



MPA INNLEGG TIL HØRINGSUTKASTET VEDRØRENDE DEN NORSKE IMPLEMENTERINGEN AV OPPHAVSRETTSДИРЕКТИVET

Motion Pictures Association (MPA) er en bransjeorganisasjon som representerer interessene til syv store internasjonale produsenter og distributører av filmer, tv programmer, hjemmevideoer og DVD-plater¹.

MPA er således engasjert i debatten vedrørende den norske implementeringen av det såkalte opphavsrettsdirektivet².

Vi setter pris på anledningen til å få presentere vårt innlegg og svar til høringsutkastet om implementeringen av opphavsrettsdirektivet i Norge. Vi vil i det følgende presentere våre grunnleggende syn på det publiserte høringsutkastet og implementeringen av direktivet. Som en oppfølging av dette innlegget ber vi Dem vennligst om et møte for en konstruktiv diskusjon om prinsipielle problemstillinger i direktivet og høringsutkastet. Som representanter for filmindustrien, kan vi bidra med nyttig informasjon om bransje og dens utvikling og fremtid, dvs. informasjon som kan være av betydning i forbindelse med implementeringen av opphavsrettsdirektivet og endringene av åndsverkloven.

1. Eksemplarframstilling

1.1 Referanser

- Direktivet artikkel 2, fortalen (21) og (22)
- Høringsutkastet punkt 3.1 og 5 (merknader til forslaget til åndsverkloven § 2)

1.2 Våre generelle bemerkninger

Direktivet artikkel 2 omhandler eneretten til eksemplarframstilling. Det fremgår eksplisitt at *"direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduksjon på en hvilken som helst måte og i en hvilken som helst form, helt eller delvis"* inngår i eneretten. Det følger av fortalen (21) at *"Det er nødvendig med en bred definisjon af disse handlinger for at sikre retssikkerhed i det indre marked"*. Se også fortalen (9) om *"Udgangspunktet for en harmonisering af ophavsret og beslægtede rettigheder bør være et højt beskyttelsesniveau, da sådanne rettigheder er af afgørende betydning for den intellektuelle skabelsesproces"*.

Vi er av den oppfatning at hvert enkelt element i eksemplarframstillingsretten i artikkel 2 bør implementeres ordrett i åndsverkloven, dvs. i §§ 2, 42 og 45 osv. Se for eksempel den danske opphavsretsloven § 2 andre ledd: *"Som eksemplarframstilling anses enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent og hel eller delvis eksemplarframstilling på en hvilken som helst måte og i en hvilken som helst form. Som framstilling af eksemplarer anses også det forhold, at værket overføres på indretninger, som kan gengive det."*

¹ MPA-medlemmene inkluderer: Buena Vista Pictures Distribution, Inc. (Disney); Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc., Paramount Pictures Corporation; Sony Pictures Entertainment Inc.; Twentieth Century Fox Film Corporation; Universal Studios, Inc., og Warner Bros.

² Jf. dir. 2001/29/EF.



1.3 Forslaget vedrørende midlertidige eksemplarer (se blant annet høringsutkastet punkt 3.1.3.1)

Vi er enig med departementet i at midlertidige eksemplarer allerede er omfattet av eksemplarframstillingsretten i henhold til gjeldende rett i Norge³. Med henvisning til punkt 1.1 ovenfor, er vi enig i at det må fremgå eksplisitt av lovteksten at midlertidige eksemplarer er omfattet av eksemplarframstillingsretten. Dette er i overensstemmelse med direktivet. Vi har notert at endringen av åndsverkloven § 2 sammenholdt med forslaget til ny § 11a innebærer en utvidelse av eksemplarframstillingsretten med hensyn til midlertidige eksemplarer. Det vises til punkt 4.4 nedenfor vedrørende det foreslåtte unntaket for visse midlertidige eksemplarer.

1.4 Våre bemerkninger vedrørende presumsjonsbestemmelsene om avtaletolkning

Det fremgår ikke av høringsutkastet hvorvidt departementet har vurdert de refererte presiseringene og endringene i eksemplarframstilling i forhold til presumsjonsbestemmelsene om avtaletolkning. Det vises eksempelvis til åndsverkloven § 39f andre ledd vedrørende avtale om overdragelse av rett til innspilling av et verk for film. Presiseringene og endringene i åndsverkloven må ikke desto mindre reflekteres i disse presumsjonsbestemmelsene. Det bør understrekes i odelstingsproposisjonen at presiseringene og endringene også får anvendelse på eksisterende avtaler. Vi er uenig i departementets forslag til ikrafttredelses- og overgangsbestemmelser i forhold til eksisterende avtaler, jf. lovforslaget III nummer 2.a)⁴. Begrepsbruken i slike avtaler vil normalt referere til de dagjeldende bestemmelsene i åndsverkloven og bør følgelig fortolkes i samsvar med de til enhver tid gjeldende bestemmelser. Unntak fra dette prinsippet bør bare gjøres gjeldende dersom det fremgår eksplisitt at partene har ment det motsatte. Det bør i det minste presiseres i odelstingsproposisjonen at med mindre annet fremgår eksplisitt i avtalen, skal de nye presiseringer og endringer vedrørende retten til eksemplarframstilling komme til anvendelse på gjeldende bestemmelser om overdragelse av rettigheter.

2. **Tilgjengeliggjøring for allmennheten**

2.1 Referanser

- Direktivet artikkel 3, Fortalen (23)-(27), (29)
- Høringsutkastet punkt 3.2 og 5 (merknader til forslaget til åndsverkloven § 2)

2.2 Våre generelle bemerkninger

Direktivet artikkel 3 omhandler opphavsmannens enerett til overføring av verk til allmennheten, inkludert tilgjengeliggjøring av verk på en slik måte at allmennheten får tilgang til verkene på et individuelt valgt sted og tidspunkt. Dette omfatter typisk tilgjengeliggjøring på internett, selv om andre bestillingstjenester også kan gjøres tilgjengelig på andre måter (for eksempel ved

³ Jf. høringsutkastet på side 15 nederst.

⁴ Jf. Også departementets merknader i høringsutkastet på side 93.



såkalt VOD (video on demand)-kringkasting). De nærstående rettigheter omfatter en rett til å tilgjengeliggjøre arbeidet på en slik måte at allmennheten får tilgang til arbeidene på et individuelt valgt sted og tidspunkt.

Det forutsettes i fortalen (5) at direktivet ikke innfører *"nye begreper inden for opphavsretlig beskyttelse, men de nugældende retsregler vedrørende opphavsret og beslægtede rettigheder bør tilpasses og suppleres for at tage passende hensyn til de økonomiske realiteter, f.eks. nye former for udnyttelse"*.

2.3 Forslaget vedrørende overføringsretten (se blant annet høringsutkastet punkt 3.2.3.1)

Vi er enig med departementet i at overføringsretten, inklusiv retten til å gjøre et verk tilgjengelig, i henhold til definisjonen i artikkel 3, også er omfattet av eneretten i henhold til gjeldende rett i Norge.

Begrepet *"overføring"* i direktivet er imidlertid, som også departementet påpeker, ikke benyttet i den norske åndsverkloven. Det har også knyttet seg noe usikkerhet til hvordan tilgjengeliggjøring av et verk på internett forholder seg til de tre kategoriene for tilgjengeliggjøring for allmennheten som er nevnt i åndsverkloven § 2, nærmere bestemt fremføring, visning eller spredning. Vi er enig med departementet⁵, etter vår initielle vurdering, i at det å tilgjengeliggjøre et verk på internett må anses som offentlig fremføring. Ordlyden passer imidlertid ikke så godt. Fremføring tyder på en umiddelbar tilgjengeliggjøring, typisk at et verk fremføres for et publikum. Internettets interaktive karakter innebærer imidlertid betydelig flere muligheter, som går ut over den tradisjonelle forestilling om offentlig fremføring.

På denne bakgrunn må det gjøres klart at eneretten til å gjøre et verk tilgjengelig for allmennheten, jf. åndsverkloven § 2, tilsvarende den vide overføringsretten, inkludert retten til tilgjengeliggjøring for allmennheten (som omfatter både det å tilby et åndsverk til allmennheten og den etterfølgende overføring), som definert i opphavsrettsdirektivet artikkel 3. Dette kan gjøres ved å presisere at slik *"overføring"* som følger av artikkel 3 kan henføres under *"fremføring"*, i samsvar med departementets forslag i høringsutkastet. Alternativt kan det nye begrepet *"overføring til allmennheten"* med en ikke uttømmende liste som inkluderer dets ulike former: kringkasting, gjøre tilgjengelig etc., innføres i § 2. Denne siste fremgangsmåten er kanskje å foretrekke med hensyn til samsvar med direktivet (det vil si bruken av begrepet "overføring til allmennheten"). Uansett hvordan, er vi enig med departementet i at det er det nødvendig med en endring/presisering av hensyn til rettsikkerhet og forutberegnelighet, herunder i forhold til sivilrettslige sanksjoner og spesielt i forhold til strafferettslige sanksjoner og kravet om klar hjemmel.

Jf. også plikten til å innføre passende sanksjoner og rettsmidler i henhold til opphavsrettsdirektivet artikkel 8. Se fortalen (58) om at sanksjonene *"bør være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelser og have en afskrækkende virkning"*. For å oppnå dette er det nødvendig med strafferettslige virkemidler, se nærmere nedenfor i punkt 7.2.

Det bør fremgå av odelstingsproposisjonen at begrepet *"overføring"* skal fortolkes i samsvar med direktivet, jf. fortalen (23): *"Denne ret skal opfattes bredt som*

⁵ Jf. høringsutkastet på side 20 andre avsnitt.



omfattende enhver overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted. Denne ret omfatter enhver sådan form for trådbunden eller trådløs transmission eller retransmission af et værk til almenheden, herunder udsendelse i radio og fjernsyn. Denne ret bør dog ikke omfatte andre handlinger." I likhet med høringsutkastet, bør det fremgå av odelstingsproposisjonen at denne presiseringen/endingen ikke innebærer noen endring av gjeldende rett slik at det ikke vil få noen konsekvenser for eksisterende avtaler, se videre nedenfor om dette. Odelstingsproposisjonen bør også klargjøre at tvungen kollektiv forvaltning som et generelt prinsipp ikke skal gis anvendelse for rettene til overføring til allmennheten bortsett fra når individuell rettighetsforvaltning er umulig eller svært upraktisk. (Dessuten er rettene til overføring til allmennheten, som vi vil se nedenfor, ikke omfattet av prinsippet om EU-konsumpsjon.)

Ifølge departementet skal det å tilby utstyr for personlig interaktiv bruk ikke anses som offentlig fremføring i henhold til § 2⁶. Dersom det for eksempel ytes en tjeneste i tilknytning til de fysiske fasiliteter, vil imidlertid dette kunne utgjøre overføring i henhold til direktivet. Eksempel på dette er at et hotell tilgjengeliggjør utstyr for å se på kabel tv eller video. Det vises til fortalen (27) som understreker at *"Den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter utgjør dog ikke i seg selv overføring."* Det kan også utledes av høringsutkastet at det utgjør offentlig fremføring dersom tjenester tilbys sammen med de fysiske fasilitetene. Dette bør klargjøres i odelstingsproposisjonen ved implementeringen av opphavsrettsdirektivet.

Det bør også klargjøres at selv det å bare tilby et verk til allmennheten, for eksempel ved å tilby det for nedlasting på en hjemmeside, vil være omfattet av eneretten selv om verket ikke i praksis er overført til allmennheten.

Det fremgår underforstått av høringsutkastet på side 21 andre avsnitt at de foreslåtte presiseringene/endingene ikke skal få betydning for eksisterende avtaler⁷:

"i tillegg til den vel etablerte rettstilstand hva gjelder innholdet i fremføringsbegrepet, har vi dessuten lagt vekt på hensynet til eksisterende avtaler og et ønske om ikke å lage kompliserte overgangsregler på dette området."

Med andre ord vil eksisterende avtaler som overdrar en rett til å gjøre et verk tilgjengelig eller fremføre det for allmennheten anses å overdra retten til *"overføring"* i samsvar med forslaget til § 2 og direktivet artikkel 3. For å unngå tvil, bør dette også understrekes i odelstingsproposisjonen. Videre bør presiseringene/endingene reflekteres i presumsjonsbestemmelsene om avtaletolkning (herunder § 39f). Det vises til våre bemerkninger om dette i forhold til eksemplarframstillingsretten ovenfor i punkt 1.4.

2.4 Forslaget vedrørende begrepet "offentlig"

Det fremgår både av åndsverkloven § 2 og opphavsrettsdirektivet artikkel 3 at eneretten bare gjelder offentlig overføring og/eller tilgjengeliggjøring, dvs. utenfor det private området. Tilgjengeliggjøring av et verk på en internett-side vil

⁶ Jf. høringsutkastet på side 21 siste avsnitt og side 76 første avsnitt.

⁷ Jf. høringsutkastet på side 21 andre avsnitt.



typisk være utenfor det private område både i henhold til den norske åndsverkloven og i henhold til opphavsrettsdirektivet.

Departementet foreslår å bytte ut begrepet *"utenfor det private området"* med *"offentlig"*, men understreker at dette ikke innebærer noen realitetsendring⁸. Vi er uenig med departementet og mener en realitetsendring er påkrevd. Det er i virkeligheten viktig å definere begrepet "offentlig" i overensstemmelse med direktivet. Opphavsrettsdirektivet gir en mer restriktiv forståelse av hva som utgjør det private område enn hva som kan utledes av gjeldende rett i Norge. Etter opphavsrettsdirektivet vil en tilgjengeliggjøring mellom to individer ikke som sådan skje innenfor det private området. En person som har lovlig tilgang til et verk/frembringelse kan imidlertid se det sammen med familien privat, men ikke overføre det til andre uten tillatelse. Det fremgår av fortalen (23) at retten til tilgjengeliggjøring for allmennheten *"skal oppfattes bredt som omfattende enhver overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted."* En overføring som skjer ved at en sentral server tilknyttes til en eller flere datamaskiner vil, uavhengig av avstanden og selv om de befinner seg på samme sted, omfattes av eneretten i henhold til [artikkel 3](#). Dette omfatter også såkalt "peer to peer" fildeling av åndsverk mellom enkeltindivider. Slike aktiviteter har stor økonomisk betydning, jf. den nylige undersøkelsen som estimerte at verdien av mp3-filer som nordmenn har lastet ned fra nettet utgjør rundt 7 milliarder kroner.

Det samsvarer med nordisk rettstradisjon at alle økonomisk viktige aktiviteter er omfattet av opphavsrettslige eneretter. Det generelle begrepet *"å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten"* i stedet for en mer kasuistisk oppregning av enerettene, ble innført i Norge på grunnlag av en komiteinnstilling fra 1925. I følge komiteen bygget utkastet *"... på den prinsipielle oppfatning av opphavsretten som den franske revolusjons lovgivere slo fast, og som siden den tid har vunnet stadig større tilslutning. Kunstnerens og forfatterens krav på at rettsordnen garanterer ham adgang til at nyde de økonomiske frukter av sitt arbeide, er likeså dypt etisk og socialt berettiget, som selve eiendomsretten til materielle ting... Ut fra dette grunnsyn må selvsagt utgangspunkt bli det, at forfatteren og kunstneren bør ha all den rådighet over sitt verk, som ikke av tvingende samfundsmessige grunner må unndras ham"*⁹. Prinsippet om at opphavsmannen/den utøvende kunstneren har alle rettigheter til sine verk/arbeider som har økonomisk betydning er også fremhevet i forarbeidene til den svenske opphavsrettsloven¹⁰.

Etter dette må det presiseres i åndsverkloven at enhver tilgjengeliggjøring som har en økonomisk betydning, herunder urettmessig fildeling av åndsverk, som nevnt ovenfor, er utenfor det private område og således ulovlig i henhold til åndsverkloven. Lovteknisk kan det være en fordel å definere hva som utgjør allmennheten i motsetning til det private område i en egen bestemmelse. Grensen får også betydning i forhold til andre bestemmelser i åndsverkloven herunder [§ 12](#), jf. nedenfor i punkt 4.5.

2.5 Forslaget vedrørende nærstående rettigheter (se blant annet høringsutkastet punkt 3.2.3.2)

⁸ Jf. høringsutkastet på side 21 tredje avsnitt.

⁹ Norsk komiteinnstilling 1925 s. 14.

¹⁰ Jf. prop. 1960:17 til den svenske "upphavsråttslag" s. 53 og s. 60.



Vi ønsker velkommen den generelle eneretten til å gjøre et verk tilgjengelig for allmennheten som er foreslått for de såkalte nærstående rettigheter, dvs. for utøvende kunstnere til opptak av deres fremføringer (§ 42) og produsenter til deres lydopptak eller filmer (§ 45).

Vi er imidlertid sterkt uenig i departementets forslag om at denne eneretten ikke skal reflekteres i presumsjonsbestemmelsene for eksempelvis utøvende kunstnere¹¹. Dette forslaget kan medføre at kun en enkelt rettighetshaver til et verk som involverer et potensielt stort antall rettighetshavere er i stand til å blokkere nye utnyttelser av et arbeid eller utviklingen av nye produkter og/eller tjenester. Dette kan spesielt få negativ betydning for avtaler hvor nye utnyttelser ikke er vurdert. Følgelig er det behov for en presumsjonsbestemmelse om at tilgjengeliggjøringsretten for utøvende kunstnere overdras sammen med eksempelvis en avtale om filmatisering av hans eller hennes fremføringer, jf. § 39f annet ledd som regulerer filmverk. Dette betyr ikke at utøvende kunstnere ikke bør betales for utnyttelsen av verk som inneholder deres fremføringer. Det nærmere innholdet i slik ytterligere godtgjørelse bør det imidlertid overlates til partene å fastsette.

2.6 Våre overordnede bemerkninger vedrørende tvungen kollektiv forvaltning og avtalelisenser

Det er vår oppfatning at kollektiv forvaltning av rettigheter og avtalelisensordninger ikke bør påtvinges i forbindelse med utøvelsen av eneretten til å overføre et verk til allmennheten slik dette er definert i opphavsrettsdirektivet artikkel 3. Dette bør faktisk gjelde som et generelt prinsipp for alle rettigheter, spesielt for det digitale miljøet, slik at det bare gjøres unntak fra det dersom det er umulig eller svært upraktisk med individuell forvaltning av rettigheter. Dette er i overensstemmelse både med EU-standarder og internasjonale standarder (Se for eksempel Satellitt- og kabeldirektivet artikkel 3, 4, 9 og 10, og Bernkonvensjonen 11bis(2) og 13(1).) Dette betyr ikke at individuelle rettighetshavere ikke kan overlate utøvelsen av sine rettigheter til rettighetshaverorganisasjoner. Foreningsfriheten bør respekteres. Når det gjelder avtalelisenser, kan det være nødvendig å vurdere særlige bestemmelser til beskyttelse av interessene til rettighetshavere som ikke er medlemmer av den aktuelle kollektive forvaltningsorganisasjonen og som ikke ønsker å delta i avtalelisensordningen. Slike rettighetshavere bør gis anledning til å "opt out" og utøve sine rettigheter individuelt. Dette prinsippet er reflektert i "*acquis communautaire*" (se artikkel 3 nummer 2 til 4 i Satellitt- og kabeldirektivet). Det vises videre til vår behandling av avtalelisenser nedenfor i punkt 4.2.

2.7 Våre bemerkninger vedrørende konsumpsjon

Det følger av opphavsrettsdirektivet artikkel 3.3 at eneretten til overføring til allmennheten og å gjøre tilgjengelig ikke er gjenstand for konsumpsjon. Dette er i samsvar med gjeldende rett i Norge, men kan med fordel presiseres i odelstingsproposisjonen til endringene av åndsverkloven.

3. Spredningsretten

3.1 Referanser

¹¹ Jf. høringsutkastet på side 23 femte avsnitt.



- Direktivet artikkel 4, fortalen (28)
- Høringsutkastet punkt 3.3 og 5 (merknader til forslaget til åndsverkloven § 2)

3.2 Våre generelle bemerkninger

Artikkel 4 omhandler eneretten til spredning av fysiske eksemplar ved salg eller på annen måte.

I fortalen (28) presiseres at denne eneretten omfatter spredning av verk som inngår i et fysisk gode, dvs. ikke elektroniske overføringer av verk.

Dette er i samsvar med den internasjonale oppfatning som også etter hvert har fått gjennomslag i Norge. Denne problemstillingen er ikke berørt i høringsutkastet, men for å unngå enhver tvil bør det understrekes i odelstingsproposisjonen at spredningsretten bare gjelder fysiske goder.

3.3 Forslaget vedrørende konsumpsjon av spredningsretten

Det sentrale i artikkel 4 er at den stadfester regelen om konsumpsjon av spredningsretten på fellesskapsnivå og ikke internasjonalt (det vil si at spredningsretten ikke er gjenstand for internasjonal konsumpsjon, jf. artikkel 4.2). Selvsagt slik at konsumpsjon forutsetter at gjenstanden (fysisk eller følelig eksemplar) er solgt eller eiendomsretten til den på annen måte er overdratt innenfor EØS av rettighetshaveren eller med dennes samtykke.

At spredningsretten konsumeres på fellesskapsnivå er i samsvar med gjeldende rett i Norge i forhold til utøvende kunstnere og produsenter av fonogram og/eller film, jf. åndsverkloven §§ 42 og 45. Eneretten til spredning av et eksemplar av opphavsrettslig beskyttede verk konsumeres derimot internasjonalt, jf. åndsverkloven § 19. Vi er sterkt uenig i departementets forslag om å ignorere dette kravet med henvisning til at EØS-avtalen ikke omfatter felles handelspolitikk. Det er vår oppfatning at Norge, uavhengig av EØS-avtalen, bør implementere dette prinsippet av hensyn til nordisk tradisjon (både Sverige, Danmark og Finland er forpliktet til å følge prinsippet om regional konsumpsjon) og den nyere tradisjonen for tilpasning til de andre europeiske landene.

4. **Avgrensning av opphavsretten og forvaltning av rettigheter ved avtalelisens**

4.1 Referanser

- Direktivet artikkel 5, fortalen (32) – (45)
- Høringsutkastet punkt 3.4 og 5

4.2 Våre generelle bemerkninger (se blant annet høringsutkastet punkt 3.4.1.1)

Artikkel 5 angir uttømmende hvilke unntak som kan gjøres gjeldende. Det er ikke meningen at de respektive land skal innføre nye unntak, jf. fortalen 31: *“De i medlemsstatene gjeldende undtagelser og indskrænkninger til rettighederne må*



nyvurderes på baggrund af den nye elektroniske udvikling” og fortalen (32): “Listen tager behørigt hensyn til medlemsstaternes forskellige rettlige traditioner”. Følgelig vil de eksisterende avgrensninger måtte gjennomgås. Departementets forslag om nye og utvidelse av eksisterende avgrensninger på bakgrunn av direktivet må analyseres grundig for å fastslå hvorvidt de er i overensstemmelse med forutsetningene i direktivet eller ikke. Dette vil bli behandlet nærmere i forbindelse med våre kommentarer til de relevante deler av høringsutkastet.

Videre er departementets forslag om nye tvungne avtalelisensordninger, for å opprettholde eksisterende unntak som er i strid med direktivet og for å muliggjøre digital bruk, i seg selv klart i strid med forutsetningene i direktivet og kan ikke rettfærdiggjøres under henvisning til fortalen (18). Fortalen (18) omhandler forvaltning av rettigheter ved avtalelisenser, ikke opprettholdelse av eksisterende begrensninger ved å omgjøre disse til avtalelisenser som en måte å omgå direktivet på. Det fremgår mer eller mindre eksplisitt av høringsutkastet at de nye avtalelisensordningene nettopp er innført for å opprettholde eksisterende begrensninger som er i strid med direktivet og for å muliggjøre digital bruk¹². Slike lisensordninger medfører risiko for omfattende tap for rettighetshaverne, spesielt i forhold til digital bruk. Dersom levedyktige nye forretningsmodeller skal utvikles, må bruk av avtalelisensordninger begrenses og de må bare tas i bruk på måter som er forenlig med "acquis communautaire". Anvendelsesområdet til de eksisterende avgrensningene bør begrenses og de bør under ingen omstendighet overføres til nettverksoverføringer fordi dette ville vært katastrofalt for rettighetshavere som ønsker å utvikle on-line leveringsmekanismer for deres egne åndsverk og frembringelser. Flere selskaper som er medlem av MPA og europeiske produsenter/distributører utvikler on-line filmtjenester. Pålegging av avtalelisensordninger ville, som et resultat av dette, hemme utviklingen av nye forretningsmodeller. Verkene vil tilgjengeliggjøres av rettighetshaverne selv. Risikoen for misbruk og konflikt med rettighetshavernes interesser er svært stor ved digital bruk. Det bør derfor som en generell regel være opp til de individuelle rettighetshavere å beholde kontrollen over i det minste den digitale tilgang og distribuering av deres åndsverk og andre frembringelser. Rettighetshaverne bør i det minste få tid på seg til å utvikle hensiktsmessige ordninger for tilgang til deres verk. Det bør bare gjøres unntak fra dette prinsippet dersom det fremstår som klart at individuell forvaltning er umulig eller svært upraktisk. Vi er sterkt uenig i departementets forsøk på å omgå enkelte av begrensningene i direktivet ved å innføre nye og utvide eksisterende tvungne avtalelisensordninger for å tillate digital bruk. Uansett fortalen (18) kan slike ordninger ikke undergrave direktivet.

Videre bemerkes at unntakene i direktivet ikke er formulert som preseptoriske regler. Det er til alles fordel at det er rom for individuelle avtaler tilpasset spesielle omstendigheter og bruk. Det følger eksplisitt av fortalen (45) at unntak og begrensninger ikke skal hindre slike ordninger. Se også fortalen (52) vedrørende privat bruk og (53) vedrørende interaktive online-tjenester. Dette betyr at såfremt rettighetshaverne har gjort verkene tilgjengelige på avtalerettslige vilkår, bør brukerne ikke kunne påberope seg unntak i strid med slike avtalervilkår. Avtaleregulerte begrensninger i adgangen til unntak, f.eks. i privatkopieringsretten, må kunne gjøres gjeldende ikke bare som en avtalerettslig beføyelse, men også slik at handlingene ikke vil være lovlig i åndsverkløvens

¹² Jf. eksempelvis høringsutkastet på side 34 tredje avsnitt.



forstand. Dette er ikke berørt i høringsutkastet, men bør fremgå av selve lovteksten eller i det minste av odelstingsproposisjonen.

I henhold til opphavsrettsdirektivet (artikkel 6), er det et vilkår at unntakene ikke hindrer bruken eller virkningen av tekniske beskyttelsessystem, jf. fortalen (39). Dette må tas behørig hensyn til ved vurderingen av eksisterende unntak og bør også behandles i odelstingsproposisjonen.

Opphavsrettsdirektivet artikkel 5.5 omhandler den såkalte tretrinns testen som skal anvendes ved vurderingen av hvert enkelt av unntakene og begrensningene i enerettene. Departementet har bare vurdert tretrinns testen i forhold til de generelle bestemmelsene. Direktivet artikkel 5.5 skal imidlertid også gis anvendelse i enkelttilfeller. Det vises til fortalen (44):

“Sådanne undtagelser og innskærnkninger må ikke anvendes på en sådan måde, at det skader rettighedshavernes legitime interesser eller er i strid med en normal udnyttelse af de pågældende værker og frembringelser”

Tretrinns testen kan således påberopes for domstolene og for å sikre at testen faktisk blir vurdert av domstolene, bør artikkel 5.5 implementeres uttrykkelig (ordrett) i åndsverkloven, fortrinnsvis i en egen bestemmelse. Tretrinns testen er også relevant i forhold til internasjonale avtaler (jf. Bernkonvensjonen artikkel 9 (2) og TRIPS-avtalen artikkel 13), og derved også i forhold til Norges forpliktelser overfor land som ikke er medlem av EU.

4.3 Forslaget vedrørende lovlig kilde og tilgang (se blant høringsutkastet punkt 3.4.1.2 og 5 – merknader til forslaget til åndsverkloven § 11 tredje ledd)

Opphavsrettsdirektivet er bygget på en forutsetning om at kilden eller tilgangen må være lovlig for at brukeren skal kunne dra nytte av unntaket. Det finnes ingen berettiget grunn til å tillate bruk av et ulovlig eksemplar. Tvert i mot, dersom unntakene kunne gjøres gjeldende overfor ulovlige kilder eller tilgang, vil unntakene fungere som en legalisering av, eller i hvert fall en oppfordring til, piratkopier. Det vises til kulturdepartementets høringsutkast fra 2001 om innføring av privatkopieringsvederlag, pkt. 2.2: *“Digital teknologi muliggjør i praksis spredning i stort omfang av eksemplarer fremstilt med hjemmel i § 12, selv om denne bestemmelsen som hovedregel ikke gir hjemmel til spredning.”*

På denne bakgrunn er det en forutsetning at unntakene bare kommer til anvendelse såfremt kilden og tilgangen er lovlig og tretrinns testen (artikkel 5.5) tillater det. Hvis ikke, vil rettighetshaverne oppleve enorme tap som i neste omgang vil berøre brukere. Vi ønsker derfor velkommen departementets forslag til ett nytt tredje ledd i § 11 med krav til lovlig kilde og tilgang. I forhold til kravet om lovlig kilde og tilgang, fremgår det i høringsutkastet på side 26 tredje avsnitt at det i de fleste tilfeller vil *“fremgå av sammenhengen eller av type åndsverk om verket er lovlig lagt ut på nettet”*. Vi er enig i dette, men det bør også understrekes i odelstingsproposisjonen at det generelt må anses å fremgå av sammenhengen at verket ikke er lovlig lagt ut på internett med mindre det er åpenbart at rettighetshaveren faktisk har gitt samtykke til utleggelsen.



4.4 Forslaget vedrørende midlertidige eksemplarer (se blant annet høringsutkastet punkt 3.1.3.1 og 5 – merknader til forslaget til åndsverkloven § 11a)

Unntaket i artikkel 5.1 må ses i sammenheng med hovedregelen om at midlertidig eksemplarframstilling er omfattet av eneretten etter artikkel 2, jf. ovenfor i punkt 1.2.

Vilkårene for at det skal kunne gjøres unntak fra hovedregelen er kumulative slik at samtlige må være oppfylt. Vi er fornøyd med at den foreslåtte norske implementeringen av artikkel 5.1 er nær ordlyden i direktivet. Det bør også presiseres i odelstingsproposisjonen at vilkårene for å gjøre unntak er kumulative.

Ifølge departementet vil bestemmelsen i § 11a gjøre nettlensing mulig uten at dette krenker rettighetshaverens opphavsrett. Igjen er det viktig å understreke i odelstingsproposisjonen at det følger av forslaget til nytt tredje ledd i § 11 at rettighetshaveren på en eller annen måte må ha samtykket til slik nettlensing, dvs. ved å legge verket ut på internett.

Videre bør odelstingsproposisjonen eksemplifisere hva som faller utenfor unntaket for visse midlertidige eksemplarer. Eksempelvis må såkalt "proxy caching" falle utenfor unntaket dersom handlingen kan medføre ansvar i henhold til det såkalte E-handelsdirektivet¹³ artikkel 13. Det kan ikke være meningen at opphavsrettsdirektivet artikkel 5.1 skal gå lenger i å tillate handlinger enn E-handelsdirektivet. Dersom vilkårene i E-handelsdirektivet artikkel 13 ikke er oppfylt, vil handlingen heller ikke "*udelukkende har til formål at muliggjøre a) en mellemmands transmission i et netværk mellem tredjemænd*", jf. opphavsrettsdirektivet artikkel 5.1. Et annet eksempel på hva som faller utenfor unntaket, er eksemplarframstilling ved såkalt webcasting eller streaming. I tillegg til at slike handlinger sannsynligvis faller utenfor ordlyden i artikkel 5.1 faller de utenfor formålet med unntaket.

Selv om handlingen er unntatt i henhold til artikkel 5.1, bør det være mulighet for å få nedlagt forbud eller midlertidig forføyning i henhold til artikkel 8.3. Dette kommer vi imidlertid nærmere inn på nedenfor i punkt 7.2.

4.5 Forslaget vedrørende eksemplarframstilling til privat bruk (se blant annet høringsutkastet punkt 3.4.2 og 5 – merknader til forslaget til åndsverkloven § 12)

Den internasjonale opinion ser i de senere årene ut til å ha akseptert at digital kopiering av opphavsrettslig beskyttede verk til privat bruk innebærer spesielle problemer for rettighetshaverne. I forhold til digitale eksemplarer utgjør privatkopieringsretten et så vesentlig inngrep i eneretten, at rekkevidden til slike unntak må være svært begrenset (se fortalen 38). Digitale kopier har, i motsetning til analoge kopier, samme kvalitet som originalen og lar seg lett laste opp på internett for omfattende spredning.

Vi har notert at Kultur- og kirke departementet, i hvert fall foreløpig, har tatt det standpunkt at privatkopiering til digital bruk fortsatt i prinsippet skal være tillatt etter åndsverkloven. Det er i imidlertid viktig i forhold til privatkopieringsretten at

¹³ Jf. dir 2000/31/EF.



både de generelle krav i direktivet så vel som artikkel 5.2 b) implementeres på en korrekt måte i åndsverkloven. Det er også spesielt viktig at tretrinnsstesten implementeres eksplisitt i åndsverkloven slik at domstolene tilskyndes til å anvende testen. Det er grunn til å tro at en domstol i visse situasjoner vil kunne forby digital kopiering i visse format på grunnlag av den såkalte tretrinnsstesten, jf. opphavsrettsdirektivet artikkel 5.5 (og Bernkonvensjonen artikkel 9 (2)/TRIPS-avtalen artikkel 13).

Som også Kulturdepartementet bemerket i høringsutkastet om privatkopieringsvederlag, medfører bruken av enkelte digitale teknologier et stort tapspotensial for rettighetshaverne. Dette har i første rekke manifestert seg i forhold til musikkbransjen, men er på god vei også i forhold til filmindustrien og andre bransjer. Det er viktig å stoppe eller i hvert fall bremse denne utviklingen, både av hensyn til rettighetshaverne og av hensyn til forbrukerne og samfunnet for øvrig. Redusert (og i verste fall bortfall av) lønnsomhet vil i det lange løp føre til redusert innovasjon og produksjon av åndsverk og derved innskrenket valgfrihet for forbrukere.

Den sentrale begrensningen som følger av artikkel 5.2 b) er at kopier bare kan fremstilles til privat bruk. Formuleringen *"foretaget af en fysisk person til privat brug"* må forstås som en persons private bruk. Dette utelukker ikke bruk innenfor familien, men unntaket må forstås slik at det ikke tillater denne private personen å overføre hans/hennes kopier til tredjeparter, herunder over internett. Det vises til den danske implementeringen av opphavsrettsdirektivet. I følge den danske loven kan eksemplarer i digital form bare fremstilles dersom *"det utelukkende sker til personlig brug for fremstilleren eller dennes husstand"*¹⁴.

Gjeldende rett om hva som er privat bruk i Norge går betraktelig lengre enn det som er skissert i forrige avsnitt. Åndsverksloven må således endres på dette punkt, eksempelvis ved en egen bestemmelse som skisserer grensene for hva som er allmennheten i motsetning til det private område, jf. bemerkningene om dette til artikkel 3 ovenfor i punkt 2.4. Begrepet privat må i hvert fall defineres mer restriktivt i forhold til digitale eksemplarer, i samsvar med det som følger av dansk lov. Til vår overraskelse er problemstillingen om rettslig differensiering mellom digital i motsetning til analog eksemplarfremstilling ikke berørt i det hele tatt i høringsutkastet. Det er imidlertid i strid med forutsetningene i direktivet at dette ikke er vurdert, jf. blant annet fortalen (38) if.: *"Digital privatkopiering kan formodes at vinde større udbredelse og få større økonomiske konsekvenser. Der bør derfor tages passende hensyn til forskjellene mellom digital og analog privatkopiering, og der bør i visse henseender skelnes mellom dem."* Vi formoder således at problemstillingen vedrørende rettslig differensiering mellom digital i motsetning til analog eksemplarfremstilling vil bli vurdert nærmere i den videre behandlingen av forslaget og de nødvendige endringer gjennomføres.

Vi ønsker velkommen at forslaget ikke utvider avgrensningen knyttet til fremstilling av eksemplarer til privat bruk til også å omfatte eksemplarer av filmverk og musikkverk fremstilt ved fremmed hjelp, jf. forslaget til åndsverkloven § 12 tredje ledd. Dette er nødvendig på bakgrunn av at det som følge av digital kopiering er mulig å lage kopier med samme kvalitet som originaleksemplaret uten dyrt utstyr og profesjonell hjelp. Såkalt "peer to peer" fildeling mellom private som ikke handler i ervervsøyemed kan føre til massive tap for industrien. Det finnes derfor ikke lenger noen berettiget grunn til å

¹⁴ Jf. den danske "lov om ophavsret av 29. september 1998" § 12 stk. 2 nr. 5).



beholde begrensningen til ervervsøyemed. Dette er også i samsvar med det som er regelen i Danmark¹⁵.

Forutsetningen for privatkopiering er i henhold til artikkel 5.2 b) videre at rettighetshaverne mottar en *"rimelig kompensasjon, i forbindelse med hvilken der tages hensyn til anvendelse eller ikke-anvendelse af de i artikkel 6 nævnte tekniske foranstaltninger"*. Uansett hvor langt privatkopieringsretten skal gå i forhold til digitale kopier, bør retten til rimelig kompensasjon og referansen til tekniske beskyttelsessystemer implementeres ordrett i den norske åndsverkloven da dette er en hjørnestein i opphavsrettsdirektivet.

Det skal ved fastsettelsen av vederlaget *"tages hensyn til de særlige omstændigheder i hvert enkelt tilfælde"*, jf. fortalen (35). I denne forbindelse må det legges særlig vekt på hvilken skade (eller potensielle skade) rettighetshaverne påføres og i hvilken utstrekning det er benyttet effektive tekniske beskyttelsessystemer.

Vi har notert at departementet har foreslått to alternative ordninger for kompensasjon, henholdsvis avgifter på lagringsmedier og finansiering over statsbudsjettet. Uavhengig av hvilket av disse alternativene som velges er det viktig at rettighetshaverne rent faktisk mottar en rimelig kompensasjon. Med de muligheter som følger av digital eksemplar fremstilling, kan privatkopiering medføre omfattende skader for rettighetshaverne og deres økonomiske interesser i deres åndsverk og andre frembringelser. Det følger videre eksplisitt av artikkel 5.2 b) at det skal tas hensyn til *"anvendelse eller ikke-anvendelse af de i artikkel 6 nævnte tekniske foranstaltninger"*. Med andre ord, der hvor tekniske foranstaltninger er benyttet for å lisensiere kopieringsrett, skal ingen tvungne avgifter komme til anvendelse. Eksistensen av tvungne avgifter kan undergrave den rettslige beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer i henhold til artikkel 6. Tvungne avgifter har aldri gitt en fullgod kompensasjon til rettighetshavere på det analoge området; det er ingen grunn til å tro at slike avgifter vil være i nærheten av å gi fullgod kompensasjon i den digitale verden. Det er vår oppfatning at tvungne avgifter ikke bør komme til anvendelse for så vidt som det er benyttet tekniske beskyttelsessystemer for å lisensiere kopiering. Det virker som at dette er i samsvar med departementets oppfatning¹⁶, men det bør også fremgå eksplisitt av lovteksten og odelstingsproposisjonen. Dette er også viktig for å gi insentiver til forbrukerelektronikk- og databransjene til å samarbeide om utviklingen og bruken av tekniske beskyttelsessystemer. Det bør derfor introduseres et fleksibelt system hvor en mulig innføring av ytterligere avgifter i fraværet av tekniske beskyttelsessystemer, lett kan reverseres ettersom ny teknologi tas i bruk.

5. Tekniske beskyttelsessystemer

5.1 Referanser

- Direktivet artikkel 6, fortalen (47)-(54)
- Høringsutkastet punkt 3.5.1 og 5 (merknader til forslaget til åndsverkloven §§ 53a-53b)

¹⁵ Jf. den danske "lov om ophavsret av 29. september 1998" § 12 stk. 3).

¹⁶ Jf. høringsutkastet på side 30, femte avsnitt siste setning.



5.2 Våre generelle bemerkninger

MPA forstår at rettslig beskyttelse av tekniske beskyttelsessystemer reiser sammensatte problemstillinger. Slike teknologier er i sin barndom – likevel er de potensielle fordeler for rettighetshavere og brukere store. Utviklingen av DVD-platen og dens utrolige suksess som format er et utmerket eksempel. Det er avgjørende at implementeringen av direktivet i Norge ikke undergraver denne suksessen, og at den bidrar til å stimulere utviklingen av nye måter for forbrukere å glede seg over åndsverk. MPA er av den oppfatning at opphavsrettsdirektivet etablerer et fornuftig rettslig grunnlag for beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer og faktisk en balansert mekanisme for å håndtere de vanskelige spørsmål knyttet til grensesnittet mot unntakene. Vi er enig i departementets forslag om innføre denne rettslige beskyttelsen i et nytt kapittel 6a i åndsverkloven. Vi har imidlertid enkelte prinsipielle innsigelser til det materielle innholdet i de foreslåtte bestemmelsene, jf. nedenfor.

5.3 Forslaget vedrørende tekniske beskyttelsessystemer (se blant annet høringsutkastet punkt 3.5.1.2, 3.5.1.4 og 5 – merknader til forslaget til åndsverkloven §§ 53a and 53b)

Direktivet artikkel 6.1 krever at det innføres en fyllestgjørende rettslig beskyttelse mot omgåelse av effektive tekniske beskyttelsessystemer knyttet til både tilgangs- og kopikontroll. Bestemmelsen må innføres med en hensiktsmessig kunnskapsstandard og sørge for avskrekkende sanksjoner rettet mot omgåelseshandlinger.

I henhold til departementets fortolkning av direktivet er omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer bare forbudt så langt formålet med omgåelsen er opphavsrettslig relevante handlinger i henhold til åndsverkloven § 2 jf. § 11a. Følgelig er omgåelse for å spille av verk innenfor det private området tillatt i henhold til departementets forslag. I forhold til verk som er inkorporert i fysiske goder (f.eks. CD'er eller DVD'er), påstår departementet å finne støtte i fortalen (48) om at tekniske beskyttelsessystemer ikke skal "forhindre det elektroniske utstyr i at fungere normalt eller den teknologiske utvikling heraf". I forhold til verk som ikke er inkorporert i slike fysiske goder (typisk verk som er publisert på internett), innrømmer departementet at de ikke har annen støtte enn en oppfatning om at avspilling innenfor det private området ikke er opphavsrettslig relevant.

Vi er sterkt uenig med departementets standpunkt og begrunnelse for ovenstående og vi mener departementets forslag er i strid med direktivet artikkel 6.1, jf. artikkel 6.3:

"Ved "tekniske foranstaltninger" forstås i dette direktiv teknologier, anordninger eller komponenter, der under deres normale funktion har til formål at forhindre eller begrænse handlinger i forbindelse med værker eller andre frembringelser, som indehaveren af lovfæstede ophavsrettigheder eller ophavsretsbeslægtede rettigheder eller sui generis-rettigheder efter kapitel III i direktiv 96/9/EF ikke har givet tilladelse til."

Fortalen (48) refererer generelt til "tekniske foranstaltninger, der effektivt begrænser handlinger, som indehaverne af ophavsrettigheder, beslægtede



rettigheter eller sui generis-retten i databaser ikke har givet tilladelse til". Både artikkel 6.3 og fortalen (48) tilsier at ethvert teknisk beskyttelsessystem som begrenser eller forhindrer handlinger som er relevant for rettighetshaveren skal beskyttes. Dette er ikke en opphavsrettslig beskyttelse, men en beskyttelse av tekniske beskyttelsessystemer som skal forhindre opphavsrettskrenkelser. Det betyr at beskyttelsen ikke umiddelbart kan knyttes til enerettene slik disse er beskrevet i åndsverkloven § 2 og at beskyttelsen også bør omfatte omgåelseshandlinger som foretas for lovlige formål. Spørsmålet om forholdet til avgrensninger av opphavsretten er håndtert separat i artikkel 6.4. Skulle problemer oppstå eller frivillige avtaler ikke oppnås, må eller kan (for privat eksemplarframstilling) myndighetene tre inn for å sikre at de som avgrensninger gjelder til fordel for kan dra nytte av de relevante avgrensningene.

Fortalen (48) henviser til spørsmålet om avspillingsmulighet. Det typiske er at tekniske beskyttelsessystemer utvikles av innholdsprodusenter og selskaper innen IT/forbrukerelektronikk i tverrindustrielle fora. De teknologiene som utvikles er som en følge av dette basert på en konsensustilnærming. Prosessen gjør det også mulig å sørge for at teknologien ikke har noen negativ effekt på den ordinære ytelsen til avspillings- og visningsutstyr i markedet. I tilfeller av ensidige tekniske beskyttelsessystemer kan det være at systemene kan ha negativ virkning på autorisert fremføring eller visning av verk. Tanken bak fortalen (48) er å anerkjenne at produsenter innen forbrukerelektronikk/IT kan bli nødt til å ta forholdsregler for å dempe slike negative virkninger på ytelsen til produktet. Fortalen gir imidlertid ikke produsentene muligheten til å gi enkeltindivider uautorisert tilgang til beskyttede verk.

Det å tillate omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer til privat bruk er i strid med betingelsene i direktivet. Redskapene som er nødvendig for slik omgåelse er ulovlige og dette forslaget risikerer derfor å skape et svart marked for omgåelsesinnretninger. Som også departementet understreker "*Det er i all hovedsak rettighetshavernes økonomiske interesser som skal ivaretas gjennom generelle bestemmelser mot omgåelse av tilgangs- eller kopisperrer.*"¹⁷ Ved å tillate omgåelse for privat bruk, kan vanskelige avgrensningsspørsmål oppstå på grunn av usikkerhet med hensyn til hva som var formålet med omgåelsen. Ble omgåelsen utført for avspilling eller for å kopiere verket og/eller distribuere det? Problemet i forhold til å bevise at omgåelsen ble utført for ulovlige formål gjør seg særlig gjeldende ettersom departementet vil tillate omgåelse av en kode som beskytter mot kopiering i tillegg til mot avspilling. Konklusjonen er etter dette at tekniske beskyttelsessystemer må nyte godt av rettslig beskyttelse uansett om slike systemer også forhindrer avspilling innen det private området. Den audiovisuelle sektoren arbeider på basis av vinduer. Muligheten til å fremstille private eksemplarer øker ettersom filmer går gjennom de ulike vinduer. Dette sikrer et rimelig nivå av privat eksemplarframstilling uten å krenke opphavsmennene.

Det bør også bemerkes at departementet har lagt opp til et system med svakere beskyttelse av tilgangskontroll enn av kopibeskyttelse. Denne tilnærmingen er ikke på linje med direktivet og ville tjene/stimulere utviklingen av ulovlige aktiviteter. Departementet uttaler at "forbudet mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer oftest bare vil gjelde for de tilfeller hvor de tekniske beskyttelsessystemer anvendes for å hindre eller begrense digital eksemplarframstilling av verket". Denne tilnærmingen er ikke på linje med målet

¹⁷ Jf. høringsutkastet på side 60 andre avsnitt.



med og ordlyden til [artikkel 6.3](#) i direktivet. Det er avgjørende at den rettslige beskyttelsen omfatter både tilgangs- og kopikontrollsystemer. Å tillate omgåelse av tilgangskontrollsystemer ville medføre en stor risiko for ulovlig kopiering og tar ikke hensyn til hvordan tekniske beskyttelsessystemer fungerer i dag. Forestillingen om at et bestemt teknisk beskyttelsessystem på dette stadium kan vite at det omgås for et privat formål, og at lovlige innretninger for å tillate slik omgåelse er tilgjengelig, er feilaktig.

Våre innsigelser til implementeringen av [artikkel 6.1](#), gjelder tilsvarende i forhold til implementeringen av [artikkel 6.2](#) som følger den foreslåtte beskyttelsen av tekniske beskyttelsesmekanismer. Det følger av [artikkel 6.2](#) at det skal gis en hensiktsmessig rettslig beskyttelse mot *"fremstilling, import, distribution, salg, udlejning, reklame for salg og udlejning eller besiddelse i kommersielt øjemed af anordninger, produkter eller komponenter eller ydelse af tjenester"* som er knyttet til omgåelse av effektive tekniske foranstaltninger. Det må også understrekes i odelstingsproposisjonen at forslaget til [§ 53a](#) andre ledd ikke er uttømmende og at bestemmelsen er ment å være teknologinøytral, det vil si slik at såkalt "funksjonell kode" og andre måter å omgå tekniske beskyttelsessystemer på er omfattet. Det må videre understrekes at det avgjørende er om innretningene eller tjenestene benyttes til omgåelse i henhold til første ledd i [§ 53a](#).

Vi er enig i departementets forslag til et nytt tredje ledd i [§ 11](#) som slår fast at også produktene av omgåelse er forbudt.

[Artikkel 6.4](#) omhandler de vanskelige spørsmålene knyttet til forholdet mellom avgrensningene av opphavsretten på den ene side og tekniske beskyttelsessystemer på den annen, gjennom såkalte intervensjonsmekanismer. Vi er enig med departementet i at markedet, dvs. rettighetshaverne og de relevante organisasjoner, må gis tid til å regulere dette gjennom avtalelisenser eller andre ordninger med brukerne før en eventuell nemnd opprettes. Med henvisning til [artikkel 12.1](#), bør rettighetshaverne få minst tre år på seg (se også fortalen (51) om *"inden for en rimelig tid"*). Det bør understrekes i odelstingsproposisjonen at enhver eventuell intervensjon vil underlegges prinsippielt om lovlig tilgang og kilde, og den såkalte tretrinns-testen, jf. [artikkel 5.5](#). Det må ut fra de konkrete omstendighetene (bl.a. unntak og åndsverkstype, herunder er f.eks. musikk og film underlagt helt forskjellige forretningsmodeller) tas stilling til om intervensjon er nødvendig. Følgelig bør det presiseres at en slik nemnds intervensjonsmekanismer må være fleksible. Alle involverte parter må høres og få adgang til å presentere sine syn (for eksempel ved en form for alternativ tvisteløsningsmekanisme). Vi er uenig med departementet i at nemnden skal kunne tillate omgåelse¹⁸. Intervensjon må ikke tillate noe som er i strid med opphavsrettsdirektivet så som omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer, eller produksjon av slike omgåelsesinnretninger. Dersom omgåelsesinnretninger ble tillatt gjennom intervensjon, ville dette potensielt medføre et svart marked for slike innretninger. I tillegg til at det vil være i strid med direktivet, vil både rettighetshaverne og produsentene lide skade (og ganske visst forårsake skade for forbrukerelektronikk- og IT-bransjen). Det må videre ikke pålegges modifisering av tekniske beskyttelsessystemer som allerede har vært benyttet i markedet og som kan være basert på internasjonale og/eller europeisk standarder.

¹⁸ Jf. høringsutkastet på side 64 andre avsnitt.



I henhold til direktivet gjelder ikke artikkel 6.4.1 og 6.4.2 for "værker eller andre frembringelser, der stilles til rådighed for almenheden på kontraktmæssige vilkår på en sådan måde, at almenheden har adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt", jf. artikkel 6.4.4. Med dette siktes det til selve kjernevirksomhetene knyttet til internett. Dersom brukerne kan få tilgang til verkene på kontraktmessige vilkår, f.eks. over internett, har de ikke behov for og bør ikke nyte godt av intervensjon. Denne bestemmelsen er svært viktig sett fra rettighetshavernes perspektiv og vi er enige i forslaget til § 53b fjerde ledd.

5.4 Våre bemerkninger vedrørende programvare (se blant annet høringsutkastet punkt 3.5.1.4 på side 63)

I henhold til opphavsrettsdirektivet artikkel 1.2 "... berører dette direktiv ikke de gjældende fællesskapsbestemmelser om: a) retlig beskyttelse av edb-programmer...". Det er i fortalen (50) presisert at tekniske beskyttelsessystemer etablert for å forhindre slike handlinger som nevnt i det såkalte EDB-direktivet¹⁹ artikkel 5.3 og artikkel 6, faller utenfor opphavsrettsdirektivet. Tekniske beskyttelsessystemer som nyter rettslig beskyttelse i henhold til opphavsrettsdirektivet artikkel 6.1, vil imidlertid ofte i seg selv være datamaskinprogram. Det faller klart innenfor opphavsrettsdirektivet dersom slike datamaskinprogram brukes som tekniske beskyttelsessystemer av verk i henhold til opphavsrettsdirektivet artikkel 6.

I høringsutkastet på side 63, synes det også å være departementets oppfatning at § 39i ikke tillater omvendt utvikling (reverse engineering) av slike beskyttelsessystemer:

"En adgang til omvendt utvikling vil imidlertid ikke hjemle utvikling av programvare hvis funksjon er å muliggjøre tilgang til innhold som styres av (sperrer eller begrenses) av et program. [...] Når formålet med en omvendt utvikling av programvaren er å skaffe seg tilgang til innholdet som styres av det program man gjorde seg kjent med, kan dette altså ikke hjemles i bestemmelsen i § 39i."

Det samme gjelder i forhold til bruk av datamaskinprogram i henhold til § 39h første og tredje ledd. Selv om vi er enig i at slike begrensninger allerede kan innfortolkes i §§ 39h and 39i, bør det av hensyn til rettssikkerhet og forutberegnelighet presiseres i lovteksten at bestemmelsene i §§ 39h and 39i ikke får anvendelse på datamaskinprogram som utgjør slike beskyttelsessystem som er beskyttet i henhold til forslaget til § 53a. Ellers kan den rettslige beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer bli svekket eller undergravet.

6. Elektronisk rettighetsinformasjon

6.1 Referanser

- Direktivet artikkel 7, fortalen (55)-(57)
- Høringsutkastet punkt 3.5.2 og 5 (merknader til forslaget til åndsverkloven § 53d)

¹⁹ Jf. dir. 1991/250/EF.



6.2 Forslaget til beskyttelse av elektronisk rettighetsinformasjon (se blant annet høringsutkastet punkt 3.5.2.5, 3.5.1.4 og 5 – merknader til forslaget til åndsverkloven § 53d)

Direktivet artikkel 7 krever at Norge innfører en rettslig beskyttelse av informasjon om rettighetsforvaltning. Vi er enig i departementets forslag til å innføre slik beskyttelse gjennom en separat bestemmelse i forslaget til kapittel 6a. . I tillegg bør det innføres et tilsvarende forbud som i artikkel 6.2 mot innretninger for å manipulere informasjon om rettighetsforvaltning. Dette er nødvendig for å sikre en passende beskyttelse av informasjonen om rettighetsforvaltning i henhold til artikkel 7.1.

7. Sanksjoner og rettsmidler

7.1 Referanser

- Direktivet artikkel 8, fortalen (58)-(59)

7.2 Våre bemerkninger vedrørende sanksjoner og rettsmidler

Direktivets krav til sanksjoner og rettsmidler er ikke tilfredsstillende behandlet i høringsutkastet. Det er imidlertid enkelt viktige krav som må implementeres i Norge som følge av direktivet.

Norge er for det første forpliktet til å sørge for at rettighetshaverne har adgang til å få nedlagt forbud, herunder midlertidig forføyning, rettet mot såkalte mellomledd, jf. artikkel 8.3. Slike forbud kan være helt nødvendige fordi det ofte er vanskelig å stanse eller forhindre den krenkende virksomheten. Jf. også fortalen (59) *"I mange tilfælde er sådanne mellemænd bedst i stand til at bringe sådanne krænkelse til ophør"*. Det er derfor svært viktig at rettighetshavere har tilgang til effektive forbud rettet mot slike tredjemenn eller sekundære overtridere, uavhengig av om unntaket i artikkel 5.1 kommer til anvendelse. Dette siste følger av fortalen (59) *"Denne mulighed bør foreligge, uanset om mellemmandens handlinger er undtaget i henhold til artikel 5."* Dessuten, det må nødvendigvis være mulig for rettighetshavere å få nedlagt forbud selv om den direkte overtrideren ikke kan identifiseres. I slike tilfeller vil behovet for forbud rettet mot tredjeparter være ekstra påtrengende.

Det må også legges opp til at forbudet kan iverksettes på en effektiv måte og på rimelige vilkår. Ettersom slike forbud særlig vil omhandle opphavsrettskrenkninger, bør nye bestemmelser om forbud nedfelles i selve åndsverkloven. Forbud bør kunne nedlegges hurtig ved en enkel rettslig eller administrativ avgjørelse uten at partene er tilstede.

De samme sanksjonene som kan gjøres gjeldende mot materielle krenkninger av opphavsrett, herunder både straffesanksjoner, forbud og midlertidige forføyninger, må kunne gjøres gjeldende overfor overtridere av de norske bestemmelsene som tilsvarer artikkel 6.1 og 6.2. Herunder må det også være bestemmelser om beslagleggelse og ødeleggelse av omgælsesinnretninger.

Ved vurderingen av hvilket straffeansvar som skal pålegges, bør det nedfelles i loven at det skal legges vekt på omfanget av krenkelsen, herunder hvor stor



skade som påføres rettighetshaverne. Dette er viktig for å oppnå en tilstrekkelig avskrekkende effekt. Mange krenkelser, herunder typisk tilgjengeliggjøring av verk på internett, skjer ofte ikke i vinnings hensikt. Grunnene kan være mange, men ofte synes det å være en særlig status knyttet til det å tilby gratis tilgang til verk. Overtrederne vil sjelden ha en tilstrekkelig økonomisk formue til at et erstatningssøksmål får noen virkning, slik at muligheten for straffeansvar ofte er det eneste som kan virke avskrekkende. Da er det særlig viktig å markere at de som utfører krenkelser med potensielt stort omfang som kan forårsake store tap for rettighetshaverne, også utsettes for strengere straff. Det er i denne sammenheng viktig å endre den alminnelige oppfatning at *"det er ok å berøve rettighetshaverne (særlig de store selskapene) for det økonomiske vederlaget, fordi de er likevel så velstående."* En utbredt nedlasting av verk uten at rettighetshaverne har gitt tillatelse til eller får betalt for det vil til sjuende og sist være ufordelaktig for forbrukerne og samfunnet, som en følge av redusert nyskapning og valgmuligheter. Både forbrukerne og samfunnet som helhet er således tjent med at alminnelige oppfatninger og handlemønstre endres til en respekt for rettighetshavernes enerett. Det gir et viktig signal å markere alvorret gjennom å knytte strengere straffer til det å påføre rettighetshaverne store tap.

* * * * *