende hjemmel – i åndsverkloven og i EU-direktiv – for endringene i forskriften til åndsverkloven (Kgl. res. 21. desember 2001 nr. 1563) som tillater digital tilgjengeliggjøring av pliktavlevert materiale fra Nasjonalbiblioteket ved strømming direkte til forskere og studenter tilknyttet universiteter og høyskoler og ellers til bestillere i offentlige bibliotek. Endringene ble vedtatt ved forskrift 1. juli 2018 nr. 1106 og satt i kraft samme dag. Endringene består i at forskriften § 1-10 annet ledd hvoretter annen bruk av pliktavlevert materiale enn den som er tillatt etter første ledd, «følger reglene i pliktavleveringsloven», ble byttet ut med to nye ledd (nedenfor markert i kursiv), og tilføyselsen av de nye § 1-10a og § 1-10b. Resultatet er som følger:

§ 1-10 Pliktavleverte åndsverk

For formål som angitt i lov 9. juni 1989 nr. 32 om avleveringsplikt for allment tilgjengelege dokument, kan mottaksinstitusjon:

- a) fremstille eksemplar av åndsverk som er avleveringspliktig og som de har i sine samlinger til konserverings- og sikringsformål etter reglene i § 1-3,
- b) fremstille eksemplar, også i andre format enn originaleksemplaret, av åndsverk som er avleveringspliktig og som de ikke har i sine samlinger, når slikt eksemplar ikke kan skaffes på utsalgssted eller fra utgiver, importør eller produsent,
- c) gjøre pliktavlevert åndsverk fra egen samling tilgjengelig på terminaler i institusjonens egne lokaler.

Nasjonalbiblioteket kan fremstille eksemplar av pliktavlevert dokument i andre formater enn originaleksemplaret for bruk omfattet av tredje ledd og forskriften § 1-10a og § 1-10b.

Nasjonalbiblioteket kan gjøre digitalt pliktavlevert dokument tilgjengelig for forskning og dokumentasjon i Nasjonalbibliotekets lokaler. Brukerne kan ikke ta digital kopi.

§ 1-10a. Pliktavlevert dokument til bruk i universitet og høyskoler for forskning og dokumentasjon

For forsknings- og dokumentasjonsformål kan Nasjonalbiblioteket stille pliktavlevert dokument fra egen samling til disposisjon gjennom fire digitale brukstillatelser for forskere og studenter som er tilknyttet universitet eller høyskole. Brukstillatelsene kan maksimalt benyttes av totalt fire samtidige brukere per dokument.

Brukerne kan ikke ta digital kopi.

§ 1-10b. Pliktavlevert dokument til bruk i offentlige bibliotek for forskning og dokumentasjon

For forsknings- og dokumentasjonsformål kan Nasjonalbiblioteket stille pliktavlevert dokument fra egen samling til disposisjon gjennom to digitale brukstillatelser til bruk i folkebibliotek, Stortingsbiblioteket, Sametingets bibliotek og andre offentlige bibliotek. Brukstillatelsene kan maksimalt benyttes av totalt to samtidige brukere per dokument. Brukstillatelsene stilles til disposisjon når brukeren har sendt elektronisk forespørsel til Nasjonalbiblioteket om å få tilgang til et dokument. Slik forespørsel skjer fra brukerens biblioteklokale.

Brukerne kan ikke ta digital kopi.

1. De nye forskriftsbestemmelsene

Pliktavleverte dokument som omfattes av de nye forskriftsbestemmelsene er åndsverk og andre arbeider som er vernet etter lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven) og avlevert etter reglene i lov 9. juni 1989 nr. 32 om avleveringsplikt for allment tilgjengelege dokument (pliktavleveringsloven). I det følgende omtales disse dokumentene oftest som pliktavlevert materiale. Et «dokument» er i pliktavleveringsloven § 3 definert som *«ei logisk avgrensa informasjonsmengd som er lagra på eit medium for seinare lesing, lyding, framsyning, overføring eller liknande»*. Avleveringsplikten gjelder når dokumentet er gjort tilgjengelig for allmennheten, men for dokument som er laget i utlandet gjelder avleveringsplikt bare når det *«er laga for norsk utgjevar eller særskilt tilpassa allmenta i Noreg»* (pliktavleveringsloven § 4 annet ledd).

Formålet med pliktavleveringsloven er *«å tryggja avleveringa av dokument med allment tilgjengeleg informasjon til nasjonale samlingar, slik at desse vitnemåla om norsk kultur og samfunnsliv kan verta bevarte og gjorde tilgjengelege som kjeldemateriale for forskning og dokumentasjon»* (pliktavleveringsloven § 1). Oppfyllelse av dette formålet er presentert som bakgrunn for forskriftsendringene.

Det nye i forskriften er at Nasjonalbiblioteket er gitt tillatelse til å gjøre pliktavlevert materiale i bibliotekets samlinger tilgjengelig på en slik måte at brukere kan få digital tilgang til materialet andre steder enn på terminaler i bibliotekets lokaler, og at biblioteket for dette formål og for tilgjengelig-gjøring i bibliotekets egne lokaler kan lage eksemplar også i andre format enn det materialet er avlevert i.

Fra før har Nasjonalbiblioteket ifølge forskriften til åndsverkloven adgang til for konserverings- og sikringsformål å fremstille eksemplar i annet format enn originaleksemplaret (forskriften § 1-3 tredje ledd) – også ved digitalisering – og har kunnet gjøre materialet tilgjengelig på terminaler i bibliotekets egne lokaler. De andre institusjonene som mottar materiale etter pliktavleveringsloven, har tilsvarende kunnet gjøre pliktavlevert materiale som de har mottatt, tilgjengelig i sine lokaler – digitalt når materialet er levert institusjonen i digitalt format eller institusjonen ellers har hatt adgang til å digitalisere det. Disse andre mottaksinstitusjonene er nå universitetsbibliotekene i Oslo, Bergen, Trondheim og Tromsø og i visse tilfelle Sametingets bibliotek.

Etter de nye reglene om tilgang gjennom en digital brukstillatelse skal brukere i sin alminnelighet kunne få tilgang ved bestilling i lokalene til folkebibliotek og andre offentlige bibliotek, og forskere og studenter tilknyttet universitet eller høyskole skal kunne få tilgang hvor som helst fra, altså også utenfor vedkommende institusjons lokaler. Dette siste blir det lagt til rette for ved at de ved å bruke innloggingstjenesten Feide kan få tilgang til dokument direkte ved hjelp av utstyret de kobler seg opp med. Tilgang skal gis bare til bruk for forskning eller dokumentasjon. Måten materialet gjøres tilgjengelig på medfører imidlertid ingen kontroll med hva materialet faktisk blir brukt til. Det er nok at brukeren ved et klikk har bekreftet at dette er formålet. Der er ingen kontroll med at det faktisk stemmer. Når tilgang gis utenfor institusjonens lokaler, mangler også det kontrollelementet som ligger i at brukeren må oppholde seg i lokalene.

Antallet samtidige brukstillatelser for ett og samme dokument for brukere andre steder enn i Nasjonalbibliotekets lokaler, som de nye reglene åpner for, er i sum seks. Det er fire brukstillatelser

for forskere og studenter tilknyttet universitet eller høyskole, som de ved oppkobling til Feide-systemet kan utnytte uavhengig av sted og tid, og to brukstillatelser som brukere kan få i de nevnte biblioteklokalerne. Dette kommer i tillegg til den tilgangen Nasjonalbiblioteket og mottaks-institusjonene i sine egne lokaler kan gi til pliktavlevert materiale de har i sine egne samlinger.

Her skal som en faktaopplysning tilføyes at ett og samme verk eller arbeid kan være gjengitt i flere dokument, og at nye utgaver av en bok vil utgjøre nye dokument som gjøres tilgjengelig i tillegg til dokumentet som gjengir første utgave av boken. For en del verk vil altså antallet samtidige brukere av samme dokument kunne være langt over seks.

Hjemmel for forskriftsbestemmelsene må finnes åndsverkloven (åvl.) § 49 *Bruk av verk i arkiv, bibliotek og museer mv.*:

Departementet kan i forskrift gi regler om rett for arkiv, bibliotek, museer og undervisnings- og forskningsinstitusjoner til å fremstille eksemplar av verk for konserverings- og sikringsformål, forskningsformål og andre særskilte formål. Bestemmelsen gjelder ikke for ervervsmessig bruk.

Departementet kan gi regler om at arkiv, bibliotek, museer og undervisningsinstitusjoner, ved hjelp av terminaler i egne lokaler, kan gjøre verk i samlingene tilgjengelig for enkeltpersoner når det skjer til forskningsformål eller private studieformål.

Denne paragrafen «viderefører» § 16 i den forutgående åndsverkloven (lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.), med «forskningsformål» tilføyd i første ledd.

Forskriftsbestemmelsene må ligge innenfor hva opphavsrettsdirektivet (direktiv 2001/29 om opphavsrett i informasjonssamfunnet) tillater av unntak fra og avgrensninger av opphavsretten og nærstående rettigheter som omfattes av åndsverkloven kapittel 2.

2. Har de nye forskriftsbestemmelsene tilstrekkelig hjemmel i åvl. § 49?

Svaret er at *forskriften § 1-10a og § 1-10b* ikke har det. Det skyldes rammene lovforarbeidene stiller opp for forskrifter som kan vedtas etter åvl. § 49 som ifølge i Prop. 104 L (2016–2017) er en videreføring av bestemmelsene i den tidligere åndsverkloven § 16 som hjemlet forskriftsregler om adgang for arkiv, bibliotek, museer og undervisnings- og forskningsinstitusjoner til «for konserverings- og sikringsformål og andre særskilte formål» å fremstille eksemplar av åndsverk og andre arbeider som er vernet etter åndsverkloven. Rammene, som følger av Ot.prp. nr. 46 (2004–2005), innebærer at i forskrift som tillater at pliktavlevert materiale i Nasjonalbibliotekets samlinger gjøres digitalt tilgjengelig utenfor Nasjonalbibliotekets lokaler, må det settes som vilkår at et annet bibliotek bestiller materialet særskilt for en bestemt bruker og gir bare denne brukeren tilgang til materialet og da på en dataterminal i dette biblioteket. Det synes også som en slik ordning må begrenses til å gjelde tilgang i lokalene til universitets- og høyskolebibliotek.

Den eneste endringen som er gjort i den nye åndsverkloven § 49 sammenholdt med § 16 i den tidligere loven, er som nevnt at *forskningsformål* nå er uttrykkelig nevnt i lovteksten. Forskning var i § 16 omfattet av «særskilte formål». Redegjørelsen i Prop. 104 L (2016–2017) om åvl. § 49 som en *videreføring* av de eldre bestemmelsene, og om betydningen av denne endringen, har et innhold som ikke gir grunnlag for en utvidelse av rammene slik at pliktavlevert materiale kan tilgjengeliggjøres på de måter som forskriften § 1-10a og § 1-10b tillater. (Regler om bruk av pliktavlevert materiale er

overhode ikke nevnt i proposisjonen.) Hverken i Prop. 106 L (2014–2015) om endringer i pliktavleveringsloven eller i Prop. 104 L (2016–2017) om ny åndsverklov er det sagt noe som endrer premissene fra 2005, og det er derfor disse som fortsatt må legges til grunn når det i forskrift til åndsverkloven gis bestemmelser om bruken av pliktavlevert materiale.

Et vesentlig element i opptrekkingen av disse rammene var bestemmelser i opphavsrettsdirektivet (direktiv 2001/29 om opphavsrett i informasjonssamfunnet) om hvilke unntak eller avgrensninger av eneretten til eksemplarframstilling (herunder digitalisering) og digital tilgjengeliggjøring som er tillatt å fastsette i nasjonal lovgivning. Bestemmelsene det ble vist til, var *opphavsrettsdirektivet artikkel 5(2)(c) og 5(3)(n)* som tillater regler om at offentlig tilgjengelige bibliotek og utdanningsinstitusjoner, museer og arkiver kan utføre «særskilte reproduksjonshandlinger», hhv. om at slike institusjoner kan gjøre materiale i sine samlinger tilgjengelig for enkeltpersoner for forskning og private studier på dertil innrettede terminaler i institusjonens lokaler. I sammenhengen ble det lagt vekt på påpekningen i *fortalen punkt 40* om at regler som tillater bibliotek og arkiv å fremstille eksemplarer av og overføre verk og andre vernede arbeider til allmenheten, ikke bør omfatte bruk i forbindelse med online-levering. For reglene gjelder også at de må bestå den såkalte *tretrinns testen* i direktivet artikkel 5(5), i Bernkonvensjonen og i TRIPS-avtalen. Kravene i *tretrinns testen* er at reglene skal gjelde bare for visse særlige tilfelle som ikke er i strid med en normal utnyttelse av et verk eller annet beskyttet arbeid og ikke fører til urimelig skade for rettighetshavernes rettmessige interesser.

Det skal tilføyes at gode grunner taler for at det innenfor rammen av åvl. § 49 kan være rom for å tillate at Nasjonalbiblioteket gjør pliktavlevert materiale i sin samling digitalt tilgjengelig for forskning og dokumentasjon ved dertil innrettede terminaler i lokalene til de andre institusjonene som etter pliktavleveringsloven mottar pliktavlevert materiale (mottaksinstitusjonene).

De nye bestemmelsene i *forskriften § 1-10 annet og tredje ledd* kan så langt de gjelder tilgjengeliggjøring på terminaler i Nasjonalbibliotekets lokaler, uten videre godtas som hjemlet i åvl. § 49.

3. Tillater EU-direktivene om opphavsrett og nærstående rettigheter at det innføres rettsregler med innhold som i de nye forskriftsbestemmelsene?

Bestemmelsene i *forskriften § 1-10a og § 1-10b* er ikke forenlige med opphavsrettsdirektivet. For *forskriften § 1-10 annet og tredje ledd* er vurderingen av forholdet til EU-direktivet den samme som hva gjelder forenligheten med åvl. § 49.

Som EU-rettslig ramme for å kunne gi de nye forskriftsbestemmelsene har departementet ved høringen av endringsforslaget vist til bestemmelser i opphavsrettsdirektivet som tillater unntak eller avgrensninger av rettighetene til eksemplarframstilling og til overføring til allmenheten. Bestemmelsene det ble vist til er **opphavsrettsdirektivet artikkel 5(3)(a) og 5(3)(n)** og den foran omtalte *tretrinns testen*. Dessuten nevnes der **opphavsrettsdirektivet artikkel 9** som ifølge departementet innebærer at regler om pliktavlevering «*kan anvendes uten hinder av direktivet*». Fortalen punkt 40 og artikkel 5(2)(c) er ikke nevnt.

Regelen i **artikkel 9** går ut på at direktivet ikke berører bestemmelser som særlig gjelder «lovfestede krav om pliktavlevering» («legal deposit requirements»). Det sikter til regler om *pliktavlevering*, ikke til regler om *bruken* av det pliktavleverte materialet, som er temaet for reglene i forskriften til åndsverkloven. Opphavsrettsdirektivet artikkel 9 gir ikke rom for de nye forskriftsbestemmelsene.

Opphavsrettsdirektivet **artikkel 5(3)(a)** gjelder bestemmelser som tillater eksemplarframstilling og overføring «*utelukkende til illustrasjonsformål i undervisning eller vitenskapelig forskning*». Det er en regel om bruk som skjer i den enkelte, konkrete undervisnings- eller forskningsaktiviteten og utøves av den som bedriver undervisningen eller forskningen. Det er ikke hva Nasjonalbiblioteket gjør når biblioteket tilgjengeliggjør materiale etter bestemmelsene i forskriften § 1-10, § 1-10a eller § 1-10b; da er det biblioteket som fremstiller eksemplar og som gjør verk og andre vernede arbeider tilgjengelig for allmennheten ved overføring. For ordens skyld skal påpekes at det bare er bruk «til illustrasjonsformål» i undervisningen eller forskningen, som omfattes av denne direktivbestemmelsen.

Når forskriftsbestemmelsene ikke kan tillates etter artikkel 5(3)(a) (enn si etter artikkel 9), står man igjen med de samme EU-rettslige rammene som er lagt til grunn i forarbeidene til åndsverkloven og er omtalt foran, nemlig artikkel 5(2)(c) og 5(3)(n) og tretrinns testen, samt fortalen punkt 40.

Artikkel 5(3)(n) tillater regler om at offentlig tilgjengelige bibliotek og utdanningsinstitusjoner, museer og arkiver ved hjelp av «egne terminaler» («dertil indrettede terminaler») i institusjonens lokaler gjør materiale i institusjonens egne samlinger tilgjengelig «for enkeltpersoner for forsknings- eller private studieformål». I forskriftsbestemmelsene er det ikke et krav at tilgangen skal gis på terminaler som nevnt, og etter forskriften § 1-10a er det heller ikke nødvendig at brukeren befinner seg i institusjonens lokaler. Ordningen med tilgang gjennom brukstillatelser og strømming kan ikke sees å møte de rammene slike terminaler og deres plassering gir hva gjelder kontroll med bruken og hindring av misbruk. En vesentlig grunn til å begrense tilgangen slik at den kun gis i bibliotekenes lokaler, er at innvirkningen som bibliotekstjenestene har på markedet for salg og lisensiering av materialet blir langt mindre enn om bibliotekene kan gi tilgang også andre steder. Det er et hensyn som ikke minst er relevant når materialet er pliktavlevert.

Tilgjengeliggjøring mellom institusjoner ved at det på terminal i den ene institusjonens lokaler gis direkte tilgang til verk i en annen institusjons samling, er ikke omfattet av artikkel 5(3)(n). Også av den grunn kan ikke forskriften § 1-10a og § 1-10b tillates etter artikkel 5(3)(n).

Også fortalen punkt 40 er en grunn til at disse bestemmelsene faller utenfor hva opphavsrettsdirektivet tillater. Her skal minnes om at fortalen punkt 40 gjelder for enhver fribruksbestemmelse som gir bibliotek tillatelse til å fremstille eksemplar av verk eller annet beskyttet arbeid og å overføre slikt materiale til allmennheten.

Ovenstående representerer på ingen måte en umoderne EU-lovgivning. I forslaget til direktiv om opphavsretten i et «digital single market» (DSM-direktivet) er reglene som åpner for tillatelse for biblioteker, museer og arkiver til å fremstille eksemplar av og tilgjengeliggjøre åndsverk og andre beskyttede arbeider for allmennheten, begrenset til å gjelde det som ikke er i handelen («out of commerce»), og bruken som tillates skal når det er mulig, skje etter avtale med representativ organisasjon, som utløser avtalelisens.

Min vurdering er at bestemmelsene i forskriften § 1-10a og § 1-10b ikke ligger innenfor reglene i opphavsrettsdirektivet artikkel 5(3)(a) hhv. artikkel 5(3)(n) og at de dessuten ikke består tretrinns testen.

Kravene i **tretrinns testen** for å tillate regler som gjør unntak i eller avgrenser den opphavsrettslige eneretten, er som nevnt at reglene «*får anvendelse bare i visse særlige tilfeller som ikke er i strid med en normal utnyttning av et verk eller et annet beskyttet arbeid og ikke fører til urimelig skade for rettighetshaverens rettmessige interesser*».

Når jeg finner at reglene i forskriften § 1-10a og § 1-10b ikke oppfyller disse vilkårene, skyldes det måten tilgangen gis på, bredden den har og omfanget av materialet som gjøres tilgjengelig. Fremgangsmåten for å få tilgang er enkel – for forskere og studenter med tilknytning til universitet eller høyskole endog lettvin. De får tilgang så godt som hvor som helst fra og til alle døgnets tider, også ved bruk av sitt eget utstyr. Andre brukere kan oppsøke et folkebibliotek eller annet offentlig bibliotek, herunder et universitets- eller høyskole bibliotek. Antallet samtidige brukstillatelser – fire etter § 1-10a pluss to etter § 1-10b – i *samme dokument* er tilstrekkelig stort til at det for mange emner og forskningsfelt kan dekke de aktuelle brukernes behov. Så lettvin og nær som tilgangen etter § 1-10a er, kan den lett fylle også behov for tilgang for andre formål enn forskning og dokumentasjon, og det samme vil vel også kunne skje i forbindelse med tilgang fra bibliotek etter reglene i § 1-10b. Men også uavhengig av slike avvik, vil tilgangen etter disse bestemmelsene kunne erstatte anskaffelse av materiale ved kjøp eller lisensavtaler og annen tilgang som rettighetshaverne har tilrettelagt for eller vil kunne gi på måter som er egnet til å imøtekomme behovene for forskning og dokumentasjon. For å gi et fullstendig bilde av den digitale tilgangen nevner jeg også tilgangen til pliktavleverte dokument i Nasjonalbibliotekets lokaler etter forskriften § 1-10 tredje ledd, og at et verk kan være gjengitt i flere pliktavleverte dokument, med de muligheter det gir for enda flere samtidige tilganger til *samme verk*. Selv under forutsetning at bruken faktisk skjer bare for forskning og for dokumentasjon, vil tilgjengeliggjøringen kunne komme i direkte strid med eller erstatte normal utnyttelse av betydelige deler av materialet, herunder utnyttelse gjennom avtaler med avtalelisensvirkning, andre kollektive avtaler eller individuelle avtaler, samt salg av materiale, og føre til urimelig skade for mange rettighetshaveres interesser.

I forarbeidene til åndsverkloven har departementet lagt vekt på hensynet til rettighetshavernes muligheter hva gjelder å utnytte verkene og arbeidene, også på nye måter. Nå velger departementet å innføre en ordning, for så å se hvordan den virker. Å vurdere om ordningen når den er satt i verk, faktisk skader rettighetshavernes muligheter for utnyttelse av materialet, vil kreve en vurdering av årsakene til at annen utnyttelse reduseres eller nye utnyttelsesformer ikke tas i bruk. Det vil – som ellers når man skal bevise at noe *ikke* har skjedd og årsaken til det – være mildt sagt vanskelig.

Avslutningsvis tillater jeg meg å stille spørsmål om det er faktisk slik at pliktavleveringslovens formål om *bevaring* for å gjøre materialet tilgjengelig for forskning og dokumentasjon, skal kunne begrunne en så vid og enkel tilgang også til materiale som samtidig er tilgjengelig på ordinært vis – og den negative særbehandlingen som norsk materiale med dette blir gjenstand for.