

Nasjonalbibliotekets innspill til digitalmarkedsdirektivet

Under følger Nasjonalbibliotekets innspill til digitalmarkedsdirektivet.

Digitalmarkedsdirektivet

Digitalmarkedsdirektivet ([\(EU\) 2019/790](#)) har som formål å gjennomføre en ytterligere harmonisering av regelverket om opphavsrett og nærstående rettigheter i det indre marked, særlig når det gjelder digital og grensekryssende bruk av beskyttet innhold. En overordnet gjennomgang av bestemmelsene i direktivet finnes i [EØS-notatbasen](#).

Fremstilling av eksemplarer for tekst- og datautvinning (artikkel 3 og 4)

Artikkel 3 regulerer tekst- og datautvinning til forskningsformål. Det skal innføres et unntak fra eneretten for eksemplarfremstilling og uttrekk av verk utført av forsknings- og kulturavinstusjoner. Vilåret er at institusjonen har lovlig tilgang til verket eller materialet og at formålet er tekst- og datautvinning for vitenskapelig forskning. Et mer generelt unntak for tekst- og datautvinning finnes i artikkel 4. Dette unntaket kommer bare til anvendelse i de tilfeller rettighetshaveren ikke uttrykkelig har nedlagt forbud mot slik bruk.

I åndsverkloven gjelder flere av avgrensingsreglene også for fotografiske bilder med vern etter åndsverkloven § 23. Fotografiske bilder er ikke vernet på EU-nivå og omfattes derfor ikke av unntakene i direktivets artikkel 3 og 4.

Generell kommentar: De nye unntakene etablert i digitalmarkedsdirektivet art. 3 og 4 for tekst- og datautvinning har et stort potensiale for å fremme slik aktivitet i Norge. Nasjonalbiblioteket føler det kan ha en sentral rolle her ved at Nasjonalbibliotekets samlinger kan legges til rette for slik allmenntilgjengelig bruk i samsvar med opphavsretten. Nasjonalbiblioteket vil samtidig fremheve at valgene som gjøres i implementeringsprosessen kan ha sterkt begrensende effekt på slik aktivitet.

To grunnleggende poenger er viktige å få frem om de nye bestemmelsene. For det første er tekst og datautvinning ikke noe nytt, men en aktivitet som allerede skjer i dag i stor skala. Altså selv om en følelse av at disse unntakene innebærer noe nytt og skremmende kan være forståelig er den nok allikevel ikke veldig treffende. Et annet viktig poeng er hvilken effekt de nye unntakene vil ha for rettighetshavernes interesser. En ofte gjentatt frase i tiden som ledet opp til digitalmarkedsdirektivet var at «A right to read is the right to mine».¹ Det sentrale punktet i denne tilnærmingen var at det å lese en bok ikke var en opphavsrettslig relevant handling uansett om det ble gjennomført av en maskin eller et menneske. Tilnærmingen la også til grunn en forståelse av at tekst- og datautvinning ikke utnytter verkene som verk, men som grunnlag for avledet informasjon som korrelasjoner og

¹ Se f.eks. Open Knowledge Foundation, The Right to Read Is the Right to Mine (2012): <https://blog.okfn.org/2012/06/01/the-right-to-read-is-the-right-to-mine/>

mønstre.² Tilnærmingen vant ikke gjennom i arbeidet med direktivet på hovedpunktet, men forklarer en grunnleggende forskjell i den typen bruk art. 3 og 4 unntar og andre opphavsrettslig relevante handlinger som også direktivet anerkjenner. Dette er ikke en form for bruk som konkurrerer med rettighetshavers interesser direkte. Dette reflektere f.eks. i det fremtredende fokuset på sikkerhetstiltak rundt materialet som fremstilles med hjemmel i art. 3 og 4 slik at det ikke blir gjenstand for ordinær opphavsrettslig bruk. Som fortalepunkt 17 fremhever anser lovgiver på EU-nivå at den potensielle skadevirkningen av unntaket i art. 3 vil være «minimal».

Det sentrale kriteriet for om tekst- og datautvinning kan gjennomføres er om den som gjennomfører aktiviteten har lovlig tilgang til materialet. Forståelsen av begrepet lovlig tilgang er derfor sentralt for at løsningen som implementeres skal ha ønsket effekt.

Forsknings- og kulturarvinstitusjoner har lovlig tilgang til materiale i deres samlinger, materiale de har tilgang til gjennom avtale og kontrakt, som abonnementsordninger, materiale tilgjengelig på «open access»-ordninger og materiale åpent tilgjengelig på internett, jf. fortalepunkt 14. At forsknings- og kulturarvinstitusjoner samt personer med tilknytning til disse har tilgang til institusjonenes samlinger fremgår også klart av fortalepunkt 14. For institusjonens abonnement som gir lovlig tilgang til materiale skal både institusjonen og personer tilknyttet den kunne utføre tekst- og datautvinning. Både ansatte, studenter og andre som har akkreditert tilgang bør anses som tilknyttet institusjonen. Dette bør også gjelde ansatte og studenter tilknyttet andre institusjoner underlagt art. 3 i samarbeidsprosjekter. Dette er sentralt for at ulike forsknings- og kulturarvsinstitusjoner skal kunne gjennomføre prosjekter i fellesskap. I tillegg skal materiale som er åpent tilgjengelig på internett regnes som materiale man har lovlig tilgang til. Dette gjelder både for begunstigede under art. 3 og 4, jf. fortalepunkt 14 og 18. I prinsippet bør dette forstås slik at alle i prinsippet har lovlig tilgang til materiale åpent tilgjengelig på internett, men for andre enn begunstigede under art. 3 kan rettighetshavere ekskludere slik bruk av deres materiale, jf. art. 4 (3) og fortalepunkt 18.

Utover dette blir bildet mer uklart. Når har en tredjepart lovlig tilgang til forsknings- og kulturarvinstitusjonene sine samlinger? Det er også en problemstilling her at art. 3 og 4 ikke hjemler overføringshandlinger gjennom et unntak fra InfoSoc art. 3. Nasjonalbiblioteket mener hjemlene for forskning og dokumentasjon i pliktavleveringslova, arkivlova og forskriften til åndsverkloven §§ 1-9, 1-10, 1-10a og 1-10b også burde omfatte tekst- og datautvinning. Dette vil dekke en del tilfelle av allmenntilgjengelig tekst og datautvinning. Videre kan det tenkes løsninger for tekst- og datautvinning der det praktisk ikke skjer overføringshandlinger. Dette kan gjelde i tilfeller der man gis avstandstilgang til veldefinerte funksjonelle plattformer innenfor institusjonene der man kan trenere modeller mens innholdet materialet trenes på ikke deles eller overføres. For effektiv tekst- og datautvinning er samlokalisering av data og prosessorkraft også sentralt. Det er derfor viktig at man

² Hugenholtz, The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4), Kluwer Copyright Blog (2019): <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright-directive-text-and-data-mining-articles-3-and-4/>>

legitimt kan samlokalisere data og prosessorkraft, om det er fysisk ved supercomputere eller digitalt i skyen.

Nasjonalbiblioteket vil her fremheve behovet for hjemler for å muliggjøre allmennyttig aktivitet på kulturarvinstitusjonene sine samlinger. Nasjonalbiblioteket selv sitter på en bred samling av materiale som gir enestående muligheter til allmennyttig tekst- og datautvinning, men for å muliggjøre slik allmennyttig aktivitet er det sentralt at det foreligger hjemler til å gi lovlig tilgang til dette materialet.

De siste årene har man sett en akselererende utvikling av teknologi med funksjonalitet som bedre forstår innhold, f.eks. maskinlæring for språk. Slik teknologi har behov for til dels store mengder innhold for at den skal læres opp godt nok. For volummessig store språk og kulturer er det ofte mulig å høste slikt innhold digitalt fra Internett, mens for mindre språk og kulturer som norsk og Norge må man gjerne søke andre innholdskilder. Her representerer digitale samlinger i kulturarvinstitusjoner en spesielt viktig ressurs. Erfaring fra Nasjonalbiblioteket viser at slike samlinger, både i form av selve innholdet, og også i form av metadata, kan gjøre det mulig å bygge systemer på kunstig intelligens som yter på nivå med det beste for språk som engelsk. For å sikre en utvikling for norsk og norsk kultur, spesielt innenfor utvikling av kunstig intelligens, er det viktig å sikre en god tilgang til mest mulig av de digitale samlingene i kulturinstitusjonene.³

Nasjonalbiblioteket vil uttrykke tydelig interesse for å bidra til en samtale om hvordan disse bestemmelsene best kan gjennomføres i norsk rett, teknisk, juridisk og praktisk.

Et annet sentralt tema er forholdet mellom art. 3 og 4 og forholdet mellom de ulike begunstigede under disse. Det fremgår av fortalepunkt 11 at unntaket i art. 3 også skal dekke forskningsaktivitet som skjer innenfor rammene av et såkalt «public-private partnerships». Forsknings- og kulturarvinstitusjoner skal også kunne la tekst- og datautvinning skje gjennom private samarbeidspartnere, og skal kunne basere seg på deres verktøy for å gjennomføre slik aktivitet, jf. fortalepunkt 11. Det er viktig at de begunstigede under art. 3 nyter godt av denne hjemmelen for sin egen aktivitet også i tilfellene de samarbeider med parter som faller innenfor art. 3, parter som faller utenfor art. 3 og der de benytter andre private tjenesteytere til å gjennomføre tekst- og datautvinningen. Kun i de tilfelle der en enkelt kommersiell part som faller utenfor art. 3 har en dominerende posisjon i samarbeidet, samt en preferensiell tilgang til resultatet av tekst- og datautvinningen, slik at de begunstigede under art. 3 på mange måter tilrettelegger for denne aktiviteten for en part som faller inn under art. 4, bør art. 3 ikke komme til anvendelse, jf. fortalepunkt 12.

Det er også et spørsmål om hvilken effekt en ulik tilnærming til implementeringen av art. 3 og 4 vil få. Hvis man legger til grunn at samarbeid mellom begunstigede under art. 3 og 4 er positivt og kan gi allmennyttige resultater bør det gjøres minst mulig forskjeller i implementeringen av de to unntakene for å muliggjøre slikt samarbeid. Hvor større forskjellene i implementeringen av art. 3 og 4 blir, hvor vanskeligere blir det å gjennomføre slik aktivitet i samarbeid mellom de begunstigede under art. 3 og 4. Det bør derfor så langt

³ Se utdypning av dette i Vedlegg 1.

som mulig unngås at det blir forskjeller i regelverket for de begunstigede under art. 3 og 4, utover de tilfellene det er uttrykkelig pålagt av direktivets tekst (f.eks. eksklusjonsrett).

Spørsmål:

1. *Bør bestemmelsene som skal gjennomføre unntakene i artikkel 3 og 4 også gjelde for fotografiske bilder som har vern etter åndsverkloven § 23, selv om det ikke følger av direktivet?*

Svar: Som departementet helt riktig fremhever er ikke fotografisk bilder regulert i digitalmarkedsdirektivet. Dette er av åpenbare grunner fordi en naborett til fotografiske bilder ikke er regulert på EU-nivå (med unntak av tillatelsen til å ha en slik rettighet nasjonalt i vernetidsdirektivet). Beskyttelsen av retten til eget bilde er derfor etablert i nasjonal rett, og norsk lovgiver er ikke pålagt en spesifikk regulering av denne rettigheten fra EU-nivå. Det er allikevel flere gode grunner til å ikke etablere en egen løsning for fotografisk bilde i norsk rett med tanke på tekst og datautvinning:

- (1) Direktivet etablerer et unntak for tekst og datautvinning av fotografiske verk.
 - (2) Direktivet fremhever at datautvinning av fotografier som en relevant form for datautvinning, jf. fortalepunkt 8.
 - (3) Tekst- og datautvinning av fotomateriale er en naturlig og fruktbar form for tekst- og datautvinning. Sammenhengen mellom tekst og bilde er ofte interessant og relevant for denne typen analyser, f.eks. for å automatisk generere metadata til store bildesamlinger.
 - (4) Skillet mellom fotografiske verk og bilde som må gjøres i store fotosamlinger hvis de unntakene i art. 3 og 4 ikke innføres også for fotografiske bilder er ikke praktisk. Det må da gjennomføres en verkshøyde vurdering, som i prinsippet må gjennomføres individuelt for hvert bilde.⁴ Siden overvekten av fotografi i kulturarvinstitusjoners samlinger generelt må anses å være fotografiske bilder vil dette også bety at store deler av fotosamlingene til kulturarvinstitusjoner ikke vil kunne benyttes til tekst- og datautvinning.⁵ Dette vil av naturlige grunner lede til at de begunstigede, herunder forsknings- og kulturarvinstitusjoner, unngår slik aktivitet.
-
2. *Skal bestemmelsene tolkes slik at eksemplar fremstilling og uttrekk til tekst- og datautvinningsformål kan gjøres av alt materiale som er åpent tilgjengelig på Internett?*

Svar: Tekst- og datautvinning kan gjennomføres på materiale man har lovlig tilgang til. Direktivets fortalepunkt 14 gjør det klart at dette for art. 3 sin del inkluderer ikke bare

⁴ Se Per Olav Torgnesskar (Red.), "Fotojuss for arkiv, bibliotek og museum" ABM-skrift #72 (2012) s. 22 <https://www.kulturradet.no/vis-publikasjon/-/fotojuss-for-arkiv-bibliotek-og-museum>

⁵ Per Olav Torgnesskar (Red.), "Fotojuss for arkiv, bibliotek og museum" ABM-skrift #72 (2012) s. 21: <https://www.kulturradet.no/vis-publikasjon/-/fotojuss-for-arkiv-bibliotek-og-museum>

materiale som er åpent tilgjengelig på internett, men også materiale tilgjengelig på fribrukslisenser og materiale tilgjengelig gjennom abonnement:

«Lawful access should be understood as covering access to content based on an open access policy or through contractual arrangements between rightholders and research organisations or cultural heritage institutions, such as subscriptions, or through other lawful means. For instance, in the case of subscriptions taken by research organisations or cultural heritage institutions, the persons attached thereto and covered by those subscriptions should be deemed to have lawful access. Lawful access should also cover access to content that is freely available online.»

Fortalepunkt i EU-lovgivning er ikke rettslig bindende, men gir et klart uttrykk for lovgivers klare intensjon om hvordan bestemmelsen skal tolkes. Hvis spørsmålet skulle reises for EU-domstolen kan det legges til grunn at denne uttalelsen i fortalen vil tillegges stor vekt.⁶ Norsk lovgiver bør gjøre det samme i implementeringen av direktivet og gjøre det klart at materiale man har lovlig tilgang til inkluderer både materiale tilgjengelig f.eks. gjennom «open access»-ordninger og abonnementsordninger, samt materiale åpent tilgjengelig på internett.

Den fremste juridiske problemstillingen rundt dette spørsmålet blir gjerne en annen, hva ligger i lovlig tilgang, herunder materiale åpent tilgjengelig på internett. Her bør det tas med i betraktningen at art. 3 har forrang foran motstridende avtalevilkår og hjemler omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer også for materiale gjort tilgjengelig på forespørsel under avtalevilkår, jf. direktivets art. 7. Avtalevilkår som utelukker tekst- og datautvinning til materiale man ellers har lovlig tilgang skal ikke ha rettslig effekt. Altså vil alt materiale man har lovlig tilgang til, inkludert materiale man har tilgang til gjennom abonnement og materiale som ligger åpent på nettet, være tilgjengelig for tekst- og datautvinning for forsknings- og kulturarvinstitusjoner, samt personer tilknyttet disse, jf. talepunkt 14.

Et spørsmål er hva som skal ligge i åpent tilgjengelig på internett for art. 3. Siden art. 3 har forrang for avtalevilkår, hjemler omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer og det ikke er noen reservasjonsrett fra art. 3 virker det klart at også materiale som er teknisk reservert fra bruk under art. 4 f.eks. gjennom robot.txt protokoller bør omfattes. Altså bør grensedragningen for art. 3 ligge i hva rettighetshaver velger å dele åpent på nett, eventuelt hva man begrenser tilgangsgruppen til. Materiale unntatt fra begrepet åpent tilgjengelig på nett bør derfor gjelde materiale med en tilgangsbegrensning i form av betalingsmur eller passordbeskyttelse. Noe annet ville bety å innføre en reservasjonsrett også fra art. 3. Samtidig kan materiale underlagt tilgangsbegrensning være tilgjengelig gjennom abonnementsordninger og «open access»-ordninger, slik at det allikevel faller inn under materiale man har lovlig tilgang til.

⁶ Se f.eks. EUROPEAN COMMISSION SERVICE JURIDIQUE - QUALITY OF LEGISLATION TEAM, Complexity of EU law in the domestic implementing process (2014) s. 9: https://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/20140703_baratta_speech.pdf

For art. 4 må det også legges til grunn at materiale åpent tilgjengelig på internett kan benyttes til tekst- og datautvinning. Fortalepunkt 18 gjør det klart at materiale åpent tilgjengelig på internett også vil regnes som materiale man har lovlig tilgang til for unntaket i art. 4. Det samme bør gjelde for materiale som er tilgjengelig gjennom «open access»-ordninger og abonnementsforhold. Generelt bør det være så få forskjeller på implementeringen av bestemmelsene i art. 3 og 4 som mulig for å muliggjøre allmennyttig samarbeid mellom de begunstigede under art. 3 og 4 i ulike former. Den sentrale forskjellen fra art. 3 er at man har en reservasjonsrett for unntaket i art. 4. Dette betyr at rettighetshaver kan begrense muligheten for tekst- og datautvinning for de begunstigede under art. 4 i materiale de har rettigheter til.

Det fremheves i fortalepunkt 18 at for materiale åpent tilgjengelig på internett bør adgangen til reservasjon kun gjelde med maskinlesbare midler, herunder «metadata and terms and conditions of a website or a service.» Nasjonalbiblioteket anbefaler sterkt at slik reservasjon kun tillates gjennom tekniske protokoller som robot.txt. Dette er måten slik innhøsting gjennomføres på i dag. Det må legges til grunn at slik innhøsting vil skje automatisk grunnet volummengdene som må høstes inn. Det er ikke teknisk eller praktisk mulig i slike tilfeller å forholde seg til mindre automatiske reservasjonsmetoder som fritekstklausuler i brukervilkår. Det bør derfor stilles krav til at reservasjon må skje med automatiserte tekniske virkemidler. Per i dag må dette praktisk gjelde robot.txt protokoller. Spesielt tilfeller der kommersielle parter samarbeider med forsknings- eller kulturarvstinstitusjoner vil en annen praksis ha uheldig effekt da man vil måtte legge en ulik standard til grunn for ulike parter i det samme innsamlede materialet. En enkel og automatisert avgrensningsløsning virker derfor å være den beste tilnærmingen.

3. Hvilke type tiltak bør kunne anses som «tiltak for å sikre sikkerheten og integriteten» etter artikkel 3 nr. 3?

Svar: Hvilke type tiltak som bør kunne anses som tilstrekkelige sikkerhetstiltak etter artikkel 3 (2) og (3) er et sentralt spørsmål for hvordan tekst- og datautvinning kan og skal gjennomføres i forsknings- og kulturarvstinstitusjoner. Nasjonalbiblioteket behandler her begge tema sammen.

Det fremheves i art. 3 (2) og fortalepunkt 15 at forsknings- og kulturarvstinstitusjoner kan bevare kopier fremstilt for tekst- og datautvinning for ulike formål. I det tilfellet slike kopier bevares skal de lagres med «an appropriate level of security», jf. art. 3 (2), «in a secure environment», jf. fortalepunkt 15.

Det er overlatt til medlemsstatene å eventuelt fastslå spesifikke tiltak etter å ha konsulert med relevante interessegrupper, jf. art. 3 (4) og fortalepunkt 15. Det grunnleggende målet her er som tidligere fremhevet at man skal hindre at materialet benyttes mer ordinert som opphavsrettslige verk, og ikke til den spesifikke tekst- og datautvinningsaktiviteten direktivet åpner for. Slike tiltak skal i alle tilfelle ikke «unduly restrict the application of the exception» og «be proportionate and limited to what is needed for retaining the copies in a safe manner».

and preventing unauthorised use», jf. fortalepunkt 15. Tiltakene bør åpenbart ikke hindre legitim bruk under unntaket.

Etter art. 3 (3) kan rettighetshavere «apply measures to ensure the security and integrity of the networks and databases where the works or other subject matter are hosted». Som det fremgår av fortalepunkt 16 retter denne bestemmelsen seg mot rettighetshavernes egne nettverk og databaser. Tiltakene skal «remain proportionate to the risks involved, and should not exceed what is necessary to pursue the objective of ensuring the security and integrity of the system and should not undermine the effective application of the exception.» Altså skal tiltakene ikke gå utover legitim anvendelse under unntaket i art. 3.

Rettighetshaverne kan altså anvende tekniske beskyttelsessystemer for å sikre sine nettverk og databaser, men disse kan ikke gå utover effektiviteten av unntaket i art. 3, jf. her også art. 7 (2). Passende eksempler som nevnes er passordtilgang og IP-verifikasjon, jf. fortalepunkt 16.

Nasjonalbiblioteket har over lang tid gjennomført et stort digitaliseringsprogram, og samtidig operasjonalisert digital avlevering av publisert materiale i stor skala. Dette følger naturlig av Nasjonalbibliotekets samfunnsoppgave, som forankret i lover og forskrifter. Den digitale samlingen i Nasjonalbiblioteket er av de største digitale samlingene etter innhold, og samlingen inneholder alle typer media. Med denne oppbyggingen har også Nasjonalbiblioteket bygget opp en betydelig praksis og erfaring når det gjelder i videste forstand å sikre innholdet og metadata. Samtidig som alt innhold bevares og sikres for å ha et evig liv, gjøres det tilgjengelig på nett for et stort antall brukere basert på så vel lovgrunnlag som avtaler med rettighetshavere. Dette representerer en beste praksis på området bevaring og tilgang. Samtidig har Nasjonalbiblioteket etablert spisskompetanse på kunstig intelligens og en dyp forståelse av tilrettelegging av innhold og metadata for teknologiske anvendelser. Dette er et eksempel på at enkelte kulturarvinstitusjoner gjennom sin veldefinerte samfunnsrolle er institusjoner som naturlig kan få en rolle som det som internasjonalt kalles “trusted bodies” og “trusted repositories”.

Sett fra et brukersperspektiv er det ønskelig med enklest mulig tilgang til mest mulig innhold og metadata. Det er av avgjørende betydning for ytelsen i en rekke systemer for kunstig intelligens at man har tilgang til store mengder data. Dette er også tilfelle i forskning innen f.eks. (digital) humaniora. Mye data er i dag utenfor opphavsrettslige begrensninger, og disse kan enkelt deles ut basert på tjenester i den enkelte institusjon. For annet materiale kan man tenke seg ulike tilnærminger til sikkerhet, herunder graderte tilgangssystemer som spenner fra at databrukere kan få kopier av data der innholdet ikke kan brukes på måter som utfordrer opphavsretten, til veldefinerte funksjonelle plattformer innenfor institusjonen der det kan gis tilgang til mer komplette deler av samlingen.

En typisk anvendelse tekst- og data fra kulturarvsamlinger er utvikling av løsninger for naturlig språk basert på maskinlæring. Ytelsen i disse systemene er i dag sterkt avhengig av volumet på data man har for trening av systemene. Samtidig er det slik at man bare har behov for tilgangen til disse store datamengdene i treningsperioden, og innholdet i treningsdata lar seg ikke gjenskape basert på systemene som er trent opp. Man kan for materiale med opphavsrettslige begrensninger tenke seg en eller flere velregisserte

utviklingsalmenninger for slik maskinlæring og innholdsanalyse, der man får mulighet til å utvikle egen teknologi basert på den digitale samlingen i f.eks. Nasjonalbiblioteket.

Fra sin erfaring på feltet vil Nasjonalbiblioteket fremheve tre overordnede prinsipper for sikkerhetstiltak i forbindelse med tekst- og datautvinning i kulturarvinstitusjoner:

1. Sikker oppbevaring: Data må oppbevares i trygge omgivelser hvor kun autoriserte brukere får tilgang til dem.
2. Man må ha et system for å autentisere eller autorisere brukere. Det kan for eksempel være Feide-pålogging for brukere fra forsknings- og utdanningsinstitusjoner som faller inn under artikkel 3. Brukere som faller inn under artikkel 4, vil bli gitt tilgang etter søknad.
3. Man må sikre at resultatene som hentes ut etter at tekst- og datautvinning er utført av autoriserte brukere i sikre omgivelser, ikke bryter med institusjonens forpliktelser overfor rettighetshaverne. Dette kan sikres gjennom avtaler som inngås med den enkelte bruker.

For forskere er det viktig at gjeldende ordninger for databehandling ved de ulike forskningsinstitusjonene, blant annet for prosjekter som få støtte fra Norsk Forskningsråd, ikke undergraves av nye unødvendige regler. Forskere vet best hvordan data oppbevares trygt og samtidig muliggjøre den aktiviteten som er nødvendig som del av forskningsaktivitet, herunder etterprøvbarehet av andre forskere. Nasjonalbiblioteket tilslutter seg her innspillene fra Norsk Bibliotekforening.

4. Innebærer artikkel 4 en rett til å digitalisere materiale for å utføre tekst- og datautvinning?

Svar: Det ligger ingen naturlig begrensning i ordlyden i art. 4 mot digitalisering for tekst- og datautvinning. Tvert imot medfører bestemmelsen nettopp et unntak fra eksemplarframstillingsretten. Den begrensningen i art. 4 sammenlignet med art. 3 som ligger i ordlyden ligger heller ikke i adgangen til eksemplarframstilling, men i hvor lenge man kan sitte på slike eksemplarer. Her virker art. 4 å etablere en noe kortere periode enn art. 3. Eksemplarer fremstilt med grunnlag i art. 4 «may be retained for as long as is necessary for the purposes of text and data mining». Det finnes ingen lignende begrensning for art. 3 i bestemmelsens ordlyd. Det ligger derfor en naturlig begrensning her i art. 4 som ikke følger av art. 3. Samtidig bør man også her prøve å begrense forskjellen mellom de to bestemmelsene for å muliggjøre samarbeid mellom kommersielle parter og forskning- og kulturarvinstitusjoner.

Den andre begrensningen man finner i for eksemplarframstilling i art. 3 og 4 er formålsbegrensningen til tekst- og datautvinning. Artiklene hjemler altså ikke at man kan benytte eksemplarer fremstilt for tekst- og datautvinning til andre formål. Dette kan naturlig

knyttes opp mot den type eksemplarframstilling som gjennomføres for tekst- og datautvinning. Som tidligere fremhevet benytter man ikke her verkene som verk,⁷ men til automatisk analyse av tekst og data i digital form med formål om å finne blant annet mønstre, trender og korrelasjoner, jf. direktivets art. 2 (2).

5. *Hvordan kan det etableres en felles standard for tekst- og datautvinning?*

Svar: Med teknologiutviklingen bør man ikke binde seg til en spesifikk standard for teknologiske løsninger. Man bør heller legge til grunn overordnede prinsipper som fremhevet under spørsmål tre ovenfor. Kulturarvinstitusjoner som Nasjonalbiblioteket står i en enestående posisjon erfarings- og kompetansemessig til å sørge for en trygg og sikker gjennomføring av tekst- og datautvinning og oppbevaring av materiale for det formålet, og gjør dette allerede i dag. Til den grad spørsmålet skal vurderes ytterligere er det viktig at brukersiden er godt representert i den diskusjonen, jf. art. 3 (4).

⁷ Hugenholtz, The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4), Kluwer Copyright Blog <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright-directive-text-and-data-mining-articles-3-and-4/>>

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

Artikkel 5 gjelder bruk av verk og annet materiale i digitale og grensekryssende undervisningsaktiviteter. Det skal innføres et unntak fra eneretten (eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring) for å tillate digital bruk av verk og annet materiale for illustrasjonsformål i undervisning. Formålet skal være ikke-kommersielt. Vilkåret er at bruken skal skje på stedet i en undervisningsinstitusjon eller via et sikkert elektronisk nettverk som kun er tilgjengelig for undervisningsinstitusjonens elever, studenter og undervisningspersonale. Det er videre et vilkår at kilde oppgis, hvis dette er mulig.

Direktivet åpner for at enkelte typer verk eller bruk ikke skal omfattes av unntaket, f.eks. når det gjelder materiale som er spesielt beregnet til undervisningsmarkedet og der det finnes adekvate lisensordninger, og disse ordningene gjøres godt kjent for undervisningsinstitusjonene. Bruk av verk etter bestemmelsen skal anses å kun ha skjedd i den medlemsstaten som undervisningsinstitusjonen er etablert i (selv om bruken altså kan skje over landegrensene). Medlemsstatene kan også velge å gi rimelig kompensasjon til rettighetshaverne for eventuell skade som påføres rettighetshaverne på grunn av bruken.

Spørsmål:

6. Bør enkelte typer verk eller former for bruk ikke omfattes av unntaket? Hvis ja, hva bør unntas og hva er begrunnelsen for dette?

Svar: Bestemmelsen slik den står i dag er praktisk anvendbar, og gir lærerne et godt handlingsrom for å skape varierte undervisningsaktiviteter for elevene.

7. Hvilke vurderinger bør gjøres for å avgjøre om bruken er til «illustrasjonsformål» i undervisningen?

Svar: Undervisningsbegrepet i åndsverkloven har siden 1961-loven blitt gitt en snever tolkning (se Ot.prp.nr. 26 (1956-60) s. 48). Nasjonalbiblioteket har vanskelig for å se at innføringen av begrepet «illustrasjonsformål» skal endre forståelsen av gjeldende rett noe nevneverdig.

I forarbeidene til gjeldende åndsverklov (Prop. 104 L (2016-2017)) på side 158 står det tydelig at «fribruken fortsatt skal knyttes til den konkrete undervisningssituasjonen». Dette impliserer at bruk til ren underholdning vil være utelukket. Det er kun der bruken av

åndsverket har et læringsformål at bestemmelsen om fri bruk ved undervisning vil kunne påberopes.

I fortalepunkt 21 står det at illustrasjon i undervisningen omfatter brukt som er til for «å støtte, berike, eller utfylle undervisningen, herunder læringsaktiviteter». I likhet med den gjeldende norske regelen vil man tett knytte bruken av åndsverket opp mot den konkrete læringssituasjonen. Nasjonalbiblioteket er av den oppfatning om at uttalelsen i fortalen kan ansees for å være en konkretisering av hva som omfattes av vilkåret «ved undervisning» i dagens norske lovttekst. At det derimot må innføres nye vurderingskriterier som endrer gjeldende rett, vil derimot ikke være tilfelle.

Presiseringen fra fortalen om at bruken skal «støtte berike eller utfylle» undervisningen, ligner svært på Høyesteretts uttalelse om at sitering er lovlig når den har som formål å «illustrere, utdype eller berike» en fremstilling (Rt. 2010 s. 366). Av hensynet til rettsenhet og forutberegnelighet i lovverket, bør det uansett ikke innføres andre vurderingskriterier for illustrasjonsformål i undervisningen, enn det som legges til grunn ved sitatretten.

8. *Hvordan kan det avgjøres om det har skjedd en skade som er påført rettighetshaverne på grunn av bruken, og hvor stor må denne skaden være før den utløser et krav om eventuell kompensasjon?*

Svar: Nasjonalbiblioteket mener bruk under fribruksregelen generelt ikke bør utløse krav på kompensasjon.

Åndsverkloven § 43 tredje ledd er en kodifisering av den tidligere ulovfestede «klasseromsregelen». Bestemmelsen innebærer blant annet at det å vise film i ordinær klasseromsundervisningen anses å skje innenfor det private området og dermed ikke som en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Eksemplarframstilling skal imidlertid klareres på vanlig måte.

Ved stortingsbehandlingen av åndsverkloven i 2018 ble regjeringen i to [anmodningsvedtak](#) bedt om å se nærmere på klasseromsregelen. Vedtak nr. 728 gikk ut på å følge med på hvordan bruken utvikler seg:

Stortinget ber regjeringen komme tilbake med forslag om å justere «klasseromsregelen» i åndsverkloven § 43 dersom det viser seg at bruken etter bestemmelsen utvikler seg slik at den skader rettighetshavernes interesser på en urimelig måte.

Vedtak nr. 731 gikk ut på å utrede hvorvidt og hvordan bestemmelsen kan snevres inn, slik at overføring blir vederlagspliktig på lik linje med eksemplarframstilling:

Stortinget ber regjeringen utrede og komme tilbake til Stortinget med sak om hvordan og hvorvidt verk som overføres i klasserommet, deriblant strømming fra Internett, kan likestilles med eksemplarframstilling i klasserommet, og dermed bli vederlagspliktig, slik at det blir mulig for partene å inngå avtalelisens også for strømming og annen overføring.

Digitalmarkedsdirektivet vil medføre enkelte lovendringer på undervisningsområdet. [! Prop. 104 L \(2016-2017\)](#) ble det varslet en helhetlig gjennomgang av åndsverklovens undervisningsbestemmelser når digitalmarkedsdirektivet skulle gjennomføres i norsk rett, jf. punkt 5.4.6 og 5.17.4.5. Klasseromsregelen anses som en del av den samlede balansen mellom ulike interesser på undervisningsområdet, og det vil derfor være naturlig at anmodningsvedtakene vurderes i sammenheng med åndsverklovens øvrige undervisningsbestemmelser.

Spørsmål:

9. Hvordan bør klasseromsregelen i § 43 tredje ledd se ut?

Svar: Nasjonalbiblioteket er av den oppfatning av at gjeldende klasseromsregel er en praktisk anvendbar bestemmelse som ikke gjør forskjell på skoleklasser. Noen skoler vil ha færre elever og følgelig ha små klasser enn store skoler i tettbefolkede strøk.

For overføringsretten har EU-domstolen definert allmenhetsbegrepet som en større gruppe personer. Det er det faktiske antallet mennesker som må vurderes. Hvis gruppen er liten nok, trengs det ikke påvises nære personlige bånd mellom deltagerne i gruppen. Dette gjør at små skoleklasser automatisk faller utenfor allmenhetsbegrepet og at mindre skoleklasser gjerne vil gjøre det. Det vil følgelig uansett fritt kunne utnyttes alle slags åndsverk med denne forankringen i disse tilfellene. Nasjonalbiblioteket mener det fint kan argumenteres for at en skoleklasse i de fleste overskuelige tilfelle ikke vil anses som en større gruppe personer og derfor falle utenfor allmenhetsbegrepet.

For fremføringsretten kan det vises til Rognstads behandling av temaet, hvor det fremheves at det å håndheve et skille mellom overføring og fremføring med tekniske hjelpemidler er lite praktikabelt.⁸ Det samme kan det sies derfor bør legges til grunn her.

Når det gjelder de tradisjonelle livfremføringstilfellene deler ikke Nasjonalbiblioteket det synet som har blitt fremsatt blant annet av Kopinor om at man ikke vil utvikle nære bånd til personer man tilbringer alle hverdager med i flere år av gangen. Det virker åpenbart at slike bånd kan utvikle seg på arbeidsplassen som på skolen, og gjerne vil gjøre det i en fast klasse

⁸ Rognstad, Opphavsrett (2019) s. 253-255

som følger hverandre over tid.⁹ Man vil derfor kunne påberope bruk innafor den private sfæren så fort disse båndene er utviklet. Av pragmatiske grunner bør man derfor kunne påberope dette fra starten av.

Nasjonalbiblioteket mener derfor det ikke bør gjøres forskjell på skoleklasser utelukkende basert på størrelse og hvor mye tid man har tilbragt sammen. Klasseromsregelen bør derfor beholdes etter dagens ordning.

10. Har det skjedd endringer i bruk etter at klasseromsregelen ble lovfestet, som har ført til at rettighetshavernes interesser har blitt urimelig tilsidesatt?

Svar: Nasjonalbiblioteket mener dette er en spesielt lite inngripende handling i opphaverens legitime interesser. Utnyttelsen av åndsverkene foregår i relativt små, konsistente grupper med mennesker.

11. Foreligger det endringsbehov i andre undervisningsbestemmelser?

Svar: I dag kreves det et formelt samarbeid med en utdanningsinstitusjon for at kulturarvinstitusjonenes undervisningsaktivitet skal være omfattes av undervisningsbegrepet (Prop L (2016-2017) s. 162). Nasjonalbiblioteket mener at artikkel 5, første avsnitt, bokstav a) i digitalmarkedsdirektivet åpner opp for at undervisning i lovens forstand også forekommer når det er snakk om et uformelt samarbeid mellom en utdanningsinstitusjon og en kulturarvsinstitusjon.

Vilkåret i bestemmelsen er at undervisningen «skjer under ansvar av en utdanningsinstitusjon i dens lokaler eller på andre arenaer». Fortalepunkt 22 nevner «museer, biblioteker eller andre utdanningsinstitusjoner» som eksempler her og fastslår at begrensningen bør være «det som er nødvendig for formålet med slik virksomhet».

Formålet til bibliotekene er «å fremme opplysning, utdanning og annen kulturell virksomhet, gjennom aktiv formidling og ved å stille bøker og andre medier gratis til disposisjon» jf. folkebibliotekloven § 1. Slik systemet er i dag kreves det at en tydelig avtale om formidling må inngås på forhånd. Nasjonalbiblioteket er av den oppfatning at artikkel 5 åpner opp for at bibliotekene kan foreta en formidling for elever i henhold til folkebibliotekloven med forankring i utdanningsbestemmelsen for tilfeller der utdanningsinstitusjonen selv har oppsøkt biblioteket uten formell avtale. Dette vil gi et mer fleksibelt handlingsrom både for utdanningsinstitusjonen og kulturarvsinstitusjonen og vil bidra til å gi et bedre tilbud til elevene.

⁹ Se til parallell Rt-1991-1296: «En kopiering til bruk for arbeidskolleger må kunne skje med hjemmel i § 11 dersom disse også er personlige venner, og kanskje også i noe større utstrekning. I alle fall stilles man her overfor en vanskelig grensedragnin»

Bevaring av kulturarv (artikkel 6)

Artikkel 6 gjelder bevaring av kulturarv. Medlemsstatene skal innføre et unntak fra eneretten til eksemplarframstilling slik at kulturarvinstitusjoner til bevaringsformål skal kunne fremstille kopier av alle former for verk og arbeider som er permanent i deres samlinger.

Spørsmål:

12. Er det behov for endringer eller justeringer i åndsverklovens bestemmelser om eksemplarframstilling til blant annet konserverings- og sikringsformål?

Svar: Forskriften til åndsverkloven etablerer en hjemmel for ABM-sektoren til å fremstille eksemplar for konserverings- og sikringsformål, jf. forskriften § 1-3. Eksemplarframstilling etter forskriften er generelt begrenset til eksemplarframstilling i samme format som originaleksemplaret så lenge «et eksemplar som oppfyller konserverings- og sikringsformålet» er tilgjengelig «fra utsalgssted eller fra utgiver, importør eller produsent», jf. forskrift til åndsverkloven § 1-3 (1) b. Kopiering av materiale til nye lagringssystemer ved ukurant utstyr er tillatt, jf. § 1-3 (1) d. Dette dekker også digitalisering av materiale grunnet plasshensyn, jf. PRE-2007-11-23-1281. Nasjonalbiblioteket er gitt en spesiell hjemmel til å digitalisere etter § 1-3 som også hjemler formatfri eksemplarframstilling for konserverings- og sikringsformål. Nasjonalbiblioteket ble gitt denne hjemmelen for å sikre at Nasjonalbibliotekets samlinger kunne digitaliseres slik at Nasjonalbiblioteket skulle kunne ivareta sitt særlige bevaringsoppdrag, jf. PRE-2007-11-23-1281, herunder pliktavlevert materiale og formål om bevaring i et tusenårsperspektiv.

Et fremtredende spørsmål for departementet i implementeringen av art. 6 er om det er behov for å endre dagens formatbegrensning i forskriften. At bestemmelsen er format- og teknikknøytral fremgår tydelig både av bestemmelsen selv («in any format or medium») og fortalespunkt 27 («Such an exception should allow the making of copies by the appropriate preservation tool, means or technology, in any format or medium, in the required number, at any point in the life of a work or other subject matter and to the extent required for preservation purposes.»). Det fremstår derfor klart at dagens formatbegrensning må utgå. Fortalespunkt 27 fremhever som eksempler på tilfelle hvor det kan foreligge bevaringsformål som «to address technological obsolescence or the degradation of original supports or to insure such works and other subject matter». Dette bør ligge innbakt i bevaringsformålet som bestemmelsen tilgodeser og er også bare en eksempelliste. Det bør derfor ikke leses inn noen ytterligere begrensning i digitaliseringsadgangen med grunnlag i denne uttalelsen i fortalen.

Et annet spørsmål er hvilket materiale som omfattes av bestemmelsen. Som det fremgår av art. 6 gjelder bestemmelsen materiale kulturarvinstitusjoner har permanent i samlingene. Som departementet vet ble spørsmålet om hva som skal regnes som «permanent» i samlingene diskutert i implementeringen av hitteverksdirektivet. Nasjonalbibliotek

argumenterte i høringsprosessen for at deponerte verk også måtte regnes som i institusjonens samlinger med henvisning til hitteverksdirektivets art. 1 (3).¹⁰ Departementet ga Nasjonalbiblioteket delvis medhold i at også deponerte verk kunne regnes som permanent i samlingen. Det måtte her gjøres en samlet vurdering av tidsperspektivet for deponeringen og eventuelle motstridende vilkår i deponeringsavtalen. Der avtalen ikke er tidsavgrenset eller det er meningen at eierskapet skal gå over til institusjonen kan materiale som hovedregel regnes som permanent i institusjonens samlinger, med forbehold om motstridende vilkår i deponeringsavtalen, jf. Prop. 69 L (2014-2015) s. 50.

Temaet er også relevant for digitalmarkedsdirektivet, hvor art. 6 kun kommer til anvendelse på materiale som er permanent i institusjonenes samlinger. Hvordan dette skal forstås spesifiseres videre i fortalepunkt 29. Verk anses som permanent i samlingene: «when copies of such works or other subject matter are owned or permanently held by that institution, for example as a result of a transfer of ownership or a licence agreement, legal deposit obligations or permanent custody arrangements.» Forståelsen departementet la til grunn for hitteverksdirektivet bør derfor også legges til grunn her. Materiale som praktisk sett er permanent deponert ved institusjonen (tidsavgrenset deponering eller der det er lagt opp til eiendomsovergang) bør regnes som permanent i institusjonens samlinger.

Det bør også tas med i betraktning her at motstridende avtalevilkår mot fribruksreglene i art. 3 og 6 ikke kan håndheves, jf. direktivets art. 7 (1). Altså vil slik aktivitet kunne gjennomføres på materialet selv om det skulle foreligge motstridende avtalevilkår. Dette må også i prinsippet gjelde vilkår i deponeringsavtaler. Dette bør ikke anses som spesielt inngripende for rettighetshaverne. Art. 3 gjelder som tidligere fremhevet i generell kommentar til art. 3 og 4 bruk av materiale på en annen måte enn som åndsverk. Som direktivet fremhever i fortalepunkt 17 anses skadevirkningene av slik aktivitet innenfor grensene av art. 3 å være minimale. Art. 6 gjelder kun fremstilling for bevaringsformål. Materialet kan dermed uansett ikke brukes på annen måte uten samtykke fra de som sitter på rettigheter og skulle kunne påvirkes negativt av slik bruk. Dette bør derfor ikke betraktes som spesielt problematisk, og slik aktivitet bør kunne gjennomføres på materiale som er praktisk sett permanent deponert hos institusjonene. Den forståelsen som ble lagt til grunn for hitteverksdirektivet bør derfor også legges til grunn her, med det forbehold at motstridende avtalevilkår mot unntakene i art. 3 og 6 ikke vil kunne håndheves.

Et annet sentral poeng med art. 6 er kompetansen til å samarbeide med tredjeparter om digitalisering og bestemmelsens grenseoverskridende effekt. Fortalepunkt 28 fremhever «Under the exception for preservation purposes provided for by this Directive, cultural heritage institutions should be allowed to rely on third parties acting on their behalf and under their responsibility, including those that are based in other Member States, for the making of copies.» Man skal altså kunne gjennomføre digitalisering av kulturarv gjennom tredjeparter. Det er også viktig å merke seg at dette gis grenseoverskridende effekt.

¹⁰ Høringsuttalelse fra Nasjonalbiblioteket – Endringer i åndsverkloven – avtalelisens og gjennomføring av Eus hitteverksdirektiv (2012/28/EU) punkt 3:
<https://www.regjeringen.no/contentassets/a16965fe447e470687ca7faaa66fe40f/27-nasjonalbiblioteket.pdf?uid=Nasjonalbiblioteket>

Fortalepunkt 26 fremhever at forskjellig tilnærming på dette punktet «hampers cross-border cooperation, the sharing of means of preservation and the establishment of cross-border preservation networks in the internal market by such institutions, leading to an inefficient use of resources.» Det må derfor legges til grunn at direktivet søker å tilrettelegge for slikt samarbeid både nasjonalt og innad i EØS-området.

Fra Nasjonalbibliotekets side må det understrekes at digitaliserings- og bevaringsaktivitetene i ABM-sektoren i Norge i større og større grad er et fellesprosjekt på tvers av institusjoner. Nasjonalbiblioteket digitaliserer og sørger for langtidsbevaring av digitalt og fysisk materiale, spesielt i forhold til audiovisuelt materiale på flyktige bærere. Digitalisering er den eneste brukbare bevaringsstrategien for dette materialet, og ofte er det bare Nasjonalbiblioteket som teknisk er i stand til å utføre denne bevarings/digitaliseringsaktiviteten. Internasjonalt bygges det også opp et nettverk av bevaringsinstitusjoner, som sørger for at sektoren i sum er i stand til å behandle materiale på alle kjente mediebearere. Som en del av dette skjer det en arbeidsdeling. Noen svært spesialiserte medieformater vil f.eks. Nasjonalbiblioteket ha utstyr for å kunne behandle på vegne av mange samlingseiere, mens det for andre formater vil det være en samarbeidende institusjon et annet sted i verden som har utstyr og kompetanse for å kunne hente ut innholdet fra et medieformat.

Også for digital langtidsbevaring i et perspektiv på flere hundre år skjer det en spesialisering, det vil bare være store, profesjonelle aktører som Nasjonalbiblioteket og Arkivverket som er i stand til å bygge opp bevaringsomgivelser som vil kunne sikre kulturarvsmaterialet i dette tidsperspektivet. Dette betyr at bestemmelsene om eksemplarfremstilling må være fleksible nok til at kulturarvinstitusjonenes samfunnsoppdrag i forhold til samlingsbevaring kan oppfylles, også i form av at kompetanse og utstyr kan utnyttes effektivt på tvers av institusjonsgrensene.

13. Er definisjonen av «kulturarvinstitusjoner» i artikkel 6 sammenfallende med de institusjonene som omfattes av forskrift til åndsverkloven § 1-1?

Svar: Gjeldende § 1-1 i forskrift til åndsverkloven omfatter hovedsakelig ABM-institusjoner, om enn til varierende grad for hver sektor. For arkiv omfattes «Arkiv under arkivverket, kommunale og fylkeskommunale arkiv». For bibliotek omfattes «bibliotek under universiteter og høyskoler og andre vitenskapelige og faglige bibliotek som drives av det offentlige, fylkesbibliotekene og folkebibliotekene». For museum omfattes «offentlige museer og museer som mottar offentlige tilskudd». Hjemlene i forskriften gjelder ikke-erhvervsmessig bruk i institusjonenes virksomhet, jf. § 1-1 (2). Kulturdepartementet er gitt hjemmel til å bestemme at andre arkiv, bibliotek og museer kan omfattes av forskriftens kapittel en, jf. § 1-1 (3).

I forbindelse med endringen i forskrift til åndsverkloven i 2007 ble rekkevidden av de begunstigede under hjemlene i kapittel en diskutert, jf. PRE-2007-11-23-1281. For bibliotekene gikk diskusjonen på om biblioteker under private universiteter og høyskoler skulle inkluderes. Departementet konkluderte med at disse var inkludert i forskriften. Dette

gjelder åpenbart for ikke-erhvervsmessig bruk som alle andre begunstigede. For museene gikk diskusjonen på behovet for å inkludere offentlige og private museer. Departementet konkluderte med at offentlige museer, samt museer som får offentlig tilskudd skulle falle inn under forskriftens kapittel en. For arkivene gikk diskusjonen på behovet for å inkludere kommunale, fylkeskommunale og private arkiv. Departementet konkluderte med at kommunale og fylkeskommunale arkiv skulle inkluderes. Private arkiv som ikke allerede var inkludert gjennom bibliotek eller museumstilholdighet ble derimot som hovedregel utelatt siden disse normalt ikke har et mål om langsiktig bevaring av kulturarven. Her ble arkiv med slike behov oppfordret til å søke departementet om å inkluderes under § 1-1 (3) i forskriften.

Direktivet definerer «cultural heritage institutions» som «a publicly accessible library or museum, an archive or a film or audio heritage institution». Dette utdypes videre i fortalepunkt 15:

«Cultural heritage institutions should be understood as covering publicly accessible libraries and museums regardless of the type of works or other subject matter that they hold in their permanent collections, as well as archives, film or audio heritage institutions. They should also be understood to include, inter alia, national libraries and national archives, and, as far as their archives and publicly accessible libraries are concerned, educational establishments, research organisations and public sector broadcasting organisations.»

Bibliotek og museum inkluderes altså i definisjonen for verk og naborettigheter i deres permanente samlinger så lenge de er offentlig tilgjengelige. Det samme gjelder arkiv, uten at det føres noen tydelige begrensninger i definisjonen for offentlig tilgjengelighet, og film- og lydavinstitusjoner. For disse institusjonene er offentlig tilgjengelighet åpenbart ikke et like passende kriterie som for biblioteker og museer. Videre definerer neste punktum at nasjonalbibliotek og nasjonalarkiv skal regnes som under kategoriene bibliotek og arkiv. Avslutningsvis etablerer fortalepunkt 15 at arkivene og bibliotekene til utdanningsinstitusjoner, forskningsinstitusjoner og offentlige kringkastere også faller inn under definisjonen.

For bibliotek og museum blir det avgjørende kriteriet derfor offentlig tilgjengelighet. For arkiv gjelder det etter direktivets ordlyd ingen uttrykkelig begrensning til offentlig tilgjengelighet. Bibliotek som er offentlig tilgjengelige, men ikke faller inn under dagens definisjon må derfor i prinsippet inkluderes. Det samme gjelder offentlig tilgjengelige museer, i prinsippet uansett om de får offentlig tilskudd eller ikke. For arkivene må det antas at både offentlige arkiv (herunder kommunale og fylkeskommunale) og privatarkiv må inkluderes.

14. Bør bestemmelsen som gjennomfører artikkel 6 også gjelde for rettigheter knyttet til fotografiske bilder etter åndsverkloven § 23?

Svar: Som for de nye unntakene for tekst- og datautvinning spør departementet også her om implementeringen også bør dekke fotografisk bilde. Mange av de samme betenkelighetene ved å skille mellom fotografiske verk og bilde kan anføres også her.

For det nye unntaket for bevaring av kulturarv kan spørsmålet tilnærmes i hvert fall fra to synsvinkler. På den ene siden kan man spørre om det er behov for å utvide rekkevidden av art. 6 i digitalmarkedsdirektivet til også å gjelde fotografisk bilde. På den andre siden er det et spørsmål om man som del av implementeringsprosessen skal ta ut unntaket for fotografisk bilde fra den gjeldende korresponderende bestemmelsen i forskriften til åndsverkloven § 1-3 som også dekker fotografisk bilde.

Som fremhevet tidligere under spørsmål en er det store betenkeligheter ved å legge inn et skille mellom fotografisk verk og bilde i implementeringen av de nye fribrukshjemplene i digitalmarkedsdirektivet. Grunnen til at temaet ikke er direkte behandlet i direktivet er som departementet fremhever at en naborett for fotografisk bilde ikke er direkte regulert på EU-nivå. Samtidig gjør direktivet det klart at de nye fribrukshjemplene favner vidt og dekker mer eller mindre alt materiale beskyttet av opphavsrett eller naborettigheter.¹¹ At direktivet ikke direkte regulerer forholdet til fotografiske bilder bør derfor ses mer som formelt begrunnet. De praktiske konsekvensene av en slik løsning taler også mot å utelate fotografiske bilder. Som anført under spørsmål en er det å skille fotografisk verk og bilde i samlingen ikke praktisk og vil sannsynligvis føre til at mange unngår slik allmennyttig aktivitet som art. 6 dekker for fotografisamlinger.

Videre er gjeldende ordning i norsk rett at de hjemlene som er etablert for ABM-institusjonene i forskriften til åndsverkloven kap. 1 også gjelder for naborettighetene etablert i åvl. kap. 5, jf. forskrift til åndsverkloven § 1-2 (4). Hvis situasjonen skulle være en annen for fotografiske bilder under art. 6 som overlapper med eksisterende hjemler vil man endre den eksisterende reguleringen av nasjonal rett på et punkt direktivet ikke berører. Nasjonalbiblioteket anser ikke at det foreligger gode argumenter for en slik endring av den gjeldende rettstilstanden. Derimot taler sterke argumenter for at den samme modellen som etableres gjennom implementeringen av art. 6 også bør legges til grunn for fotografisk bilde. ABM-sektoren har flere fotoarvinstitusjoner som sitter på store samlinger av fotografi av spesiell kulturell og historisk betydning. Dette var også et fremtredende moment i vurderingen når en så bred del av museumssektoren ble inkludert som begunstigede under forskrift til åndsverkloven kapittel en, jf. PRE-2007-11-23-1281. Tilfanget av slikt materiale er også økende etter hvert som gamle formater av slikt materiale avleveres til kulturarvinstitusjoner for digitalisering og bevaring, både innenfor og utenfor tiltak etablert som del av Nasjonalbibliotekets satsninger.¹² Å innføre et skille mellom fotografiske verk og bilde er høyst upraktikabelt. Her vil det som fremhevet over måtte gjøres en gjennomgang av store fotosamlinger på enkeltbildnivå for å fastslå hvilke regler gjelder for et bilde og et annet.

¹¹ Et lite forståelig unntak er at datamaskinprogrammer ikke dekkes av direktives art. 3, men dekkes av art. 4.

¹² Kulturdepartementet, "Statsbudsjettet 2020 –tildelingsbrev til Nasjonalbiblioteket" (2019) s.2 : <https://www.nb.no/content/uploads/2020/10/Statsbudsjettet-2020-tildelingsbrev.pdf>;
Kulturdepartementet, "Nasjonalbiblioteket -Statsbudsjettet 2021 -Tildelingsbrev -Rettelse" (2020): <https://www.nb.no/content/uploads/2021/03/Statsbudsjettet-2021-tildelingsbrev-rettelse.pdf>

Felles bestemmelser (artikkel 7)

Artikkel 7 fastslår blant annet at avtalebestemmelser som er i strid med unntakene i artiklene 3, 5 og 6 ikke kan håndheves. Bestemmelsen fastsetter videre at unntakene i artiklene 3 til 6 er underlagt visse av de samme reglene i opphavsrettsdirektivet ([2001/29/EF](#)) som de andre opphavsrettslige unntakene. Unntakene i direktivets artikkel 3 til 6 gir nasjonal lovgiver lite rom for skjønn.

Generell kommentar: I tillegg til det spesifikke spørsmålet departementet stiller om implementeringen av art. 7 vil Nasjonalbiblioteket fremheve noen ytterligere punkter det kan være nyttig å vurdere i implementeringsprosessen. Art. 7 (1) regulerer forholdet mellom avtalevilkår og de nye opphavsrettsunntakene direktivet etablerer. Art. 7 (2) regulerer i tillegg til tretrinnssteden også forholdet mellom de nye unntaksbestemmelsene og tekniske beskyttelsesmekanismer.

I norsk rett har det tradisjonelt vært lagt til grunn at avtalevilkår som begrenser bruk etter fribruksregler i åndsverkloven har avtalerettslig effekt, men ikke opphavsrettslig effekt.¹³ Det medfører at sanksjonsreglene i åndsverkloven ikke kommer til anvendelse, men slik bruk vil bli sett på som avtalebrudd der gyldig avtale foreligger. Rettsutviklingen har allikevel gått fra dette prinsippet på en del punkter. Fra EU-retten praksis vet vi at avtalerettslige forbehold ikke påvirker konsumpsjonsprinsippet.¹⁴ Ifølge Rognstad må det samme legges til grunn der fribruksregler er uttrykk for menneskerettigheter, herunder sitatreglene.¹⁵ I lys av EU-domstolens praksis kan det diskuteres om det ikke allerede er gjeldende rett at avtalevilkår som strider mot fribruksregler også generelt ikke kan håndheves.¹⁶ Mange medlemsstater opererer også i dag med et system der avtale ikke kan begrense utnyttelse under ulike fribruksbestemmelser. Dette er f.eks. gjeldende rett i Belgia¹⁷, Irland,¹⁸ Portugal¹⁹ og Tyskland²⁰, og i tidligere medlemsstat Storbritannia.²¹

¹³ Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 85

¹⁴ C-128/11 (UsedSoft) para. 49

¹⁵ Rognstad, Opphavsrett (2019) s. 285

¹⁶ Se Joined Cases C-457/11 to C-460/11 (VG Wort) para. 36 og 37; IPkat, "Contractual override and the new exceptions in the Copyright in the Digital Single Market Proposal" (2018):

<https://ipkitten.blogspot.com/2018/11/contractual-override-and-new-exceptions.html>;

¹⁷ Code de Droit Economique Livre XI 'Propriété intellectuelle' (Loi du 19 avril 2014) Section 6 Title 6 and 7: <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/19261>

¹⁸ Copyright and Related rights Act 2000 Section 2, 57, 327:

<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2000/act/28/enacted/en/html>; Copyright and Other Intellectual Property Law Provisions Act, 2019 (amending the Copyright and Related Rights Act 2000) Section 57C (2): <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/19057>

¹⁹ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (conforme alterado de acordo com DL n.º 100/2017, de 23/08 art. 75 (5): <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/17387>

²⁰ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, geändert durch das Gesetz vom 01. September 2017) Section 60g, 69g, 87e:

<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/17676>

Hva som er gjeldende rett kan derfor fremstå noe uklart. EU-lovgiver så det i alle tilfelle nødvendig å gjøre dette helt klart med tanke på de nye bestemmelsene i digitalmarkedsdirektivet. Bestemmelsene i digitalmarkedsdirektivet art. 7 avviker dermed fra den tradisjonelle norske tilnærmingen. For de nye unntakene som implementeres med hjemmel i digitalmarkedsdirektivet art. 3, 5 og 6 vil avtale som strider mot unntakene ikke kunne håndheves. Nasjonalbiblioteket vil fremheve her at norsk lovgiver som del av implementeringsarbeidet har mulighet til å gjennomføre en bredere gjennomgang den tradisjonelle oppfatningen av forholdet mellom avtalebestemmelser og fribruksregler i norsk opphavsrett i lys av praksis fra EU-domstolen, praksis fra andre EU-medlemsstater og digitalmarkedsdirektivets bestemmelser. Lovgiver kan da velge å innføre den ordningen som må innføres for fribrukshjemlene hjemlet i digitalmarkedsdirektivet mer generelt. Det kan argumenteres her for at når lovgiver (på EU-nivå eller nasjonalt nivå) først har etablert en hjemmel for unntak fra eneretten så er det fordi det foreligger sterke allmenninteresser for slik bruk. At slik bruk da i prinsippet skal kunne utelukkes av kjøps- eller bruksvilkår eller andre avtalebestemmelser rimer da dårlig. Nasjonalbiblioteket vil oppfordre til at departementet tar en gjennomgang av om gjeldende løsning fortsatt er tjenlig, spesielt i lys av at en slik ordning nå i alle tilfelle uttrykkelig må innføres for noen fribruksregler i norsk opphavsrett.

Det kan tenkes flere tilnærminger til en slik utvidelse av prinsippet om forrang foran motstridende avtale som innføres for bestemmelsene med hjemmel i digitalmarkedsdirektivet. Hvis det skulle vurderes som overdrevet må det ikke nødvendigvis gjennomføres for alle unntak fra opphavsretten. Det kan for eksempel begrenses til unntak som tillater allmenntilgjengelig bruk på utdannings-, forsknings- og ABM-området.

Direktivet kommer også med en oppdatering for tekniske beskyttelsessystemer. InfoSoc-direktivet etablerte regler om slike systemer i art. 6. Systemet i art. 6 innebærer at omgåelse av effektive tekniske beskyttelsessystemer ikke er tillatt. For visse unntak i InfoSoc art. 5 skal rettighetshavere også tilrettelegge slik omgåelse. Systemet innebærer at rettighetshavere skal tilrettelegge omgåelse av slike systemer frivillig. Hvis dette ikke skjer skal medlemsstatene gå inn å muliggjøre omgåelsen.

Det følger av C-355/12 (Nintendo) at beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer kun gjelder handlinger som rettighetshaver må gi tillatelse til.²² Legitim bruk vil derfor i prinsippet falle utenfor beskyttelsen. Som Rognstad argumenterer kan det også være behov for en oppdatering i den oppfattelse som lå til grunn for reglene som ble innført her, herunder å oppdatere ordlyden i § 99 (1) ved å legge til «retten til» før «eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring til allmenheten». Nasjonalbiblioteket vil

²¹ Knyttet til de ulike unntakene i Copyright Designs and Patents Act 1988, se f.eks. Section 41(5) og Sch.2 para 6D(4); Section 42(7) og Sch.2 para 6E(6): <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>

²² C-355/12 (Nintendo) para. 26; Rognstad, Opphavsrett (2019) s. 493-494

oppfordre departementet til å ta en bredere gjennomgang av reglene rundt tekniske beskyttelsessystemer i lys av diskusjonen i Rognstads bok og Nintendo-dommen.²³

Digitalmarkedsdirektivet etablerer egne regler om omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer for art. 3-6 i art. 7 (2). Uansett rekkevidden av beskyttelsen i art. 6 (1) er gode regler for å fasilitere omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer med rettslig sikkerhet sentralt. Det er verdt å merke seg at art. 4 inkluderes her, selv om den ikke inkluderes i bestemmelsen om avtaleregulering i art. 7 (1). De oppdaterte reglene må derfor i prinsippet gjelde også for art. 4, selv om rettighetshaver fortsatt har en eksklusjonsrett etter art. 4 (3) som kan gjøre dette mindre relevant i praksis.

Bestemmelsen om tekniske beskyttelsessystemer i art. 7 (2) etablerer to ting. Reglene om omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer i InfoSoc art. 6 (4) para. 1, 3 og 5 gis også effekt for de nye fribruksreglene i art. 3-6. InfoSoc art. 6 (4) para. 4, implementert i åndsverkloven § 100 (4), gis ikke effekt på de nye unntakene i digitalmarkedsdirektivet. InfoSoc art. 6 (4) para. 4 uttaler «The provisions of the first and second subparagraphs shall not apply to works or other subject-matter made available to the public on agreed contractual terms in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them». Altså vil reglene om omgåelse for art. 3-6 gjelde også materiale tilgjengeliggjort gjennom på forespørsel-handlinger der avtalevilkår utelukker omgåelse.

Bruken av tekniske beskyttelsessystemer er et moment som kan ha stor betydning for hvor effektivt de nye fribruksbestemmelsene hjemlet i digitalmarkedsdirektivet kan oppfylle sitt formål. Det er derfor sentralt at effektive ordninger er på plass for å omgå slike systemer der det er nødvendig for bruk etter de nye fribruksbestemmelsene. Disse må være effektive, raske og lite ressurskrevende. Det bør ikke være sånn at f.eks. store fullt lovlige prosjekter innen tekst- og datautvinning blir satt på vent grunnet rettighetshavere som ikke tilrettelegger for omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer.

Det gjelder et unntak fra beskyttelse av tekniske beskyttelsessystemer for eksemplarframstilling etter åndsverkloven § 49, som hjemler kapittel en i forskriften til åndsverkloven, jf. åvl. § 99 (4). Det gjelder videre en regel om at avleveringspliktige verk alltid skal utstyres med nødvendig informasjon om omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer, jf. åvl. § 100 (3). Utover det må man i prinsippet benytte klageadgangen i åndsverkloven § 100 (2). Dette hjemler klage til en nemd som kan pålegge rettighetshaver å gi opplysninger eller nyte annen bistand nødvendig for at materiale skal kunne brukes etter fribruksregelen det gjelder. Alternativt kan nemden godkjenne at den begunstigede selv kan omgå systemet hvis rettighetshaver fortsatt ikke tilrettelegger for den legitime bruken. Nemden har visstnok aldri trådt i funksjon. Rognstad fremhever at dette kan være grunnet manglende behov,²⁴ men det bør også vurderes om ordningen har vært ansett for tid- og ressurskrevende av brukere.

Akkurat hvordan omgåelse for de nye unntakene skal gjennomføres blir en egen vurdering.

²³ Se Rognstad, *Opphavsrett* (2019) s. 492-496

²⁴ Rognstad, *Opphavsrett* (2019) s. 500

Det eksisterer per i dag en fungerende løsning for eksemplarframstilling etter åndsverkloven § 49 og for omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer for pliktavlevert materiale, jf. åvl. § 100 (3). Disse bør i alle tilfelle opprettholdes for fribruksregelen hjemlet i art. 3 og 6 som supplerer dagens bestemmelser hjemlet i § 49. De samme argumentene gjør seg gjeldende her som i lovgivningsprosessen i 2005.²⁵ Det er mulig å utvide løsningen for § 49 til å også dekke de to andre nye hjemlene etter digitalmarkedsdirektivet. Departementet må vurdere om en slik løsning vil være passende. I tråd med det som er argumentert ovenfor bør det også på dette punktet unngås at det gjøres forskjell på art. 3 og 4 på en måte som undergraver samarbeid mellom de begunstigede i de to hjemlene, blant annet i form av «public-private partnerships», jf. fortalepunkt 11. Det samme burde derfor legges til grunn for de to bestemmelsene.

For andre unntaksbestemmelser kan en god løsning være å erstatte klageretten etter § 100 (2) med en kortere tidsfrist på å tilrettelegge for omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer av eget tiltak, og at de begunstigede etter unntakene gis adgang til å sørge for slik omgåelse selv hvis dette ikke skjer innen fristens utløp. Denne tidsfristen kan for eksempel være på 72 timer som foreslått blant annet av Communia.²⁶

Det sentrale i implementeringsprosessen er å unngå at man blir sittende å vente på legitim tilgang for bruk av materiale til anerkjente allmenntilgittige formål som etter direktivets art. 3-6. Gjennomgangen av ordningen i forbindelse med implementeringen av digitalmarkedsdirektivet gir også muligheten til å gjennomgå dette for andre fribruksbestemmelser. Departementet kan vurdere å gjennomføre en slik oppdatering mer generelt.

Spørsmål:

15. Skal dette forstås som at avveiningene opp mot tretrinns testen allerede er gjort av EU-lovgiver, eller legger direktivet opp til at ytterligere avveininger skal skje på nasjonalt nivå?

Svar: Spørsmålet er på et høyt teoretisk nivå, og reflekterer en debatt som har foregått i opphavsrettslig teori. Delvis har dette gått på hvem er tretrinns testen rettet til, lovgivere, dommer eller brukere? Holdningen i teorien på dette punktet har hovedsakelig vært at tretrinns testen kun er rettet lovgiver.²⁷ Det har samtidig vært fremholdt at EU-domstolen

²⁵ Innst. O. Nr. 103 (2004-2005) s. 34

²⁶ Communia, "Article 7: Contractual and technological override": <https://www.notion.so/9e0b5299f0a14ad7b2058ab5881592d8?v=c0efeb4b2b824d5290933e136c9b7419>

²⁷ Jonathan Griffiths, THE "THREE-STEP TEST" IN EUROPEAN COPYRIGHT LAW – PROBLEMS AND SOLUTIONS (2009) s. 3: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1476968; P. Bernt Hugenholtz & Ruth L. Okediji, CONCEIVING AN INTERNATIONAL INSTRUMENT ON LIMITATIONS AND EXCEPTIONS TO COPYRIGHT (2008) s. 18: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/937.pdf>

har lagt til grunn at også nasjonale domstoler må ta tretrinns testen i betraktning når de vurderer rekkevidden av fribruksreglene i InfoSoc-direktivet.²⁸

Spørsmålet her er hvilken betydning tretrinns testen har for norsk lovgiver i implementeringen av digitalmarkedsdirektivet. Som fremhevet av Griffiths har nasjonale domstoler hatt en høyst variert tilnærming til testen, noe som også reflekteres i EU-domstolens tilnærming referert i det videre, og løsningene strekker seg fra det som kan karakteriseres som restriktive til liberale.²⁹

EU-domstolen har fastslått at tretrinns testen i InfoSoc-direktivet ikke har betydning for substansive innholdet i unntakene direktivet etablerer. Medlemsstatene skal ikke tolke unntakene utvidende, men heller ikke begrense innholdet i unntakene som etablert i direktivet.³⁰ Videre har domstolen etablert at handlinger som faller tydelig innenfor vilkårene i unntakene etablert i InfoSoc-direktivet også anses å tilfredsstillende art. 5 (5).³¹ EU-domstolen har samtidig fremhevet at tretrinns testen har betydning når lovgiver i medlemsstatene implementerer unntakene i InfoSoc-direktivet,³² at slike unntak må leses i lys av tretrinns testen³³ og at handlingene som gjennomføres under unntaket også må falle inn under testen.³⁴ Det virker allikevel åpenbart at dette må være innenfor rammene etablert i de to foregående uttalelsene. Tretrinns testen har altså betydning både når lovgiver og domstoler skal vurdere rekkevidden av fribruksreglene i InfoSoc-direktivet, men skal ikke ha betydning for det substansive innholdet i bestemmelsene.

Det er samtidig viktig å ha et kontekstualisert syn på hva som ligger i en slik vurdering. Tidlige dommer fra EU-domstolen rundt tolkning av rekkevidden av fribruksbestemmelser fremhevet gjerne behovet for å tolke unntak innskrenkende i tråd med rettighetshavers interesser.³⁵ Her har det imidlertid vært en markant utvikling. EU-domstolen har nå lagt seg til en standard der det resultatet av en slik tolkning også uttrykkelig må gjenspeile en rettfærdig balanse mellom rettigheter og interesser til både rettighetshavere og brukere.³⁶ Dette er spesielt tilfelle der andre menneskerettigheter som ytringsfrihet, tilgang til

²⁸ Richard Arnold and Eleonora Rosati, "Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test?" (2015) s. 6-10: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2627014

²⁹ Se gjennomgangen i Griffiths(2009), s. 4 ff

³⁰ C-435/12 (ACI Adam) para. 26; C-117/13 (Technische Universität Darmstadt) para. 47; C-463/12 (Copydan) para. 90; Se generelt Richard Arnold and Eleonora Rosati, "Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test?" (2015) s. 6-10: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2627014

³¹ C-302/10 (Infopaq II) para. 55-57

³² C-145/10 (Painer) para. 110

³³ C-5/08 (Infopaq I) para. 58; C-351/12 (OSA) para. 40; C-117/13 (Technische Universität Darmstadt) para. 40

³⁴ C-117/13 (Technische Universität Darmstadt) para. 56

³⁵ Se C-5/08 (Infopaq I) para. 57

³⁶ Se C-469/17 (Funke Medien) para. 50 og 51; C-476/17 (Pelham) para. 32; C-516/17 (Spiegel Online) para. 35 og 36; se også Martin Senftleben, "Bermuda Triangle – Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market" (2018) s. 10-12: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3325017

informasjon og privatliv må vektes mot rettighetshaverens eiendomsrett.³⁷ Altså når man skal fastslå rekkevidden av unntak etter EU-retten må det skje i en bred, kontekstualisert og balansert vurdering der rettigheter og interesser både på bruker- og rettighetshaversiden tillegges vekt.

Praktisk retter spørsmålet seg mot om norsk lovgiver må gjøre en egen vurdering av rekkevidden til unntakene i art. 3-6 i lys av tretrinns-testen i implementeringen av digitalmarkedsdirektivet. I dette tilfellet bør det legges til grunn at unntakenes bindende effekt, harmoniseringsformålet, samt formålet om grenseoverskridende samarbeid under art. 3-6 og 8-11 taler for at man ikke skal innføre særinnskrenkninger i utover bestemmelsenes uttrykkelige ordlyd i nasjonal rett. Når det også er sikker EU-rett at begrep i EU-lovgivning som ikke direkte viser til nasjonale bestemmelser skal tolkes likt i Unionen,³⁸ og EU-domstolen er ansvarlig for å fastslå en slik autoritativ tolkning av de nye unntakene,³⁹ bør man også avvente EU-domstolens tolkning utover det som fremgår av direktivets ordlyd. Potensiale for nasjonale begrensninger som skaper problemer for grenseoverskridende effekt bør derfor medføre at man ikke innfører ytterligere begrensninger på nasjonalt nivå utover det som fremgår uttrykkelig av bestemmelsene etablert i direktivet.

³⁷ Se C-469/17 (Funke Medien) para. 53; C-476/17 (Pelham) para. 32; C-516/17 (Spiegel Online) para. 38.

³⁸ Se C-128/11 (Usedsoft) para. 39

³⁹ Treaty of the European Union art. 19 (1)

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

Artiklene 8 til 11 inneholder regler om bruk av verk som ikke lenger er i handelen (out-of-commerce). Artikkel 8 gir anvisning på en form for avtalelisensordning som kulturarvinstitusjoner kan benytte for klarering av slike verk. Dette betyr at dersom det inngås en avtale med en representativ kollektiv forvaltningsorganisasjon, blir avtalen utvidet til også å gjelde de rettighetshavere som ikke er medlem av organisasjonen. Det stilles som vilkår at alle rettighetshavere skal likebehandles når det gjelder lisensvilkår. Bestemmelsene inneholder visse krav til den kollektive forvaltningsorganisasjonen og regler om hvordan ordningen skal fungere i praksis. Blant annet fremgår det av bestemmelsen at rettighetshaveren har mulighet til å nedlegge forbud mot slik bruk.

Generell kommentar: Departementets innledende beskrivelse bør først kommenteres. Art. 8-11 av digitalmarkedsdirektivet etablerer nye regler for kulturarvinstitusjonenes bruk av verk som er ute av handelen. Bestemmelsene er resultatet av en lovgivningsprosess som har foregått på EU nivå over et tiår for å løse det som har blitt ansett som et grunnleggende problem ved kulturarvinstitusjoners samlinger: «the twentieth century black hole». «The twentieth century black hole» viser ifølge Europeana til det dramatiske fallet i verk tilgjengelig online fra europeiske kulturarvinstitusjoner fra 1950 og fremover.⁴⁰

Fleire løsninger har vært utforsket på dette problemet på EU-nivå. I 2011 fremforhandlet Kommisjonen et «Memorandum of Understanding Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works» med sentrale interessegrupper på europeisk nivå.⁴¹ I 2012 fulgte EU opp med hitteverksdirektivet. Direktivet søkte å avhjelpe problemet med manglende tilgjengelighet av materiale ved kulturarvinstitusjoners samlinger ved å hjemle deling av visse typer materiale der rettighetshaver ikke kunne identifiseres eller lokaliseres etter et omfattende søk. Hitteverk er altså verk som er ute av handelen hvor man ikke kan identifisere eller lokalisere rettighetshaver. I tillegg har EU støttet prosjekter med rettighetsdatabaser for å lette jobben med individuell klarering gjennom FORWARD og ARROW.⁴²

I konsekvensutredningen til hitteverksdirektivet behandlet Kommisjonen avtalelisens som en mulig løsning på «20th century black hole»-problemet. Generelt var Kommisjonen negativ til avtalelisensen som en løsning. Dette var hovedsakelig fordi man med avtalelisens også ville betale for hitteverk hvor man uansett ikke kunne identifisere eller lokalisere en

⁴⁰ Europeana, "The missing decades: the 20th century black hole in Europeana":

<https://pro.europeana.eu/post/the-missing-decades-the-20th-century-black-hole-in-europeana>

⁴¹ Memorandum of Understanding Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works (2011): <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-3-2011/3180/mou.pdf>

⁴² COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT on the modernisation of EU copyright rules SWD(2016) 301 final - Part 3 s. 136:

https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=17213

rettighetshaver og fordi avtalelisensordningen med Norge som eksempel ble ansett som for dyr.⁴³ Grunnen til lovgiver på EU-nivå snudde om avtalelisens var at disse løsningene ikke fungerte og dermed ikke løste problemet med «the twentieth century black hole». MOUen fra 2011 var ikke-bindene, dekket kun bøker og tidsskrift og hadde ikke grenseoverskridende effekt. Hitteverksdirektivet krevde et omfattende søk på individuelt nivå og ble aldri en fungibel løsning for å muliggjøre bruk av kulturarvinstitusjonenes samlinger.⁴⁴

Det er viktig å forstå at reglene om verk som er ute av handelen for det første er et svar på et problem man har vært bevisst på EU-nivå lenge, og at man her har søkt å finne en løsning som faktisk fungerer i praksis der tidligere løsninger ikke har fungert som håpet.

Direktivet etablerer ikke en ren avtalelisensordning for å løse dette problemet. Direktivet legger opp til en tosporet løsning, jf. art. 8 (3). Der det finnes representative organisasjoner som kan inngå avtalelisens innføres en slik ordning, jf. art. 8 (1). På områder hvor det ikke finnes slike organisasjoner innføres det et rent unntak, jf. art. 8 (2). Det virker naturlig at områdene hvor det skal innføres en avtalelisens overlapper med områdene hvor det per i dag finnes representative organisasjoner med godkjenning som tillater dem å inngå avtale med avtalelisenseffekt. Kravene til organisasjonene i direktivet virker å overlappe med kravene i gjeldende rett.⁴⁵

Bestemmelsene om verk som er ute av handelen dekker verk generelt. Fortalepunkt 37 fremhever at dette må gjelde «for different types of works and other subject matter, including photographs, software, phonograms, audiovisual works and unique works of art, including where they have never been commercially available». Bestemmelsen favner altså vidt og dekker også materiale som aldri har vært kommersielt tilgjengelig, herunder «posters, leaflets, trench journals or amateur audiovisual works, but also unpublished works or other subject matter». Det er flere områder for materiale som vil være underlagt disse reglene hvor representative organisasjoner eller godkjenninger ikke foreligger i dag. Filmområdet er kanskje det mest velkjente eksempelet.⁴⁶ Fotoområdet er et annet eksempel hvor dette har vært vanskelig å etablere slike ordninger, og for aldri publisert materiale kan det muligens være vanskelig å argumentere for representativitet.⁴⁷

⁴³ COMMISSION STAFF WORKING PAPER IMPACT ASSESSMENT ON THE CROSS-BORDER ONLINE ACCESS TO ORPHAN WORKS SEC(2011) 615 final s. 27-28: https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2011/sec_2011_0615_en.pdf

⁴⁴ Rán Tryggvadóttir, “The European Union’s Proposed Measures to Improve Licensing Practices and Ensure Wider Access to Content in Cultural Heritage Institutions and their Compatibility with the Nordic ECL System”, NIR 6 (2017) s. 616-617

⁴⁵ Se Johan Axhamn, “The New Copyright Directive: Collective licensing as a way to strike a fair balance between creator and user interests in copyright legislation (Article 12)” Kluwer Copyright Blog (2019): <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/25/the-new-copyright-directive-collective-licensing-as-a-way-to-strike-a-fair-balance-between-creator-and-user-interests-in-copyright-legislation-article-12/>

⁴⁶ Janssens, Marie-Christine and Ran Tryggvadóttir, “Facilitating Access to Orphan and Out of Commerce Works to Make Europe’s Cultural Resources Available to the Broader Public” (2014) s. 42-43: <https://ssrn.com/abstract=2538097> eller <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2538097>

⁴⁷ Rán Tryggvadóttir, “Cultural heritage institutions, out-of-commerce works and the DSM directive” NIR 1 (2020) s. 205-206

Det virker derfor klart at departementet enten må sette i gang et arbeid med godkjenning av organisasjoner på utestående relevante områder, eller så må det også innføres en fribruksregel for verk som er ute av handelen i norsk rett. Departementet har flere alternativer for å tilnærme seg problemstillingen. Nasjonalbiblioteket har god erfaring med avtalelisensavtaler, blant annet som grunnlag for Bokhylla-avtalen, og ser på dette som en god løsning i de fleste tilfeller. Det skaper en harmoni og samhandling mellom rettighetshavere og brukere som man kanskje ikke oppnår med et rent unntak. Nasjonalbiblioteket vil derfor støtte at det settes i gang med et arbeid rundt godkjenning av representative organisasjoner på utestående områder. Det bør samtidig være klart at man ikke kan implementere reglene om verk som er ute av handelen kun gjennom avtalelisens i dag uten at det tas en runde med godkjenninger for avtalelisens på utestående områder.

Spørsmål:

16. *Hvordan vil gjennomføring av direktivets artikkel 8 påvirke eksisterende avtalelisensregler?*

Svar: I de tidligere diskusjonene rundt det foreslåtte digitalmarkedsdirektivet var det en uttalt frykt at den foreslåtte avtalelisenshjemmelen for verk som er ute av handelen skulle ha en negativ innvirkning på eksisterende og velfungerende regler om avtalelisens. Dette ble fremhevet blant annet av Tryggvadóttir:

«Many have voiced concern that the DSM proposal may in fact narrow the scope for ECLs in general. Thus proposals have been made to underline, for example in a recital, that the proposal is without prejudice to the arrangement in the Member States concerning the management of rights such as extended collective licences.⁸⁴ The Commission has denied that the DSM proposal will have such effect. Nevertheless, I believe that a recital underlining that understanding would be helpful.⁸⁵»⁴⁸

Tryggvadóttir siterer her en uttalelse fra International Federation of Reproduction Rights Organisations:

«IFRRO appreciates the recognition of the existing negotiated solutions for Out - of - Commerce works in the proposed Directive, however IFRRO is of the view that the Directive should also preserve existing national solutions and encourage the development of new approaches to the problem posed by out of commerce works.

(...)

⁴⁸ Rán Tryggvadóttir, “The European Union’s Proposed Measures to Improve Licensing Practices and Ensure Wider Access to Content in Cultural Heritage Institutions and their Compatibility with the Nordic ECL System”, NIR 6 (2017) s. 628

it is important that the Directive does not stifle the potential for innovative Out-of-Commerce solutions and that Member States can be responsive to developments in technology and the methods of exploitation of works in the future. For that reason, IFRRO suggests that the scope for Member States to develop solutions on a national level be explicitly recognised.»⁴⁹

Fortalepunkt 43 ble løsningen på denne bekymringen:

«The measures provided for in this Directive to facilitate the collective licensing of rights in out-of-commerce works or other subject matter that are permanently in the collections of cultural heritage institutions **should be without prejudice to the use of such works or other subject matter under exceptions or limitations provided for in Union law, or under other licences with an extended effect, where such licensing is not based on the out-of-commerce status of the covered works or other subject matter.** Those measures should also be without prejudice to national mechanisms for the use of out-of-commerce works or other subject matter based on licences between collective management organisations and users other than cultural heritage institutions.»

Altså kan hjemler for avtalelisens etableres og beholdes der grunnlaget for avtalelisensen ikke er «ute av handelen»-statusen til verkene og de nærstående rettighetene det gjelder. Art. 8 regulerer altså ordningen for verk som er ute av handelen for kulturarvinstitusjoner, men har ikke betydning for andre overlappende unntak etablert på EU-nivå og andre avtalelisenshjemler på nasjonalt nivå som ikke baserer seg på verkens «ute av handelen»-status.

Dette betyr altså at eksemplarfremstillingsretten i digitalmarkedsdirektivet art. 6 og avtalelisenshjemmelen i åndsverkloven § 50 begge kan sameksistere med en implementert hjemmel etter art. 8. At unntaket i art. 6 kan sameksistere med art. 8 fremgår klart av fortalepunkt 43 som etablerer at art. 8 ikke har effekt på andre unntak fra opphavsretten etablert i unionsretten. § 50 bør kunne sameksistere med art. 8 fordi det er en avtalelisenshjemmel som har et annet grunnlag enn verk som er ute av handelen, og favner videre. Formålet med § 50 er å hjemle en avtalelisens for digitaliseringen av helheten av de utgitte verkene i en ABM-samling, samt offentliggjort kunstverk og offentliggjort fotografisk verk og bilde. Art. 8 derimot dekker verk som er ute av handelen, inkludert verk som aldri har vært utgitt eller offentliggjort. Med andre ord, bestemmelsene overlapper, men har ulikt grunnlag og virkeområde. I tråd med digitalmarkedsdirektivets fortalepunkt 43 bør derfor begge hjemlene kunne beholdes i nasjonal rett.

⁴⁹ IFRRO, "Proposal for a directive on copyright in the digital single market IFRRO position" (2017), https://ifrro.org/sites/default/files/dsm_directive_ifrro_position-final.pdf

17. Hvordan bør forholdet mellom åndsverkloven § 50 om avtalelisens for bruk av verk i arkiv, bibliotek og museer, og direktivforpliktelsene i art 8 vurderes?

Svar: Siden bestemmelsen i § 50 ikke er basert på et vilkår om at materiale må være ute av handelen er det som behandlet under forrige spørsmål ingen direkte overlapp i formål mellom bestemmelsen og en eventuelt ny avtalelisenshjemmel for verk som er ute av handelen. I tråd med fortalepunkt 43 bør disse dermed kunne beholdes som en parallelle hjemler for avtalelisens. Det kan her fremheves at § 50 dekker tilfelle og bruk som ikke som helhet vil falle inn under de nye hjemlene for verk som er ute av handelen.

Det er heller ingen god grunn til at eksisterende avtalelisensløsninger som har vist seg å fungere bra skal underlegges kravene i art. 8 der det ikke er nødvendig, herunder 6 måneders registrering i en trans-Europeisk database. Direktivet gjør det klart at det ikke har betydning for materiale allerede underlagt eksisterende avtalelisensavtaler, jf. art. 26 (2), men bruk under andre hjemler som ikke er basert på ute av handelen status hvor det har utviklet seg god praksis for løsninger bør beholdes i norsk rett også etter implementeringen av direktivet. De nye hjemlene for verk som er ute av handelen i digitalmarkedsdirektivet bør anses som en ytterligere mulighet både for de representative organisasjonene og kulturarvinstusjonene til å komme til enighet om avtalelisenser på en annen basis enn eksisterende hjemler, for et annet formål og som ikke er territorielt begrenset til Norge. Hvis f.eks. norske forleggere med tiden til større grad gjør sine historiske titler tilgjengelig i digital form vil også betydningen av reglene om verk som er ute av handelen avta og få et smalere nedslagsfelt. Å opprettholde en bredere overordnet hjemmel kan derfor være ønskelig.

Det har lenge vært en teoretisk diskusjon om hvordan avtalelisenssystemer skal hjemles på EU-nivå. Selv om det har vært bred enighet om at dette er innenfor EU-rettens krav, spesielt med henvisning til InfoSoc-direktivets fortalepunkt 18 («This Directive is without prejudice to the arrangements in the Member States concerning the management of rights such as extended collective licences.»), gjør digitalmarkedsdirektivets art. 12 det klart at andre avtalelisensbestemmelser på annet grunnlag enn «ute av handelen»-status er tillatt etter EU-retten. Å opprettholde og etablere andre hjemler for avtalelisens der det er nødvendig bør derfor anses som naturlig.

18. Er det hensiktsmessig å fastsette særlige krav for å avgjøre om verk eller andre beskyttede arbeider kan lisensieres som verk som ikke lenger er i handel?

Svar: Art. 8 innfører alternativt avtalelisenshjemmel og fribrukshjemmel for verk som er ute av handelen. Med spørsmålet spør departementet i prinsippet hva som skal ligge i verk som er ute av handelen. Direktivet fastslår uttrykkelig at det må foretas en rimelig innsats for at materiale skal kunne anses som ute av handelen. Videre må materiale ha vært registrert i en database etablert på EU-nivå i seks måneder før de kan benyttes under bestemmelsene om verk som er ute av handelen. Hva som ligger i rimelig innsats gjennomgås under spørsmål 20. Opplysningstiltak behandles under spørsmål 22 og 23.

Spørsmålet leses derfor som om man bør innføre ytterligere tiltak på nasjonalt nivå. Her fremhever direktivet muligheten for å innføre en stillstandsperiode, jf. fortalepunkt 37. Altså at hjemmelen kun gjelder for verk en viss tidsperiode fra verket første gang ble gjort kommersielt tilgjengelig. Direktivet innfører allerede en stillstandsperiode på seks måneder fra registrering. Spørsmålet er om det bør innføres en ytterligere slik tidsbegrensning.

I diskusjonen rundt nye hjemler for å løse «20th century black hole»-problemet har dette blitt fremhevet som en løsning som kan sikre at de negative effektene på rettighetshavers interesser av et regelverk om verk som er ute av handelen blir minimale.⁵⁰

Samtidig er en stillstandsperiode noe som kan sikres av partene, noe som illustreres av eksisterende avtalelisensavtaler i dag. Dette er f.eks. tilfellet i Bokhylla-avtalen som dekker materiale utgitt i Norge til og med år 2000, jf. avtalens § 2. Når avtalen ble inngått i 2010 innebar dette en ti års stillstandsperiode. Klausulen og stillstandsperioden er per i dag ikke oppdatert og er nå på 21 år. Behov for en stillstandsperiode foreligger kanskje ikke når eksisterende avtaler som Bokhylla viser at det er noe partene selv kan avklare der det er formålstjenlig.

For kulturarvinstitusjonene sin del ville nok en stillstandsperiode være av interesse hvis den også innbar en presumpsjon om at verk er ute av handelen. Det er umiskjennelig slikt at andelen av materiale kulturarvinstitusjonene sine samlinger som fortsatt er kommersielt relevant når man kommer litt bakover i tid synker veldig raskt, og hvis man kan unngå den ressurskrevende operasjonen det vil være å undersøke kommersiell tilgjengelighet gjennom en stillstandsperiode kan dette kanskje være en nyttig løsning. Man kan f.eks. legge til grunn en to-trinnsbestemmelse der eldre materiale anses prima facie som ute av handelen, mens det for senere materiale må gjennomføres en undersøkelse. Hvis det ikke anses passende å innføre en slik presumpsjon vil nok den beste løsningen for kulturarvinstitusjonene være at dette overlates til avtaleregulering mellom partene.

19. Hvilke krav kan være hensiktsmessige? Hvilke fordeler og ulemper kan det å oppstille slike krav medføre?

Nasjonalbiblioteket anser dette spørsmålet besvart under spørsmål 18 og 20.

20. Hva bør en «rimelig innsats» innebære, for å avgjøre om et verk ikke lenger er i handelen? Og hva bør konsekvensene være dersom det ikke gjøres en tilstrekkelig innsats?

I arbeidet med å finne praktikable løsninger på problemstillinger «20th century black hole» har lovgiver på EU-nivå høstet en del erfaringer som reflekteres i de nye bestemmelsene om

⁵⁰ Janssens, Marie-Christine and Ran Tryggvadottir, "Facilitating Access to Orphan and Out of Commerce Works to Make Europe's Cultural Resources Available to the Broader Public" (2014) s. 42: <https://ssrn.com/abstract=2538097> eller <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2538097>

verk som er ute av handelen. Som fremhevet over er bestemmelsene om verk som er ute av handelen løsningen på et problem EU-lovgiver lenge har vært bevisst på, og et resultat av at tidligere løsninger ikke har fungert som håpet. Et av målene med «rimelig innsats» standarden er derfor å unngå problemene spesielt med begrepet «omfattende søk» i hitteverksdirektivet.⁵¹ Denne innebar en altfor tids-, kostnads- og ressurskrevende standard for å fastslå om noe var et hitteverk. Grunnet kravene om individuell vurdering og et omfattende søk i mange spesifiserte kilder ble ikke hitteverksdirektivet sett på som en funksjonell løsning for rettighetsklarering av kulturarvinstitusjoner.⁵²

Fortalepunkt 38 fremhever at en rimelig innsats «involve taking account of any easily accessible evidence of upcoming availability of works or other subject matter in the customary channels of commerce». Det er ikke krav om gjentatte undersøkelser. Undersøkelsen skal videre kun gjennomføres for enkeltverk der det er «considered reasonable in view of the availability of relevant information, the likelihood of commercial availability and the expected transaction cost». Fortalepunktet fremhever også at såkalt «sampling» i mange tilfeller kan være en tilstrekkelig tilnærming til en slik rimelig innsats. Altså vil det i en samling av materiale av en viss art være tilstrekkelig å gjennomgå et utvalg av samlingen. Rundt hva som ligger i «customary channels of commerce» gjør fortalen det også klart at tilgjengelighet gjennom bruktbuikker og rene teoretiske muligheter til lisensiering ikke skal regnes med.

Med lærdom fra hitteverksdirektivet har man altså lagt en helt annen standard til grunn, og man har aktivt valgt å gjøre den mindre tids-, kostnads- og ressurskrevende. Hvis det ikke foreligger enkelt tilgjengelig informasjon i vanlige kommersielle kanaler kan materiale registreres som verk som er ute av handelen.

Siden digitalmarkedsdirektivet etablerer en såpass mye enklere standard for «rimelig innsats» enn det som var tilfellet under hitteverksdirektivet er det ikke naturlig å legge de samme reglene til grunn for situasjonene det skulle vise seg at materialet allikevel ikke skulle være ute av handelen.⁵³ Dette gjelder spesielt siden «rimelig innsats»-begrepet kun krever at man søker i enkelt tilgjengelig informasjon, og det i tilfeller er akseptabelt med «sampling» av større materialsamlinger. Det virker derfor ikke naturlig at brukerne under bestemmelsen skulle møte noen sanksjoner hvis materiale mot formodning ikke skulle vise seg å være ute av handelen. Konsekvensen i et slikt tilfelle burde derfor maksimalt være at materiale ikke lenger kan brukes under bestemmelsene om verk som er ute av handelen. Ytterligere krav burde eventuelt stilles til at institusjonene opparbeider gode og etterprøvbare rutiner for hvordan slik aktivitet gjennomføres.

⁵¹ Rán Tryggvadóttir, “Cultural heritage institutions, out-of-commerce works and the DSM directive” NIR 1 (2020) s. 202

⁵² Rán Tryggvadóttir, “The European Union’s Proposed Measures to Improve Licensing Practices and Ensure Wider Access to Content in Cultural Heritage Institutions and their Compatibility with the Nordic ECL System”, NIR 6 (2017) s. 616-617

⁵³ Hitteverksdirektivet art. 6 (5); åndsverkloven § 52 (3)

Bruk over landegrensene (artikkel 9)

Under visse vilkår åpnes det i artikkel 9 for grensekryssende bruk av verk som ikke lenger er i handel. Bruk som skjer i henhold til artikkel 8 skal anses å skje i den medlemsstaten hvor kulturarvinstitusjonen er etablert, uavhengig av hvor den faktiske bruken skjer.

Spørsmål:

21. Hvordan bør det legges til rette for grensekryssende bruk av verk som ikke er i handel?

Mangelen på grenseoverskridende effekt har vært fremhevet som et problem ved eksisterende nasjonale avtalelisensløsninger som en løsning «the 20th century black hole» og som et argument for nye løsninger på EU-nivå. Dette har blitt gjort med spesifikk henvisning til Norge og Bokhylla-avtalen som er begrenser tilgang til norske IP-adresser.⁵⁴ Dette er altså et problem man har sett det viktig å løse i digitalmarkedsdirektivet.

Problemstillinger rundt mangelen på grenseoverskridende effekt er også noe Nasjonalbiblioteket har erfaring med. Bokhylla-avtalen er som kjent begrenset til norske IP-adresser. Spørsmålet om en grenseoverskridende effekt er noe man fra rettighetshaversiden ikke har følt man har hatt anledning til å innvilge. Direktivet er i denne sammenheng en god klarering og oppdatering.

Unntaket og avtalelisenshjemmelen bør her behandles for seg. For avtalelisenshjemmelen gjør direktivet det klart i art. 9 (1) at «Member States shall ensure that licences granted in accordance with Article 8 may allow the use of out-of-commerce works or other subject matter by cultural heritage institutions in any Member State.» Som det gjøres klart i fortalen skal det være opp til kulturarvinstitusjonene og de kollektive forvaltningsorganisasjonene å enes om lisensenes territoriale utstrekning, jf. fortalepunkt 40. Det virker derfor klart at det må fremgå av hjemmelen i nasjonal rett at det kan avtales en utstrekning av avtalelisensen som dekker hele EØS-området.

For unntaket etablerer direktivet at slik bruk «shall be deemed to occur solely in the Member State where the cultural heritage institution undertaking that use is established.» Dette har blitt kalt et «country of origin»-prinsipp. Bruken under unntaket vil gjelde i hele EØS, men anses formelt kun å skje i landet der den begunstigede kulturarvinstitusjonen er basert. Dette er en såkalt rettslig fiksjon, som åpner for tilgjengelighet under unntaket for alle som befinner seg i EØS.

Nasjonalbiblioteket mener det bør fremgå klart at bestemmelsene som implementeres med hjemmel i direktivet gis slik grenseoverskridende effekt.

⁵⁴ COMMISSION STAFF WORKING PAPER IMPACT ASSESSMENT ON THE CROSS-BORDER ONLINE ACCESS TO ORPHAN WORKS SEC(2011) 615 final s. 27: https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2011/sec_2011_0615_en.pdf; Lucie Guibault, "Cultural Heritage Online? Settle It in the Country of Origin of the Work" 6 JIPITEC 3 (2015) s. 174: [https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-6-3-2015/4314/guibault_6_\(3\).pdf](https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-6-3-2015/4314/guibault_6_(3).pdf)

Opplysningstiltak (artikkel 10)

I artikkel 10 fastsettes det krav til visse informasjonstiltak som skal gjennomføres for å identifisere verk som er omfattet av avtalelisensen. Etter bestemmelsen legges det opp til at informasjonen skal offentliggjøres på en felleseuropeisk nettportal.

Spørsmål:

22. Er det behov for å lovfeste informasjonstiltak ut over det artikkel 10 krever?

Norge har per i dag et velfungerende avtalelisenssystem som sammen med de andre landene i Norden, og kanskje spesielt grunnet suksesshistorien med Bokhylla-avtalen, åpenbart har vært en inspirasjon også for lovgiver også på EU-nivå i utformingen av de nye reglene. Det bør derfor lengst mulig unngås at man innfører problematiske eller ressurskrevende krav om informasjonstiltak utover dagens ordning. Dette gjelder spesielt siden avtalelisensbestemmelsene nettopp søker å løse tilfeller der «high transaction costs» gjør individuell klarering uhensiktsmessig eller umulig.⁵⁵

Art. 10 (2) fremhever at medlemsstatene skal gjennomføre ytterligere informasjonstiltak «if necessary for the general awareness of rightholders». Fortalepunkt 41 andre ledd fremhever:

«further appropriate publicity measures might need to be taken on a case-by-case basis in order to increase the awareness in that regard of the rightholders concerned, for example through the use of additional channels of communication to reach a wider public. The necessity, the nature and the geographic scope of the additional publicity measures should depend on the characteristics of the relevant out-of-commerce works or other subject matter, the terms of the licences or the type of use under the exception or limitation, and the existing practices in Member States.»

Dette, og spesielt henvisningen til «existing practices in Member States» i siste punktum, bør leses som at dette rettes hovedsakelig mot land som ikke har en lang og velfungerende praksis rundt avtalelisens. Behovet for ytterligere slike tiltak i Norge bør derfor anses som minimalt.

Til den grad det skulle anses som relevant kan det påpekes at tiltak som dette allerede er del av gjeldende avtalelisensavtaler. Bokhylla-avtalen f.eks. regulerer opplysningstiltak i § 16: «Partene vil samarbeide nærmere om informasjon om tjenesten.»

Soulier-dommen er et godt eksempel på at pålegg om informasjonstiltak kan bli for inngripende. Dommen gjaldt en fransk unntak for bruk av verk som er ute av handelen. Her fastslo EU-domstolen at hver rettighetshaver måtte bli «actually and individually informed»

⁵⁵ Johan Axhamn, *The Consistency of the Nordic Extended Collective Licencing Model with International Copyright Conventions and EU Copyright Norms* (2017) s. 566-567: https://lup.lub.lu.se/search/ws/files/77224573/Axhamn_ECL_NIR_2019_6.pdf

om bruk etter ordningen, jf. dommens para. 43. Dette er åpenbart ikke fungibelt etter en avtalelisensbestemmelse hvor målet er å unngå transaksjonskostnadene ved individuell klarering. Som jeg kommer tilbake til under spørsmål 25 har lovgiver på EU-nivå spesifikt regulert seg bort fra denne standarden i digitalmarkedsdirektivet for å unngå tvil om det foreligger et slikt krav. Det bør generelt legges til grunn at tyngende og ressurskrevende informasjonstiltak likeledes skal unngås.

23. Skal den enkelte kulturarvinstitusjonen eller kollektive forvaltningsorganisasjonen selv melde inn informasjonen til den felleseuropeiske nettportalen, eller bør en sentral nasjonal virksomhet ha ansvaret for dette?

Nasjonalbiblioteket har per i dag oppgaven med å registrere verk som har gjennomgått et omfattende søk som hitteverk i OHIM sin database. Dette har vært en svært begrenset oppgave da den norske ABM-sektoren av ulike grunner til liten grad har tatt dette regelverket aktivt i bruk. Nasjonalbiblioteket er åpen for å ta den samme rollen for de nye bestemmelsene om verk som er ute av handelen, men har ikke per i dag sett detaljert på oppgavens omfang og behovet for ressursbruk. Rollen passer i prinsippet godt med Nasjonalbibliotekets funksjon som et knutepunkt på kulturarvområdet

Dialog mellom berørte parter (artikkel 11)

Etter artikkel 11 skal medlemsstatene sørge for at rettighetshavere, kollektive forvaltningsorganisasjoner og kulturarvinstitusjoner konsulteres i forbindelse med visse krav som fastsettes i henhold til artikkel 8. I tillegg skal det legges til rette for løpende dialog mellom berørte parter om bruken av bestemmelsen.

Spørsmål:

24. Hvordan er det hensiktsmessig å etablere en slik dialog?

Det kan ses på som en naturlig del av Nasjonalbibliotekets rolle som nasjonalt knutepunkt for kulturarvfeltet å ta ansvar for å holde i denne dialogen og informere «partene». Norge har et lite og tett institusjonelt landskap på dette feltet der Nasjonalbiblioteket i realiteten er den sentrale formidlingsaktøren. Det foreligger allerede en del uformaliserte nettverk i sektoren med rettighetsorganisasjoner, kollektive forvaltere osv., og Nasjonalbiblioteket har her en slik rolle. Hvis departementet ønsker å plassere en slik rolle hos et organ er Nasjonalbiblioteket åpen for å ta den rollen. Dette kan anses som en enkel og lite byråkratisk løsning basert på eksisterende nettverk i sektoren.

Avtalelisens (artikkel 12)

Artikkel 12 er en generell bestemmelse som fastsetter krav til nasjonale avtalelisensordninger. Avtalelisens innebærer at dersom det inngås en avtale med en representativ kollektiv forvaltningsorganisasjon, blir avtalen utvidet til også å gjelde de rettighetshavere som ikke er medlem av organisasjonen (avtalelisensvirkning). Etter bestemmelsen skal avtalelisensordninger kun benyttes på «veldefinerte bruksområder» hvor individuell klarering er praktisk vanskelig. Videre stilles det krav om likebehandling av rettighetshavere og til hvilke organisasjoner som kan inngå avtalelisensavtaler. I artikkel 12 nr. 3 bokstav d stilles det krav om offentliggjøringstiltak for å informere rettighetshavere om nye avtalelisensavtaler, blant annet for å sikre at de skal ha mulighet til å kunne nedlegge forbud mot bruken. Slik forbudsrett er regulert i artikkel 12 nr. 3 bokstav c.

Spørsmål:

25. Åndsverkloven § 63 tredje ledd stiller krav til organisasjoner som kan inngå avtale med avtalelisensvirkning. Hvilke endringer bør gjøres i denne bestemmelsen som følge av artikkel 12? Hvilke praktiske konsekvenser antas det at gjennomføring av direktivforpliktelsen vil få?

Svar: Det har vært en frykt at etableringen av hjemler for avtalelisens på EU-nivå skulle ha negativ effekt på allerede velfungerende eksisterende ordninger i de medlemsstatene som har lang tradisjon for avtalelisens.⁵⁶ For reglene om verk som er ute av handelen i art. 8-11 er løsningen på dette fortalepunkt 43, her etableres det at avtalelisensordninger som ikke er basert på ute av handelen status kan beholdes. For art. 12 inneholder ikke direktivet en lignende formulering, noe som taler for at art. 12 må tas i betraktning for nasjonale avtalelisenshjemler mer generelt. Art. 12 kom kun inn i direktivet veldig sent i lovgivningsprosessen og derfor har den ikke vært gjennom den samme grundige lovgivningsprosessen som art. 8.⁵⁷ Det virker heller ikke som forbeholdet i fortalepunkt 43 var med i Kommisjonens opprinnelige forslag,⁵⁸ men at dette kom kun inn i direktivet etter at den problematiske siden ved en overlapp med andre avtalelisensløsninger hadde blitt

⁵⁶ Rán Tryggvadóttir, "The European Union's Proposed Measures to Improve Licensing Practices and Ensure Wider Access to Content in Cultural Heritage Institutions and their Compatibility with the Nordic ECL System", NIR 6 (2017) s. 628

⁵⁷ Se Europeana, 02/11/17 EU Copyright reform update (2017): <https://pro.europeana.eu/page/02-11-17-eu-copyright-reform-update>; se forslaget her: https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXV/EU/16/00/EU_160054/imfname_10757971.pdf

⁵⁸ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on copyright in the Digital Single Market COM/2016/0593 final

fremmet av akademikere og interessegrupper.⁵⁹ Det virker derfor vanskelig å utelukke at en lignende uttalelse kunne og burde vært lagt til grunn for art. 12. Med grunnlag i ordlyden i art. 12 kan det allikevel virke tryggest å legge til grunn at nasjonale avtalelisenshjemler må falle innenfor denne hjemmelen. Spørsmålet er så hva det innebærer for eksisterende avtalelisensordninger i Norge.

Digitalmarkedsdirektivet lener seg fremtredende på de kravene som er etablert i direktivet om kollektiv rettighetsforvaltning, jf. fortalepunkt 44. Dette direktivet har allerede kommet langt i lovgivningsprosess i Norge, og det kan legges til grunn at disse kravene allerede vil være oppfylt.⁶⁰

Punktet hvor det virker klart at gjeldende rett må endres er eksklusjonsretten direktivet innfører for avtalelisens. I Norge er dette kun et krav etter den generelle avtalelisenshjemmelen i § 63 og avtalelisensen for tilgjengeliggjøring av audiovisuelle produksjoner i § 57. Den praktiske betydningen av en slik regel på kulturarvfeltet er nok allikevel begrenset. Det fremste eksempelet på en avtalelisensavtale basert i åvl. § 50, Bokhylla-avtalen, inneholder allerede en ordning hvor rettighetshavere kan ekskludere bruken av sine verk etter avtalen i avtalens § 7. Nasjonalbiblioteket aksepterer at en slik ordning må innføres også i norsk rett, selv om eksempler kulturarvsektoren viser at det allerede er tilstrekkelige løsninger på dette i eksisterende avtalelisensavtaler. Som fremhevet av Rognstad bør behovet for en eksklusjonsrett i norsk rett og betydningen av en mangel på en slik rett heller ikke overdrives da avtalelisensordningene ikke er preseptorisk.⁶¹

Et annet punkt det kan diskuteres vil ha betydning er kravet om at avtalisenser kun skal gjelde «within well-defined areas of use, where obtaining authorisations from rightholders on an individual basis is typically onerous and impractical to a degree that makes the required licensing transaction unlikely, due to the nature of the use or of the types of works or other subject matter concerned», jf. art. 12 (2). Hvis området for avtalelisenshjemlene må være veldefinert kunne det tenkes at det ville utelukke en generell hjemmel som i åndsverkloven § 63.

Uttalelsen må imidlertid leses i lys av fortalen. Fortalepunkt 49 fremhever:

«Member States should ensure that the purpose and scope of any licence granted as a result of mechanisms of collective licensing with an extended effect, as well as the possible uses, should always be carefully and clearly defined in law or, if the underlying law is a general provision, in the licensing practices applied as a result of such general provisions, or in the licences granted.»

⁵⁹ Rán Tryggvadóttir, “The European Union’s Proposed Measures to Improve Licensing Practices and Ensure Wider Access to Content in Cultural Heritage Institutions and their Compatibility with the Nordic ECL System”, NIR 6 (2017) s. 628; IFRRO, “Proposal for a directive on copyright in the digital single market IFRRO position” (2017): https://ifrro.org/sites/default/files/dsm_directive_ifrro_position-final.pdf

⁶⁰ Prop. 53 L (2020-2021) Lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv.

⁶¹ Rognstad, Opphavsrett (2019) s. 369

Altså skal formål, omfang og bruks av en avtalelisensbestemmelse være innenfor veldefinerte områder, men dette kan løses gjennom en generell lovhjemmel som spesifiseres av partene i selve lisensavtalen. Dette er i tråd med uttalelsen fra European Copyright Society på spørsmålet: «The term “general ECL” refers to the fact that the statutory provision legitimising the ECL is general in nature and that the specification is left to the agreement – not that the ECL escapes the requirement of specification».⁶²

Et annet spørsmål er kravet om informasjonstiltak. Det kan også her fremheves at direktivets regler om opplysningstiltak er en direkte regulering bort fra standarden etablert av EU-domstolen i Soullier-dommen. Dommen gjaldt en fransk ordning for bøker som ikke lenger er kommersielt tilgjengelige eller blir utgitt fysisk eller digitalt. Godkjente forvaltningsorganisasjoner ble gitt mandat til å gi lisens til spesifikk bruk etter en bok hadde vært registrert i 6 måneder i en database. Godkjenning krevde en viss styresammensetning (50 % hver av forfattere og forleggere) og rettferdig fordeling av inntektene. I de 6 månedene verket sto registrert kunne forfattere og forlag hver for seg trekke bøker fra ordningen. Etter dette måtte de i fellesskap trekke bøker. Forfattere kunne trekke bøker på egen hånd også etter 6 måneder hvis de kunne bevise at de satt på de nødvendige rettighetene. Etter 6 måneder skulle en lisens tilbys til den opprinnelige forleggeren av den fysiske utgaven av boken for en eksklusiv rett til digital tilgjengeliggjøring i 10 år. Hvis tilbudet avslås tilbys autorisasjon generelt som en 5 års ikke-eksklusiv fornybar rett mot vederlag. Inntekter som ikke kan fordeles skal brukes av forvaltningsorganisasjonene til initiativer som støtter kreative aktiviteter, utvikler forfattere, eller bibliotekinitiativer for å promotere lesning blant publikum. Som del av ordningen skulle det franske kulturdepartementet gjennomføre en informasjonskampanje som inkluderte presentasjon av databasen, en epostkampanje, publisitet i nasjonal presse, og bannere på nyhetsnettsider. Kampanjen skulle vare i 6 måneder.⁶³

Ordnningen ble underkjent av EU-domstolen. Domstolen mente ordningen var en fribruksregel som måtte falle inn under et av unntakene i den uttømmende listen i InfoSoc-direktivet art. 5, dommens para. 34. Domstolen godtok i prinsippet implisitt samtykke, men kommenterte at dette må tolkes strengt, dommens para. 37. Domstolen fremsatte et absolutt krav at hver rettighetshaver faktisk informeres om fremtidig bruk av verket av tredjeparter og muligheten til å motsette seg bruken, dommens para. 38. Hver forfatter måtte bli «actually and individually informed», dommens para. 43. Domstolen mente også at det gikk for langt å kreve at forfattere førte bevis for at de alene holdt rettighetene for å kunne trekke bøker, dommens para. 46 ff. Dette ble sett på som en formalitet som er forbudt etter opphavsretten, dommens para. 50

⁶² European Copyright Society, Comment of the European Copyright Society on the Implementation of the Extended Collective Licensing Rules (Arts. 8 and 12) of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market (2020) s. 11: https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs-comment-ecl_art_8-12_20200613.pdf

⁶³ Decree No 2013-182 of 27 February 2013, implementing Articles L. 134-1 to L. 134-9 of the French Intellectual Property Code and relating to the digital exploitation of out-of-print 20th century books

Ordningen var ikke en avtalelisensordning. I den franske ordningen lå mandatet hos forvaltningsorganisasjonen uten krav om representativitet, og innholdet i lisensene var direkte etablert i loven. Det forelå altså ikke noe krav om at forvaltningsorganisasjonene som klarerte bruk skulle være representative, eller at avtalen man kom frem til skulle være fritt fremforhandlet av en organisasjon som var representativ på området. Som Stokkmo fremhever er dette en grunnleggende forskjell fribruksbestemmelser, som den franske ordningen, og rettighetsforvaltning, som en avtalelisensordning.⁶⁴

Det er viktig at avtalelisensordningene også gjennom de nye endringene beholder sin karakter for rettighetsforvaltning, der detaljene først og fremst reguleres på avtalenivå.

Domstolen kom også med en uttalelse som skapte bekymringer for gyldigheten av avtalelisensordninger etter EU-retten.⁶⁵ EU-domstolen uttalte at det var et absolutt krav at hver rettighetshaver faktisk informeres om fremtidig bruk av verket av tredjeparter og muligheten til å motsette seg bruken, dommens para. 38. Hver forfatter måtte bli «actually and individually informed», dommens para. 43. Denne tilnærmingen ville åpenbart gjøre klarering gjennom avtalelisens umulig, da formålet er å unngå den ressurskrevende prosessen ved å kontakte rettighetshavere individuelt.⁶⁶

Lovgiver på EU-nivå valgte derfor aktivt å regulere seg bort fra denne tilnærmingen i digitalmarkedsdirektivet gjennom uttalelsen i art. 12 (3) d: «Publicity measures shall be effective without the need to inform each rightholder individually.» Dette utdypes i fortalepunkt 48: «Publicity measures should be effective throughout the duration of the licence and should not involve imposing a disproportionate administrative burden on users, collective management organisations or rightholders, and without the need to inform each rightholder individually.»

Igen kan det synes som bestemmelsen i art. 12 har vært mindre grundig behandlet enn art. 8, fordi den meget fornuftige uttalelsen i fortalepunkt 41 om «existing practices in Member States» ikke er gjentatt for art. 12. Generelt bør det samme legges til grunn som over for art. 8 i svar til spørsmål 22. Vi har allerede en lang og velfungerende praksis rundt avtalelisens i Norge. Behovet for ytterligere opplysningstiltak i Norge bør derfor anses som sterkt begrenset. Behovet for opplysningstiltak er også noe avtalepartene i gjeldende avtaler er bevisst på, som Bokhylla-avtalens § 16 illustrerer. Til den grad det skal etableres ytterligere opplysningstiltak også i norsk rett er det viktig at disse være enkle, proporsjonale og innebære så liten byrde på brukerne som mulig, slik at man ikke undergraver det positive potensiale som ligger i avtalelisensordningene eller incentiverer brukere fra å benytte slike løsninger.

⁶⁴ Olav Stokkmo, "The Extended Collective Licensing Agreement, or the Extension of Voluntary Licensing Agreements around the World" NIR (2017) s. 600

⁶⁵ Europeana, "02/11/17 EU Copyright reform update" (2017): <https://pro.europeana.eu/page/02-11-17-eu-copyright-reform-update>

⁶⁶ Johan Axhamn, "The Consistency of the Nordic Extended Collective Licencing Model with International Copyright Conventions and EU Copyright Norms" (2017) s. 566-567: https://lup.lub.lu.se/search/ws/files/77224573/Axhamn_ECL_NIR_2019_6.pdf

Detaljene og ansvarsfordelingen for eksklusjonsrett og opplysningstiltak bør til størst mulig grad overlates til avtaleregulering mellom partene både av praktiske hensyn og med hensyn til å beholde avtalelisensordningene kvalitet som rettighetsforvaltning lengst mulig.

26. Hvordan bør forpliktelsen om å informere rettighetshaverne gjennomføres? Bør det innføres en notifikasjonsordning, eventuelt kombinert med en stillstandsperiode?

Svar: Som fremhevet tidligere har Norge et velfungerende avtalelisenssystem, og den norske modellen har sammen med de andre nordiske landene åpenbart vært en inspirasjon for at avtalelisens nå har fått en generell hjemmel i EU-lovgivningen. Å lese ut av dette at de fungerende modellene som har stått som inspirasjon for den nye hjemmelen krever grunnleggende endringer bør derfor ikke ses på som et naturlig utgangspunkt i implementeringsprosessen.

Direktivet innfører visse krav som til en viss grad krever tilpasning i den norske modellen. Det må innføres en generell eksklusjonsrett, men som Bokhylla-avtalen illustrerer var dette noe som allerede kunne følge av selve avtalelisensavtalene.⁶⁷ Det kommer spesifikke krav om opplysningsplikt. Her bør det også tas utgangspunkt i hva EU-lovgiver har ønsket å unngå. Bestemmelsen er for alle praktiske hensyn en omregulering av den standarden som ble lagt til grunn av EU-domstolen i Soulier-dommen. Hva har man søkt å unngå er nettopp en tyngende ordning der man må opplyse om bruk på enkeltverknivå. Til den grad en opplysningsplikt ytterligere skal spesifiseres i norsk rett bør den være så lite ressurskrevende som mulig, for å unngå å undergrave den effekten avtalelisensregelverket sikter på å tilgodese.

Behovet for å lovfeste stillstandsperiode som ikke ligger i dagens ordning må også sees som unødvendig. Her viser eksisterende avtaler som Bokhylla-avtalen at dette forhandles inn i avtalene der det er behov for det. Det virker spesielt ikke som det er behov for å legge inn en begrensning i de avtalene partene kan komme frem til under gjeldende hjemler på dette punktet i lys av de ytterligere reglene som vil gjelde om eksklusjonsrett og opplysningsplikt. Til den grad en utenforstående rettighetshaver ikke ønsker sine verk brukt under avtalelisensavtaler skal denne kunne ekskludere sine verk fra ordningen. Hvis dette regnes å være en del nyere verk som er kommersielt potensiale bør eksklusjonsretten anses å beskytte disse interessene i de tilfellene dette skulle gjelde. Som Bokhylla-avtalen viser er dette også noe ABM-sektoren er bevisst på og anser som viktig og rettferdig i store og omfattende avtalelisensavtaler. Partene kan derfor ta dette inn i avtalene der det synes passende eller nødvendig.

⁶⁷ Se også Janssens, Marie-Christine and Ran Tryggvadottir, "Facilitating Access to Orphan and Out of Commerce Works to Make Europe's Cultural Resources Available to the Broader Public" (2014) s. 42: <https://ssrn.com/abstract=2538097> eller <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2538097>

Billedkunst som ikke er vernet av opphavsrett (artikkel 14)

Artikkel 14 omhandler verk av billedkunst hvor vernetiden er utløpt. For slike verk som er «falt i det fri» skal medlemsstatene fastsette bestemmelser om at alt materiale som stammer fra eksemplarframstillingen av et slikt verk, ikke skal omfattes av opphavsrett eller nærstående rettigheter. Dette gjelder likevel ikke dersom dette materialet er originalt i den forstand at det er opphavets egen intellektuelle frembringelse.

Spørsmål:

27. Begrepet «billedkunst» er ikke definert i direktivet. Er det behov for en presisering av begrepet og bør begrepet omfatte mer enn det som følger av eksemplifiseringen i åndsverkloven § 2 andre ledd bokstav g («malerier, tegninger, grafikk og lignende billedkunst»)?

Svar: Det juridiske begrepet billedkunst er ikke helt sammenfallende med forståelsen fra kunstbransjen ellers. Store norske leksikon definerer billedkunstbegrepet er at det er en «fellesbetegnelse for de billedskapende kunststartene, malerkunst, tegnekunst, grafikk, skulptur og billedvev». Etter denne definisjonen vil åndsverkloven § 2, andre ledd bokstav h (skulptur av alle salg) og j («billedvev og gjenstander av kunsthåndverk og kunstindustri, både forbildet og selve verket») følgelig være omfattet av begrepet.

Nasjonalbiblioteket er av den oppfatning om at formålet bak bestemmelsen er å forhindre forlenget vernetid for åndsverk ved tro eksemplarframstillinger av verket. Til parallell kan man se saken om Oslo kommunes forsøk på varemerkeregistrering av Vigelands arbeider. De samme sterke argumentene om “public domain” som ble vektlagt i den saken gjør seg gjeldende også her.⁶⁸ Fortalepunkt 52 påpeker at spredning av tro eksemplarframstillinger av verk som er offentlig tilgjengelig gjør at man lettere kan fremme kultur og gi tilgang til kulturarv. Dette vil være aktuelt, ikke bare for billedkunst etter bokstav g sin snevre forståelse, men også for tro kopier av verk etter bokstav h og j. Dette vil også være mer sammenfallende med det engelske begrepet «work of visual art».

Bestemmelsen åpner derfor opp for at tro eksemplarframstilling ikke vil være vernet etter opphavsrettslovgivningen, ikke bare for todimensjonale verk, men også tredimensjonale, der man bruker for eksempel 3D-teknologi for å skape en eksakt kopi av skulpturer som i utgangspunktet har falt i det fri.

⁶⁸ Case E-5/16 (Oslo Kommune) para. 75 og 96; se til parallell Torger Kielland, “Opphavsrettslige problemstillinger ved digitalisering av undervisning ved universitet og høyskoler” (2018) s. 36: <https://bora.uib.no/bora-xmlui/handle/1956/18738>

28. Er det behov for å gjøre endringer i åndsverkloven § 23 om eneretten til fotografiske bilder ved gjennomføringen av direktivet artikkel 14?

Svar: Nasjonalbiblioteket mener det vil være praktisk å tydeliggjøre at tro eksemplarframstillinger ved bruk av kamerateknikk ikke vil yte vern etter åndsverkloven. Dette vil skape en større klarhet i lovverket og sikre forutberegnelighet. Direktivet viser eksplisitt til at naborettigheter ikke nyter vern. Dette viser at EU lovgiver har ment å utelukke all beskyttelse etter opphavsretten som EU-retten regulerer utover frembringelser som i seg selv har verkshøyde.

At tro eksemplarframstilling i form av fotografisk bilde fortsatt skulle være gjenstand for beskyttelse rimer dårlig med bestemmelsens logikk og system. Fotografisk bilde er nettopp en beskyttelse av materiale fremstilt med fotografisk teknikk som ikke har verkshøyde. Der slike fotografiske bilder kun er en tro eksemplarframstilling av eksisterende verk bør de regnes under systemet i art. 14. Dette gjelder spesielt siden fotografiske bilder må ventes å representere det vanligste tilfellet av den typen tro eksemplarframstilling som art. 14 er ment å dekke. De beste grunner taler derfor for at bestemmelsen i art. 14 legges til grunn også for fotografiske bilder i nasjonal rett.

Dette samsvarer også til en viss grad med gjeldende rett. En vanlig oppfatning i gjeldende rett er at rene reproduksjoner av eksisterende bilder ikke vil ansees som et selvstendig fotografisk bilde med ny vernetid. Dette er blant annet slått fast i forarbeidene til gjeldende åndsverklov, jf. Prop. 104L (2016-2017) s. 99. Hva som skal gjelde for andre materialtyper har vært mer omdiskutert. Veiledningen Fotojuss for arkiv, bibliotek og museum har tatt til orde for at fotografering av malerier vil være beskyttet som fotografisk bilde.⁶⁹ Det kan synes litt rart å behandle reproduksjoner av forskjellige typer todimensjonale verk ulikt. Som fremhevet av Kielland er det ikke ønskelig fra et samfunnsmessig perspektiv at man enkelt kan forlenge vernetiden ved reproduksjon/digitalisering.⁷⁰ Dette ser også ut til å være linjen EFTA-domstolen har lagt seg på.⁷¹ Det er derfor mulig å legge til grunn at det etter gjeldende rett ikke er mulig å kreve vern for rene reproduksjoner av todimensjonale verk etter åndsverkloven § 23.

⁶⁹ Per Olav Torgnesskar (Red.), "Fotojuss for arkiv, bibliotek og museum" ABM-skrift #72 (2012) punkt 2.2.2: <https://www.kulturradet.no/vis-publikasjon/-/fotojuss-for-arkiv-bibliotek-og-museum>

⁷⁰ Torger Kielland, "Opphavsrettslige problemstillinger ved digitalisering av undervisning ved universitet og høyskoler" (2018) punkt 2.6.2.1: <https://bora.uib.no/bora-xmlui/handle/1956/18738>

⁷¹ Case E-5/16 (Oslo Kommune) para. 75 og 96

Vern av pressepublikasjoner (artikkel 15)

Artiklene 15 og 16 gjelder rettigheter i publikasjoner. Artikkel 15 inneholder bestemmelser om en ny enerett for utgivere av pressepublikasjoner. Utgiveres rett gjelder digital bruk, og vernetiden varer i to år etter utgivelsen av pressepublikasjonen. Den nye eneretten skal ikke påvirke rettighetene til opphavere og andre rettighetshavere når det gjelder verk og andre arbeider som inngår i pressepublikasjonen. Etter artikkel 5 nr. 5 skal opphavere til verk som inngår i en pressepublikasjon, motta en passende andel av de inntektene som nyhetsutgiverne mottar for tilbydere av informasjonssamfunnstjenesters bruk av deres pressepublikasjoner.

Generell kommentar: Det er generelt anerkjent av kvalitets- og dybdejournalistikk står ovenfor helt spesielle utfordringen i den digitale tidsalder.⁷² Nasjonalbiblioteket støtter generelt tiltak for å fremme levedyktigheten til en fri og pluralistisk presse som fremhevet i fortalepunkt 54. Det har vært betraktelig uenighet om direktivets løsning er de beste midlene for å oppnå dette målet.⁷³ Det er ganske forståelig med tanke på at modellen etablert i art. 15 og 16 er basert på ordninger i Tyskland og Spania som begge notorisk feilet i å oppnå denne målsetningen.⁷⁴ Utredninger bestilt av EU-institusjonene selv har også gått imot å innføre en slik naborettighet.⁷⁵ Det samme har utredninger fra akademisk hold.⁷⁶ Resultatet er allikevel

⁷² COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT on the modernisation of EU copyright rule SWD(2016) 301 final – Part I s. 155 ff: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules>; NOU 2017: 7 Det norske mediemangfoldet s. 63 ff: <https://www.regjeringen.no/contentassets/1e0e03eacd4c2f865b3bc208e6c006/no/pdfs/nou201720170007000dddpdfs.pdf>

⁷³ Se f.eks. Remy Chavanes, “A neighbouring right for press publishers – the wrong solution to a serious problem” Kluwer Copyright Blog (2016): <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/06/13/neighbouring-right-press-publishers-wrong-solution-serious-problem/>; Pamela Samuelson, “Questioning a New Intellectual Property Right for Press Publishers” 62 Communications of the ACM 3 (2019): <https://cacm.acm.org/magazines/2019/3/234918-questioning-a-new-intellectual-property-right-for-press-publishers/fulltext>

⁷⁴ European Copyright Society, “The European Commission’s Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain: A Response by the European Copyright Society” 38 European Intellectual Property Review 10 (2016) s. 594: <https://ssrn.com/abstract=2801595>

⁷⁵ Unpublished Study “Online News Aggregation and Neighbouring Rights for News Publishers” (2017): <https://www.asktheeu.org/en/request/4776/response/15356/attach/6/Doc1.pdf>; Lionel Bentley et.al. «Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive” Study for the European Parliament (2017): https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL_STU%282017%29596810_EN.pdf; for en oversikt over kritikken se Eugénie Coche, “Copyright reform: a new right for press publishers – to have or not to have?” Kluwer Copyright Blog (2018): <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/03/13/copyright-reform-new-right-press-publishers-not/>

⁷⁶ Max Planck Institute, “Position Statement on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules Part E Protection of Press Publications Concerning Digital Uses” (2017): https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Position_Statement_PART_E_Publishers_2017_02_21_RMH_VM-def-1.pdf; European Copyright Society, “The European Commission’s Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain: A Response by the European Copyright Society” 38 European Intellectual Property Review 10 (2016): <https://ssrn.com/abstract=2801595>

at direktivet etablerer en naborettighet for pressepublikasjoner som må implementeres i norsk rett. I det følgende gjennomgås noen av detaljene i den nye naborettigheten. Samtidig er det viktig i lys av den bakenforliggende historien her at norsk lovgiver også ser på alternative tilnæringer for å sikre levedyktige forhold for en fri og pluralistisk presse.⁷⁷

Et første viktig poeng i implementeringen er definisjonen av pressepublikasjoner. Det fremgår av definisjonen i art. 2 (4): (i) er en samling av hovedsakelig litterære verk (samt andre verk og materiale beskyttet av naborettigheter som er (ii) som er en enkeltutgivelse i en periodisk eller jevnlig oppdatert publikasjon, som er (iii) har som formål å oppdatere allmenheten om nyheter eller andre tema, (iv) publiseres på initiativ av og under redaktøransvar og kontroll av en tjenesteyter. Dette dekker f.eks. «daily newspapers, weekly or monthly magazines of general or special interest, including subscription-based magazines, and news websites», jf. fortalespunkt 56. Definisjonen er medienøytral. Det er derfor krav om at en utgiver oppfyller en rekke kriterier før den kan regnes som en pressepublikasjon i direktivets forstand, og kun i disse tilfellene kommer rettigheten til anvendelse.

Sentralt, ifølge siste punktum i definisjonen, dekker ikke rettigheten «Periodicals that are published for scientific or academic purposes, such as scientific journals». Periodiske vitenskapelige publikasjoner er derfor unntatt den nye rettigheten. Videre dekker rettigheten ikke «websites, such as blogs, that provide information as part of an activity that is not carried out under the initiative, editorial responsibility and control of a service provider, such as a news publisher.», jf. fortalespunkt 56. Altså faller nettsider og blogger utenfor rettigheten, med mindre de er underlagt en utgiver som faller inn under definisjonen i art. 2 (4).

Et mye omdiskutert punkt i lovgivningsarbeidet var rekkevidden av beskyttelsesgrunnlaget i art. 15. Art. 15 gir samme beskytter de samme enerettene som InfoSoc-direktivet art. 2 og 3, men grunnlaget for beskyttelse er et annet enn for åndsverk. Det kunne tenkes naturlig å knytte dette opp mot verkshøydekravet for åndsverk, siden problemer for presseutgivere med å basere seg på journalistenes opphavsrett ble fremhevet i Kommisjonens konsekvensutredning som en av grunnene til at en ny naborettighet var nødvendig.⁷⁸ EU-lovgiver valgte derimot en ordning som unntar «very short extracts», jf. art. 15 (1) para. 3. Nasjonalbiblioteket anser det uheldig at man fra EU-hold har lagt til grunn en videre ramme av beskyttelse for pressepublikasjoner enn det som følger for journalistenes egen opphavsrett.⁷⁹ Begrepet «very short extracts» bør derfor tolkes bredt nok til å ikke skape unødvendige problemer for legitim de minimis bruk på nettet. Tittelen til en artikkel som

⁷⁷ Som det nylig vedtatte momsfrirket for digitalt utgitt dybdejournalistikk: Revidert nasjonalbudsjett: Nullmoms for dybdejournalistikk, Pressemelding Nr. 57/20: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/nullmoms-for-dybdejournalistikk/id2702319/>; se også ytterligere forslag i NOU 2017: 7 Det norske mediemangfoldet kapittel 8: <https://www.regjeringen.no/contentassets/1e0e03eacd4c2f865b3bc208e6c006/no/pdfs/nou20172017007000dddpdfs.pdf>

⁷⁸ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT on the modernisation of EU copyright rule SWD(2016) 301 final - Part I s. 160: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules>

⁷⁹ Se til paralell P. Bernt Hugenholtz, “Neighbouring Rights are Obsolete” IIC (2019): <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40319-019-00864-3.pdf>

fremgår i en lenke skal kunne gjengis, jf. art. 15 (1) para. 3. Det bør videre være anledning til å gjengi nok tekst at en som klikker på en lenke kan forstå hvor lenken leder og hva den inneholder.

Videre er det viktig å merke at privat og ikke-kommersiell bruk som en ytterligere de minimis-terskel ikke er dekket av den nye naborettigheten, men styres etter vanlige opphavsrettslige regler. Dette dekker for eksempel tilfeller der individuelle brukere deler nyhetsartikler online, jf. fortalepunkt 55.

Det bør ikke være noe plikt å betale vederlag for bruken under art. 15, spesielt der det er allmenntilgjengelig bruk som utgivere av pressepublikasjoner kan ønske å tilby. Pressepublikasjonene bør også selv få velge forretningsmodell og tilnærming i tilfeller som dette. Som for rimelig vederlag under åndsverkloven § 69 bør utgivere av pressepublikasjoner derfor kunne avgjøre å gi tilgang gratis.

Det mest sentrale poenget fra kulturarvinstitusjonene sitt synspunkt er at unntakene fra eneretten ellers etablert i nasjonal rett også må dekke rettigheten i art. 15. Dette er etablert for art. 3-6 og 8 i digitalmarkedsdirektivet, og for unntakene etablert under InfoSoc-direktivet art. 5, jf. art. 15 (3). De samme unntakene som i dag dekker ABM-sektoren må derfor også gi unntak fra rettigheten etablert i art. 15. Det samme bør gis effekt for andre gjeldende fribruksregler i åndsverkloven, herunder privatkopiering og sitat. Det virker også naturlig at art. 15 underlegges gjeldende avtalelisenshjemler i nasjonal rett, herunder §§ 50 og 63.

Spørsmål:

29. Hva utgjør en «passende andel» etter artikkel 15 nr. 5, og hvem avgjør om andelen er passende?

30. Hvordan bør opphavers rett til vederlag etter artikkel 15 nr. 5 forvaltes?

Nasjonalbiblioteket har ikke et syn på akkurat hvordan disse bestemmelsene gjennomføres, men mener det er sentralt at det sikres at journalistene får sin del av de inntektene som genereres under den nye rettigheten. Målene fremhevet i fortalepunkt 54 oppnås ikke uten levedyktige forhold også for journalister. Dette poenget underbygges mer generelt av art. 18-23 i direktivet.

31. Hvilken praktisk betydning vil det nye vernet få?

Generelt var den nye rettigheten i art. 15 begrunnet i manglende remunerasjon av utgivere av pressepublikasjoner fra nyhetsaggregatorer og sosiale medier, jf. fortalepunkt 54. Resultatet er allikevel en rett som gjelder mer generelt.

En grunn til at den nye pressepublikasjonsretten kunne få betydning var hvis det forelå en mangel av rettigheter for utgivere i pressepublikasjonsmateriale i dag. Noe nytt materialet kan falle innenfor den nye eneretten som «very short extracts» selv om det faller utenfor verkshøydekravet. Utover dette vil den nye rettigheten overlappe med eksisterende rettigheter. Det andre tilfelle rettigheten kunne anses å få betydning var hvis fordelingen av disse rettighetene mellom pressepublikasjoner og journalister i dag undergravde journalistikkens levedyktighet. Siden rettighetsfordelingen i alle tilfelle er et forhandlingsspørsmål mellom journalister og utgivere synes ikke det siste å kunne tillegges særlig vekt. Det synes derfor ikke å være noen mangel på rettigheter i materialet per i dag siden dette vil være underlagt journalistenes opphavsrett. Utover dette måtte det være kompliserende faktorer ved rettighetshåndheving som eventuelt kunne bli avhjulpet.

Fra Nasjonalbibliotekets erfaring virker problemet ikke å være en mangel på rettigheter i materiale utgitt av pressepublikasjoner, men uklarhet rundt rettighetsbildet i dette materialet. Her kunne kanskje en presumpsjonsrett som i filmsektoren være av forenkende effekt, men å legge til en ytterligere rettighet synes ikke rettet mot å løse dette problemet.⁸⁰

Den praktiske betydningen den nye rettigheten får for kulturarvinstitusjonene er at en ytterligere rettighet må klareres ved utnyttelse av materiale som vil være i vernetid under den nye pressepublikasjonsretten. Art. 15 gjør det klart at vernetiden for rettigheten er to år og at den ikke gir tilbakevirkende beskyttelse før 6. Juni 2019, jf. art. 15 (4). Siden Nasjonalbiblioteket som kulturarvinstitusjon er mer involvert i digitalisering og formidling av historisk materiale anses ikke pressepublikasjonsretten å få spesielt stor betydning på kulturarvfeltet.

⁸⁰ Se dette også foreslått som et bedre alternativ til en ny rettighet i Lionel Bentley et.al. «Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive» Study for the European Parliament (2017): https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL_STU%282017%29596810_EN.pdf

Rimelig vederlag (artikkel 16)

Etter artikkel 16 kan også utgivere som har fått overført eller lisensiert til seg en rettighet være berettiget til en andel av vederlaget for bruk av verket som er foretatt i henhold til opphavsrettslige unntaksregler.

Spørsmål:

32. Bør artikkel 16 gjennomføres i norsk rett og i så fall hvordan?

Art. 16 i digitalmarkedsdirektivet er en uttalt omregulering av EU-domstolens dom i C-572/13 (Reprobil).⁸¹ Dommen gjaldt fordeling av vederlag for privatkopiering under den belgiske vederlagsordningen, og domstolen konkluderte med at utgivere ikke har rett til del av vederlaget siden de ikke er originære rettighetshavere til materiale under EU-retten, men kun utleder denne retten av de som skaper åndsverk. I tråd med det som fremheves av Rognstad må den norske ordningen anses i tråd med EU-retten før omreguleringen i art. 16 på dette punktet siden den ikke pålegger at noen del av det rimelige vederlaget skal gå til sekundære rettighetshavere.⁸² Nasjonalbiblioteket overlater vurderingen av behovet for gjennomføring i norsk rett av art. 16 til departementets vurdering. Det faktum at gjeldende rett allerede kan sies å være i tråd med bestemmelsen kan nok allikevel tale mot behov for en slik gjennomføring. Ellers er Nasjonalbiblioteket klar over at det nylig er gjennomført en grundig utredning av problemstillinger rundt vederlagsordninger for privatkopiering.⁸³ Nasjonalbiblioteket avventer derfor departementets vurderinger for eventuelle ytterligere kommentar.

⁸¹ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT on the modernisation of EU copyright rule SWD(2016) 301 final – Part I s. 158:

https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=17211

⁸² Rognstad, *Opphavsrett* (2019) s. 312

⁸³ Rognstad, “Betenkning Kulturdepartementet, Privatkopiering” (2020):

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/utredning-av-privatkopiering/id2765330/>

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

Artikkel 17 pålegger tilbydere av delingstjenester for nettinhold, dvs. plattformer som lagrer og gir tilgang til store mengder brukeropplastete verk og annet beskyttet materiale, i større grad enn i dag ansvar for at innholdet er klarert. Tilbyderne skal også på andre måter hindre ulovlig bruk.

Bestemmelsen slår fast at tilbyderne foretar en overføring til allmennheten når de gir allmenheten tilgang til brukeropplastet innhold, og at tilbyderen derfor plikter å innhente tillatelse til denne bruken, f.eks. gjennom en lisensavtale. Ansvarsfrihetsreglene i ehandelsdirektivet ([2000/31/EF](#)) artikkel 14 gjelder ikke for situasjoner som er omfattet av bestemmelsen. Artikkel 17 oppstiller likevel alternative krav til når tilbyderen kan bli ansvarsfri i de tilfellene det ikke er innhentet tillatelse eller lisens. Blant annet stilles det krav til at tilbyderen har gjort hva den har kunnet («best efforts») for å innhente tillatelse og handlet hurtig og fjernet innhold når rettighetshaveren har gjort oppmerksom på overtredelsen.

Generell kommentar: Nasjonalbiblioteket har en mer perifer rolle når det gjelder bestemmelsen i art. 17. I lys av dette og med tanke på usikkerheten rundt gjeldende rett i lys av de ventede uttalelsene fra Kommisjonen og EU-domstolen begrenser Nasjonalbiblioteket seg her til noen mer begrensede generelle kommentarer.

Et viktig poeng å spille inn i lovgivningsprosessen rundt implementeringen av art. 17 er rekkevidden av bestemmelsen. Spesielt er begrensningene som ligger i direktivet i definisjonen «online content-sharing service provider» viktige. Dette er spesielt viktig fordi selv om direktivet tydelig er rettet mot et fåtall tjenesteytere (hovedsakelig Google/YouTube og Facebook) så ligger det ingen slik tydelig begrensning i direktivet. Nasjonalbiblioteket mener det er viktig at det fremgår tydelig at kulturarvinstitusjonenes onlineplattformer ikke dekkes av bestemmelsen. Dette støttes opp av direktivets definisjon.

«Online content-sharing service provider» defineres i direktivet som «a provider of an information society service of which the main or one of the main purposes is to store and give the public access to a large amount of copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by its users, which it organises and promotes for profit-making purposes.», jf. digitalmarkedsdirektivet art. 2 (6). Allerede her ligger det flere viktige begrensninger i definisjonen. «Information society service» skal forstås i tråd med Direktiv (EU) 2015/1535 art. 1 (1) b som «any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.», jf. digitalmarkedsdirektivet art. 2 (5). Andre tjenesteytere dekkes altså ikke av art. 17. Hovedformålet med tjenesten må videre være å dele en stor mengde opphavsrettslig materiale. Dette gjelder samtidig kun hvis materialet laster opp av brukerne av tjeneste, altså må det være brukeropplastet materiale. Tjenester som selv deler materiale faller dermed utenfor definisjonen. De ulike begrensningene i definisjonen kan brukes for å begrense

bestemmelsens rekkevidde lengst mulig opp mot dens ønskede nedslagsområde, de største internasjonalt dominerende onlineplattformene.

Videre unntas også en rekke typer onlineplattformer etter art. 2 (6), dette gjelder «not-for-profit online encyclopedias, not-for-profit educational and scientific repositories, open source software-developing and-sharing platforms, providers of electronic communications services as defined in Directive (EU) 2018/1972, online marketplaces, business-to-business cloud services and cloud services that allow users to upload content for their own use». «Not-for-profit educational and scientific repositories» er ikke videre definert i direktivet, men bør generelt anses å dekke kulturarvinstitusjonene sine plattformer.

Flere poenger taler derfor for at kulturarvinstitusjonenes plattformer tydelig faller utenfor definisjonen. De tilgjengeliggjøres ikke for remunerasjon, de deler ikke som hovedregel brukeropplastet innhold. I de tilfeller det skulle være tvil bør disse plattformene unntas under definisjonen som «not-for-profit educational and scientific repositories». Dette bør fremgå klart i implementeringen.

Når det gjelder akkurat hvordan innholdet i art. 17 skal forstås kan det nevnes at man både avventer ferdigstilling av Kommisjonens veiledning om bestemmelsen, jf. art. 17 (10),⁸⁴ og to dommer fra EU-domstolen som vil ha betydning for forståelsen av innholdet i bestemmelsen.⁸⁵ Nasjonalbiblioteket vil også fremheve at det er flere akademiske arbeidere som har vurdert detaljene i art. 17 inngående i lys av menneskerettighetene.⁸⁶

Et poeng er spesielt viktig å fremheve fra kulturarvinstitusjonenes perspektiv. Kulturarvinstitusjonene er profesjonaliserte parter med et bevisst forhold rundt rettighetsklarering og legitim bruk. Allikevel vil kulturarvinstitusjonene som alle andre være prislagt de nye reglene som krever filtrering i digitalmarkedsdirektivet i sin formidlingsaktivitet i sosiale medier. Slike filtre er notorisk feilbarlige, og kan ikke bedømme

⁸⁴ European Commission, “Stakeholder dialogue on Copyright” (2021): <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/stakeholder-dialogue-copyright>

⁸⁵ C-682/18 (YouTube); C-401/19 (Poland v Parliament and Council); Paul Keller, “CJEU hearing in the Polish challenge to Article 17: Not even the supporters of the provision agree on how it should work” Kluwer Copyright Blog (2020): <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/11/11/cjeu-hearing-in-the-polish-challenge-to-article-17-not-even-the-supporters-of-the-provision-agree-on-how-it-should-work/>

⁸⁶ João Pedro Quintais et al, “Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics” 10 JIPITEC 3 (2019): <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-3-2019/5042>; Julia Reda, Joschka Selinger & Michael Servatius, “Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market: a Fundamental Rights Assessment” (2020): https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2020/11/GFF_Article17_Fundamental_Rights.pdf; Martin Senftleben og Christina Angelopoulos, “The Odyssey of the Prohibition on General Monitoring Obligations on the Way to the Digital Services Act: Between Article 15 of the E-Commerce Directive and Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market” (2021): https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3717022; Christopher Geier og Bernt Justin Jütte, “Platform liability under Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match” Forthcoming in GRUR International (2021): https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776267

konteksten materiale deles i.⁸⁷ Kontekstbaserte unntak står i størst fare for å hindres av automatiske filtreringssystemer. Det er viktig at man så langt som mulig tilrettelegger for at lovlig og legitim aktivitet fortsatt kan skje i tråd med direktivets regler.

Direktivet gjør det klart at bruk for «quotation, criticism, review» og «caricature, parody or pastiche» ikke skal hindres av systemene som innføres, jf. art. 17 (7). Art. 17 (9) hjemler en klageadgang hvis legitimt materiale hindres delt. Dette er en separat bestemmelse fra art. 17 (7), og de to bestemmelsene er separate begrensninger i filtreringsadgangen som begge må innføres.⁸⁸ I lys av dette må det stilles spørsmål ved om filtreringsløsninger som utelukker bruk beskyttet under art. 17 (7) kan pålegges etter art. 17. Å ikke lese en begrensning i adgangen til å pålegge filtrering vil ha svært uheldige konsekvenser, først og fremst i at det reduserer adgangen til den aktiviteten art. 17 (7) beskytter til klageordningen under art. 17 (9). Dette er spesielt uheldig når man vet at brukere hovedsakelig ikke benytter seg av slike klageordninger og klageordningene ikke har effekt på de underliggende systemene som gjorde feilen. Også med tanke på at all kommunikasjon på internett er sterkt tidsavhengig, der en ytring kan ha mistet all betydning og relevans hvis den blir utsatt i en lengre periode for gjennomgang av en klageprosess.⁸⁹ Dette blir spesielt uheldig i lys av empiriske studier som viser at overfiltrering ved «state of the art» løsninger i dag skjer i stor skala. I alle tilfeller må det unngås en løsning der ytringsfriheten i de fremste foraene for offentlige meningsutveksling online reduseres til en rett til å klage på automatiske avgjørelser som hindrer legitim bruk av opphavsrettslig beskyttet materiale.

På spørsmål rundt hvordan lisensiering skal gjennomføres vil Nasjonalbiblioteket generelt fremheve Johan Axhamns forslag om at dette kan løses ved avtalelisens som et interessant innspill.⁹⁰ Det virker naturlig at lisensene dekker både plattformen og brukerne fordi man ellers ikke avhjelper problemstillingen ved bruk av materiale på plattformene

Nasjonalbiblioteket vil argumentere for en balansert implementering av art. 17 i påvente av klarerende uttalelser fra Kommisjonen og EU-domstolen. Spesielt er det viktig at den positive begrensningen som ligger i art. 17 (7) bevares og ikke reduseres til en ren klageadgang. Nasjonalbiblioteket avventer EU-kommisjonens og EU-domstolens uttalelser for ytterligere kommentarer.

⁸⁷ Daphne Keller, “Empirical Evidence of “Over-Removal” by Internet Companies under Intermediary Liability Laws” (2020): <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/empirical-evidence-over-removal-internet-companies-under-intermediary-liability-laws>

⁸⁸ Paul Keller, Article 17: “(Mis)understanding the intent of the legislator” Kluwer Copyright Blog (2021): <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/01/28/article-17-misunderstanding-the-intent-of-the-legislator/>

⁸⁹ Se generelt Martin Senftleben, “Bermuda Triangle – Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market” (2018) s. 9-10: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3325017

⁹⁰ Johan Axhamn, “The New Copyright Directive: Collective licensing as a way to strike a fair balance between creator and user interests in copyright legislation (Article 12)” Kluwer Copyright Blog (2019): <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/25/the-new-copyright-directive-collective-licensing-as-a-way-to-strike-a-fair-balance-between-creator-and-user-interests-in-copyright-legislation-article-12/>

Sektorspesifikke bestemmelser (artiklene 18 til 23)

Direktivet avdeling IV kapittel 3 (artiklene 18 til 23) inneholder regler om rimelig godtgjøring til opphavere og utøvende kunstnere i avtaler om kommersiell bruk. Direktivet viser til at nasjonal lovgivning bør ta høyde for særtrekkene i hver enkelt sektor.

Generell kommentar: Nasjonalbiblioteket har ikke kommentarer til de enkelte bestemmelsene på dette tidspunktet, men vil fremheve at det er viktig for en sunn opphavsrettssektor at skaperne av åndsverk får en rimelig del av de inntektene den opphavsrettslige utnyttelsen av verkene genererer for mellommenn.⁹¹

⁹¹ Se til parallell Jessica Litman, "What we don't see when we see copyright as property" 77 Cambridge Law Journal 3 (2018): https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/C15FED76D1ADF4A0CA1F526B95BE9A88/S0008197318000600a.pdf/what_we_dont_see_when_we_see_copyright_as_property.pdf

Vedlegg 1

Notat om trening av norske språkmodeller og den digitale samlingen i Nasjonalbiblioteket

SAB 23.3.2021

Status: Versjon 1.0

Bakgrunn

I løpet av få år har komponenter som er bygd på maskinlæring fått en sentral plass i veldig mange tjenester og enheter vi omgås til daglig. F eks i søketjenester på nett, i personlige assistenter i heimen, eller i mobilen vi har i lomma. Felles for disse er at de har programvare som forholder seg til språk og forståelse av språk, og at programvaren er lært opp med norsk tekst.

Utviklingen av denne typen teknologi (språkmodeller) har skutt fart de siste årene, delvis med store sprang i evne til å forstå innhold i språk. Dette fører til stadig bedre tjenester for oss brukere.

Avgrensninger

Dette notatet fokuserer på språkmodeller og bruk av tekst til trening av kunstig intelligens. Nasjonalbibliotekets AI-lab har de siste åra arbeidet med alle typer media, så som fotografi, radioprogrammer og levende film. Observasjonene og konklusjonene i dette notatet er i stor grad overførbare og generaliserbare, og gjelder på tvers av NBs digitale samling.

Forutsetninger

Prinsippene som de beste språkmodellene er bygd på i dag er bare noen få år gamle. Noe av det som er typisk for disse modellene er at de læres opp på alminnelig tekst uten manuell tilrettelegging eller bearbeiding, og at de trenger store mengder tekst for at de skal få en tilfredsstillende ytelse. Tekstkroppen som brukes til trening bør også i størst mulig grad speile bruken av språket, så vel i tid som i rom. Samlinger som både spenner over en relevant tidsperiode, og samtidig speiler mange og ulike funksjoner i samfunnet, har særlig verdi.

Samtidig kan de i form av prosesseringskraft være uhyre kostbare å trene opp. Selve læringsprosessen er også til en viss grad uforutsigbar, og må gjerne gjentas flere ganger for å

oppnå den ønskede ytelsen i modellen. På den andre siden er selve treningen av modeller noe man gjør én eller noen få ganger, så kan modellen kjøres i det uendelige med små ressurser.

Bruksområder

Moderne språkmodeller trenes i utgangspunktet opp som generelle modeller, dvs at de ikke er rettet mot en spesiell bruk. I mange tilfeller vil det være nødvendig å fintrene modellene for at de skal fungere enda bedre på et spesifikt bruksområde. Slik fintrening krever spesielle og tilrettelagte treningssett, men på den andre siden er de langt rimeligere å utføre. Bruksområdene for gode språkmodeller er veldig mange. De spenner på tvers av alle områder der man forholder seg til tekstlig innhold, som f eks tekstanalyse, sammendrag, oversetting og skrivehjelp, talebaserte assistenter, gjenkjenning av tekstlige komponenter (navn, steder etc) osv.

Siden de generelle modellene kan brukes som grunnlag for mange og ulike fintrenede modeller, gir det mening ut fra ulike perspektiv å ha generelle modeller som kan brukes fritt av alle. NBs AI-lab har i sitt arbeid demonstrert at dette er mulig å gjennomføre med relativt liten ressursinnsats.

Språklige og kulturelle ulikheter

Ulikheter i forholdene beskrevet under “Forutsetninger” over kan ha særs uheldige konsekvenser for hvordan tjenester fungerer på ulike språk og i ulike kulturer. Utviklingen så langt viser at slike tjenester generelt fungerer langt bedre på engelsk enn språk med mindre utbredelse, som f eks norsk. De fremste teknologiske løsningene utvikles generelt av de store kommersielle aktørene, som Facebook, Google og Microsoft. For disse er tilgangen til gode treningsdata for mindre brukte språk som f eks norsk, vanskelig. Mengden treningsdata er ganske enkelt for liten, og den er i hovedsak basert på tekst som er høstet fra Internett. Mangfoldet i treningsdata blir dermed for lite i tillegg til at tekstmengden er begrenset.

En alvorlig konsekvens av dette kan være at tjenester vi omgir oss med i hverdagen fungerer bedre f eks på engelsk enn på norsk, og at vi som brukere på sikt foretrekker de engelskspråklige versjonene. Det er naturlig å anta at dette vil kunne forsterke dominansen av enkelte språk og kulturer i betydelig grad.

Norske forhold og Nasjonalbibliotekets samling

Med Nasjonalbibliotekets store digitaliseringsprogram er det nærmest ved tilfældighet etablert en tekstkropp på norsk som i kvalitet og volum kan konkurrere med de “store” språkene. Eksperimenter i NBs AI-lab har vist at det er mulig å bygge opp et treningssett

som er både stort nok og godt nok. Det er til alt overmål grunn til å tro at med variasjonen i innhold i NBs digitale samling i tid og rom, er det mulig å trene språkmodeller bedre på norsk enn det som generelt er mulig på engelsk. Med begrensede personalressurser har det i løpet av kort tid vært mulig å bygge en meget kraftig tekstkropp for maskinlæring i NBs AI-lab.

AI-labben har også bygd norske språkmodeller basert på arbeidet over som viser ytelse som er like god som eller bedre enn tilsvarende engelske/multispråklige modeller fra Google. Det er dermed demonstrert at det er realistisk å bygge språkmodeller basert på NBs samling som i ytelse konkurrerer med de beste for engelsk. Resultatet av AI-labbes arbeid i form av generelle og noen fintrente modeller gjøres tilgjengelig for fri bruk, uten begrensninger.

Muligheter, begrensninger og løsninger

NBs digitale samling spenner fra innhold som kan gjøres fritt tilgjengelig (f.eks. offentlige publikasjoner og bøker som er ute av opphavsrett) til nytt innhold med klare opphavsrettslige begrensninger ifht distribusjon og bruk. Dette vil føre til at mulighetene for maskinlæring basert på NBs digitale samling avhenger sterkt av hvem som gjør det og hvor det gjøres. Deler av NBs digitale samling kan dermed distribueres fritt som en tekstkropp for maskinlæring, mens det vil være begrensninger for andre deler.

Dagens trening av språkmodeller baserer seg på relativt korte tekstsekvenser, som setninger eller avsnitt. Større tekster brytes opp og kastes om på til det ugjenkjennelige, og resultatet kan vanskelig knyttes til en original eller kilde. Metoden hindrer dermed implisitt misbruk av kilden, og sett i et kort tidsperspektiv kan den måten tekstkropper legges til rette på i dag gjøre det akseptabelt å distribuere større mengder tekst.

Imidlertid går samtidig den teknologiske utviklingen fort. Man vil snart kunne ha behov for lengre tekster for å få en god nok trening av nye teknologier. Man må derfor søke etter løsninger som er dynamiske og fleksible, og som også kan møte framtidens behov.

Den praktiske måten treningen av språkmodeller foregår på fordrer som beskrevet over en kombinasjon av store tekstmengder og særs stor prosesseringskraft. Av hensyn til ytelse må treningsdata og prosesseringskraften være fysisk nær hverandre. Siden man vanskelig kan tenke seg å distribuere hele innholdet i NBs digitale samling fritt, må man søke alternative måter som kan gi flere mulighet til å bygge store og kraftige generelle norskspråklige modeller. Det er også ønskelig å støtte norsk språk i modeller i internasjonale systemer. Én praktisk måte å møte denne utfordringen på er å etablere plattformer i NB der også andre enn NB selv kan drive trening av modeller. Man kan la prosesseringskraften komme til innholdet snarere enn det motsatte. Praktisk sett har AI-labben demonstrert at dette er mulig, om enn i begrenset skala.

Konklusjon

Resultatene fra arbeid utført av AI-labben i NB viser tydelig at

1. NBs digitale samling utgjør sammen med annet tilgjengelig norsk innhold et særs godt grunnlag for å trene moderne språkmodeller på. Samlingen kan med relativt små ressurser tilrettelegges i mindre deler eller i sin helhet, og for ulike typer bruk.
2. Kvaliteten og mangfoldet i samlingen gjør det mulig å bygge modeller med særs god ytelse, også sammenlignet med modeller for engelsk utviklet av store teknologiselskaper. Generelle modeller kan trenes og deles fritt ut, og gjenbrukes av mange for fintrening og spesialiserte anvendelser.
3. Det er praktisk mulig å etablere utviklingsmiljøer der det er god kontroll på bruken av innholdet i NBs digitale samling, men som samtidig støtter et mangfold av utviklingsretninger på kunstig intelligens og norsk språk.