



Kulturdepartementet

Sendt pr. e-post: postmottak@kud.dep.no

Deres ref.: 16/2323-
Vår ref.: 227579

Dato: 27. september 2016

Høring om endringer i pliktavleveringsforskriften

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 20.6.2016 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for IKT og personvernrett og lovutvalget for immaterial- og markedsføringsrett. Lovutvalget for IKT og personvernrett består av Thomas Olsen (leder), Kirill Miazine, Kjell Steffner, Jarle Roar Sæbø og Jon Wessel-Aas. Lovutvalget for immaterial- og markedsføringsrett består av Are Stenvik (leder), Hans Erik Johnsen, Thomas Rieber-Mohn, Ingvild Hanssen-Bauer, Stine Helén Pettersen og Martin Rove

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Sakens bakgrunn

Kulturdepartementet har fremmet et forslag til endring av forskrift av 25. mai 1990 om avleveringsplikt for allment tilgjengelige dokument (pliktavleveringsforskriften) og forskrift av 21. desember 2001 nr. 1563 til åndsverkloven.

Revisjonen av forskriftene er blant annet en oppfølging av endringer i lov av 9. juni 1989 nr. 32 om avleveringsplikt for allment tilgjengelege dokument (pliktavleveringslova), som trådte i kraft 1. januar 2016. Forslagets sentrale endringer knytter seg til bruk av det digitale pliktavleverte materialet, justering av avleveringsrutiner og etablering av et nettarkivnemnd og forslagene har som mål å legge best mulig til rette for effektiv innsamling, registrering og tilgjengeliggjøring av avleveringspliktige dokumenter, samt å bidra til tilgjengeliggjøring av materialet på en hensiktsmessig måte i en moderne tid.

Advokatforeningen har tidligere avgitt høringsuttalelse av 25. januar 2013 i forbindelse med endringer i pliktavleveringslova. Advokatforeningen var da på et prinsipielt grunnlag sterkt kritisk til departementets forslag til ny § 4a, hvor departementet foreslo å gi Nasjonalbiblioteket en rett til å lagre alt digitalt materiale, som er allment tilgjengelig. Departementets forslag til § 4a ble vedtatt.

I Prop. 106 L (2014-2015) ble noen av Advokatforeningens synspunkter kommentert i pkt. 6.7.2-6.7.4. Advokatforeningen ønsker å knytte merknader til noen av kommentarene i Prop. 106 L (2014-2015):

Advokatforeningen registrerer at det er en forutsetning for innhøsting av nettsider med søkemotorimmunisering at Nasjonalbiblioteket både gir tilstrekkelig informasjon om at nettsider med søkemotorimmunisering vil bli høstet inn og lagret, jf. Prop. 106 L (2014-2015) pkt. 6.7.2. Slik informasjon skal gis både før lagringen og mens lagringen skjer. Advokatforeningen mener at slik informasjonsplikt til en viss grad vil bøte på de personvernmessige ulempene som § 4a representerer for nytt materiale som legges ut, forutsatt at informasjonen fra Nasjonalbiblioteket blir formidlet til de fysiske personene som legger ut informasjon på nettstedet o.l. og ikke bare til en tjenestetilbyder. Ettersom informasjon om innhøsting er en forutsetning for innhøsting og lagring av materialet, betyr det at allerede eksisterende materiale som allerede ligger åpent ute ikke kan lagres, med mindre Nasjonalbiblioteket kan dokumentere at informasjonsplikten ble oppfylt.

Advokatforeningen registrerer at departementet gjør en rekke vurderinger av forholdet til menneskerettigheter og «*chilling effect*» i Prop. 106 L (2014-2015) pkt. 6.7.4. Departementet konkluderer med at «*det er lite trolig at innsamling frå Internett for å bevare den digitale kulturarven vil ha kjølande effekt på ytringsmangfaldet*». Departementet synes å legge til grunn at det innsamlede materialet i all fremtid bare vil kunne brukes til forskning og dokumentasjon. Advokatforeningen vil understreke at det ikke er usannsynlig at materialet også kan bli brukt i andre sammenhenger på et senere tidspunkt, f.eks. i forbindelse med etterforskning, bevis i sivile saker og straffesaker, f.eks. hvor en nettside er slettet, men innholdet er tilgjengelig Nasjonalbibliotekets arkiv, eller endog en datakilde for PSTs stordataanalyse f.eks. i forbindelse med forsøk på å avdekke radikale miljøer e.l.

3. Kommentarer til forslaget

Vedr. endringer av forskrift av 25. mai 1990 om avleveringsplikt for allment tilgjengelege dokument

Advokatforeningen har ingen spesielle kommentarer til forslaget annet enn en kommentar til § 11 vedr. informasjonstiltak. Slik bestemmelsen lyder, blir bare hensynet til pliktavleveringen fremhevet, men ikke hensynet til at nettbrukere blir informert om innhøsting av alle åpne nettdokumenter. Advokatforeningen anbefaler derfor at § 11 bygges ut til å si noe om informasjonstiltak og krav til informasjonsstrategi, særlig informasjonstiltak overfor ungdom og unge voksne, slik departementet skriver i pkt. 3.5.2.

Advokatforeningen har også et par kommentarer av mer teknisk karakter:

Advokatforeningen kan se for seg at pliktavlevering av spill vil kunne by på utfordringer. Moderne spill består ofte av en spill klient, som brukeren benytter til å koble seg til en spill server, som også andre brukere kobler seg til. Det samme gjelder applikasjoner. Det hender at en applikasjon som lastet ned til en enhet inneholder all nødvendig programvare, men det hender også at applikasjonen er et tomt skall, som nærmest viser brukeren en avansert nettside.

Advokatforeningen registrerer at departementet legger opp til at det digitale materialet lagres på Nasjonalbibliotekets servere. Den siste tiden har det vært en utvikling mot at stadig flere offentlige aktører tar i bruk s.k. skytjenester. Departementet bør vurdere om det skal oppstilles et uttrykkelig krav om at det digitale materialet skal oppbevares i Norge og ev. krav til integritet, konfidensialitet og tilgjengelighet ved bruk av eksterne leverandører.

Vedr. endringer av forskrift av 21. desember 2001 nr. 1563 til åndsverkloven

Advokatforeningen er av den oppfatning at departementets foreslåtte endringer i forskrift til åndsverkloven om bruk av pliktavlevert innhold går lengre enn det åndsverkloven § 16 gir hjemmel til å regulere i forskrift. Dette gjelder forslaget om nytt tredje ledd i § 1-10, ny § 1-10a og ny § 1-10b. Advokatforeningen støtter ikke forslaget om nytt annet ledd i § 1-4 slik det er formulert.

3.2 Eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring av pliktavlevert innhold

Innledningsvis om forslaget

Departementet har foreslått endringer i forskrift til åndsverkloven om tilgang til pliktavlevert innhold skal gis i Nasjonalbibliotekets lokaler og gjennom to ulike ordninger med digitale brukstillatelser. Etter høringsnotatet skal de sistnevnte ordningene gjennomføres ved bruk av strømmeteknologi fra en sentral database hos Nasjonalbiblioteket. Departementet presiserer ikke hvordan tilgangen i Nasjonalbibliotekets lokaler skal gjennomføres, men det fremstår ut fra høringsnotatet at også dette vil skje ved at brukere som oppholder seg i lokalene vil ha tilgang til å strømme innholdet fra den samme serveren som brukere med digitale brukstillatelser.

Rammene for forskriftsregulering etter åndsverkloven § 16

Advokatforeningen er av den oppfatning at de foreslåtte endringene i forskrift til åndsverkloven § 1-10, § 1-10a og § 1-10 ikke kan hjemles i åndsverkloven § 16.

Opphavsmenn har i kraft av sin opphavsrett retten til å råde over sine verk ved å fremstille eksemplarer av de og ved å gjøre disse tilgjengelige for allmennheten. Ved strømming av verk vil avsenderen først fremstille et eksemplar av verket på sin server og gjøre dette tilgjengelig for allmennheten ved at nettbrukere gis tilgang til dette. Mottakeren(e) vil på sin side fremstille enten varige eller midlertidige eksemplarer av verket på sin PC/mobiltelefon/nettbrett når han strømmer verket. Selv om lagringen ikke er synbar for brukeren, vil f.eks strømming av video fra Youtube innebære en midlertidig eksemplarframstilling i brukerens nettleser. Strømming innebærer således utøvelse av to ulike opphavsrettslige relevante beføyelser. Denne utøvelsen krever som hovedregel enten samtykke fra opphavsmannen eller hjemmel i lov med mindre man faller inn under unntakene i åndsverklovens § 11a.

For eksemplarframstilling som er nødvendig for å gjennomføre digital innsamling finnes det en særskilt

hjemmel i pliktavleveringsloven § 4 tredje ledd. For øvrig rådighetsutøvelse over åndsverk gjelder åndsverklovens bestemmelser. Åndsverkloven § 16 hjemler regler om både eksemplarframstilling (første ledd) og tilgjengeliggjøring (annet ledd), men kun til angitte formål og innenfor enkelte nærmere avgrensninger.

Departementet skriver i høringsnotatet at de foreslåtte endringene skal «*hjemles i § 16 i åndsverkloven om bruk av verk i bl.a. bibliotek, undervisnings- og forskningsinstitusjoner til særskilte formål*», men presiserer ikke om reglene gis i kraft av første ledd, annet ledd eller begge. Ordlyden «*særskilte formål*» finnes kun i første ledd, men dette leddet åpner kun for eksemplarframstilling og ikke tilgjengeliggjøring. Annet ledd åpner på sin side for tilgjengeliggjøring, men dette gjelder kun «*ved hjelp av terminaler i egne lokaler*» og kun for «*enkeltpersoner når det skjer til forskningsformål eller private studieformål*».

Advokatforeningen er av den oppfatning at departementets forslag går lenger enn det som rimelig kan innfortolkes i den snevre adgangen til tilgjengeliggjøring til «*enkeltpersoner [...] ved hjelp av terminaler i egne lokaler*». Det vises i den sammenheng til at det i forarbeidene til det som nå er § 16 første ledd uttales at «*det er en klar forutsetning at de regler som gis må holde retten til eksemplarframstilling innenfor relativt snevre grenser og ikke legge opp til ordninger som i nevneverdig grad vil konkurrere med rettighetshaveres økonomiske interesser*» og at bestemmelsen «*ikke skal gi hjemmel for å benytte de fremstilte eksemplarer i datamaskinbaserte informasjonssystemer*», jf. ot.rp.nr15 (1994-1995) s. 117.

Videre vises det til side 78 flg. i ot.prp.nr.46 (2004-2005), hvor departementet uttaler at første ledd ikke vil kunne rekke så vidt som at biblioteker kan «*låne ut*» digitaliserte kopier, blant annet med henvisning til at det for «*digitale/digitaliserte kopier gjør særlige forhold seg gjeldende*» med at disse er «*meget sårbare for ytterligere kopiering uten reduksjon av kvalitet*», slik at det må trekkes en grense mot utlån av kopier av slike. Selv om departementet åpner for at det skal være mulig innenfor nærmere angitte rammer å ta (fysisk) utskrift også av eksemplarer som er fjernlånt digitalt (fra en annen ABM-institusjon), presiserer de at «*[fjernlånet ikke kan foretas på en slik måte at det innebærer en tilgjengeliggjøring som er regulert i forslaget § 16 annet ledd]*». I forarbeidene avvises det også muligheten for å gi regler om at brukerne skal kunne betjenes på et annet fysisk sted enn i institusjonen. Departementet avviser dette med en henvisning til at fjernlån som hjemles i § 16

«må holdes innenfor så vel [opphavsrettsdirektivets] rammer som øvrige internasjonale forpliktelser. En hjemmel for digitalisering vil ikke gi grunnlag for etablering av «sømløs» utveksling av eksemplarer på en slik måte at rettighetshavernes markeder undergraves. Det er ikke meningen at undervisningsinstitusjoner generelt skal kunne betjenes gjennom en fjernlånsmulighet som her. [...] Fjernlån skal kun skje mellom institusjoner som nevnt, ikke direkte til låner, og kun etter konkret bestilling».

De nærmere rammene for forskriftsregler hjemlet i annet ledd er drøftet i ot.prp.nr.45 (2004-2005) på s. 79 flg. Det uttales her at «*digitaliserte eksemplarer som fjernlånes fra en institusjon til en annen med hjemmel i bestemmelser etter første ledd, ikke [...] kan gjøres tilgjengelig ved overføring i terminal på mottakerbiblioteket etter hjemmelen i andre ledd*». Videre avvises det på samme side at bestemmelsen kan gi hjemmel til regler om tilgjengeliggjøring av verk i institusjonenes samlinger til fjernstudenter som ikke har tilhold i institusjonens lokaler, med henvisning til opphavsrettsdirektivets artikkel 5.3 (n), jf. fortalen (40).

Bestemmelsen er for øvrig foreslått videreført uten materielle endringer i departementets forslag til ny åndsverklov. Om rammene for forskriftsreglene uttales det på s. 149 i høringsnotatet til åndsverkloven at «Etter opphavsrettsdirektivet er adgangen for digital tilgjengeliggjøring i ABM-institusjoner begrenset til tilgjengeliggjøring på skjerm av verk i samlingene i egne lokaler» og at eventuelle endringer til denne lovbestemmelsen må vurderes i lys av utviklingen i EU.

De siterte uttalelsene i forarbeidene underbygger at § 16 kun gir en snever adgang til tilgjengeliggjøring av pliktavlevert innhold og gir ikke grunnlag for andre former for tilgjengeliggjøring enn den som eksplisitt er nevnt i dens ordlyd. Når tilgangen til digitalt pliktavlevert innhold i Nasjonalbiblioteket ikke er avgrenset til «enkeltpersoner» eller egne «terminaler», og de foreslåtte digitale brukstillatelsene innebærer tilgang utover institusjonenes «egne lokaler», fremstår disse forslagene å være i strid med forskriftshjemmelen i åndsverkloven § 16. Dette innebærer at forslagene ikke kan innføres med en forskriftsendring, men snarere må gjennomføres med en endring i åndsverkloven.

Advokatforeningen er for øvrig i tvil om de foreslåtte endringene vil være i overenstemmelse med Norges forpliktelser etter opphavsrettsdirektivet selv om de skulle bli gjennomført ved en lovendring, jf. henholdsvis den snevre ordlyden i direktivets artikkel 5.3.a, 5.3.n og fortalens avsnitt 40. Dette behandles ikke nærmere med henvisning til vurderingen om at forslagene uansett ikke er tilstrekkelig hjemlet i åndsverklovens eksisterende bestemmelser.

3.3 Bruk av pliktavlevert materiale i Språkbanken

Advokatforeningen støtter ikke forslaget om nytt annet ledd i § 1-4 i forskrift til åndsverkloven slik det er utformet.

Første ledd i forskriftens § 1-4 åpner for at Kulturdepartementet for forskningsformål kan gi undervisnings- og forskningsinstitusjoner tillatelse til å fremstille eksemplarer av åndsverk, noe som ikke har støtte i ordlyden av åndsverkloven § 16 første ledd.

Forslaget om et nytt annet ledd i § 1-4 er ikke på samme måte avgrenset til å «fremstille eksemplarer» av åndsverk, men bruker den videre formuleringen om rett til å «bruke» digitalt pliktavlevert materiale som grunnlagsmateriale for språklig korpus.

Advokatforeningen er av den oppfatning at forslaget formulerer gjør det vanskelig å se hvilke reelle avgrensninger som vil gjelde for Nasjonalbibliotekets tillatelser, og anmoder derfor departementet å nærmere presisere dette. Det er særlig behov for avklaring om bestemmelsen er ment å legge opp til tilgjengeliggjøring av det pliktavleverte innholdet på noen måte, både internt i Nasjonalbiblioteket eller til eksterne aktører. Ettersom også denne bestemmelsen er foreslått hjemlet i åndsverkloven § 16, vil de samme rammene som er skissert over være gjeldende.



Jens Johan Hjort
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith
generalsekretær

