



SENTER FOR MEDIEØKONOMI

HANDELSHØYSKOLEN BI

Boks 580, 1302 Sandvika.

T 67 55 77 50

F 67 55 77 80

E sfm@bi.no

W <http://www.bi.no/sfm>

Kultur- og kirke departementet
Pb. 8030 Dep.
0030 OSLO

Sandvika, 12. juni 2003

HØRINGSSVAR: FORSLAG TIL ENDRINGER I ÅNDSVERKLOVEN M.M.

Det vises til departementets høringsbrev av 2. april d.å. vedrørende høringsutkast om forslag til endringer i åndsverkloven m.m. Senter for Medieøkonomi (SFM) ved Handelshøyskolen BI vil med dette gi noen kommentarer til høringsutkastet.

Generelt

Problemstillingene omkring utnyttelse av vernede åndsverk i digital form ligger i et skjæringsområde mellom økonomi, juss og teknologi. På rettighetsområder som dette ligger vår kompetanse primært innen det økonomiske feltet. Mens vi fra vårt økonomiske ståsted ved behandling av en rettighetsøkonomisk problemstilling kan si hvilke institusjonelle (juridiske) og teknologiske forutsetninger som må tilfredsstilles for å oppnå et ønsket mål, ligger det ikke innenfor vårt kompetanseområde å presisere hvordan disse forutsetningene kan utformes og iverksettes. I de følgende kommentarer forsøker vi derfor primært å fremheve de sidene ved høringsutkastets forslag som er problematiske fra et økonomisk perspektiv fremfor å utforme konkrete forslag til endringer.

Det økonomiske perspektivet er viktig fordi opphavsrettens primære funksjon er å sikre eiendomsretten til åndsverk. På den måten sikrer staten en økonomisk incentiv-struktur som forener opphavsmennes motivasjon til å produsere åndsverk med samfunnets interesse for at disse verkene faktisk blir produsert.

De foreslåtte endringer til åndsverkloven er spesielt viktige i forhold til digital formidling av lagrede medieprodukter som film og musikk. For å vurdere hvordan forskjellige institusjonelle rammebetingelser påvirker de økonomiske vilkårene for produksjon, distribusjon og konsum av slike åndsverk er det påkrevet med en grunnleggende forståelse av deres viktigste økonomiske egenskaper. Av disse egenskapene er det først og fremst de sterke fellesgode- eller "public good"- elementene som er viktige i denne sammenheng. At et produkt har slike egenskaper betyr at en persons bruk av produktet ikke reduserer den mengden av det som er tilgjengelig for andre, og dette danner grunnlag for betydelige

stordriftsfordeler. Lave kostnader for eksemplarframstilling og formidling gjør det mulig for store grupper av brukere å nyte ofte svært kostbare og avanserte produkter (f.eks. film) til en forholdsvis meget lav pris. Overgangen til digital teknologi bringer kopi- og formidlingskostnadene ytterligere ned og forsterker derfor i utgangspunktet denne effekten.

Noen typer økonomiske fellesgoder blir typisk fremstilt og tilbudt av private aktører mens andre kun tilbys eller finansieres av det offentlige. De fleste typer åndsverk faller i første kategori mens produkter og tjenester som forsvar og fyrtårn tilhører siste kategori. Den avgjørende egenskapen for hvilken kategori et produkt faller inn under er i hvilken grad fellesgodet er *salgbart* eller ikke. Både salgbare fellesgoder ("marketable public goods") og ikke-salgbare fellesgoder ("non-marketable public goods") deler den grunnleggende egenskapen at en persons konsum ikke påvirker hvor mye som blir tilgjengelig for andres konsum. Salgbare fellesgoder er imidlertid også *ekskluderbare*. Det vil si at tilbyderer kan hindre enkelte i å nyte sitt produkt selv om det generelt gjøres tilgjengelig for konsum. Slik har tilbyderer et grunnlag for å kontrollere spredningen og dermed kreve betaling for sitt produkt. Ikke-salgbare fellesgoder er derimot *ikke-ekskluderbare*. Dersom slike produkter eller tjenester først gjøres tilgjengelig for noen vil det være umulig å hindre andre i å nyte det. Forsvaret kan for eksempel ikke beskytte bare de som betaler toppskatt. Når et ikke-salgbart fellesgode gjøres tilgjengelig faller derfor samtidig tilbyders inntektsgrunnlag bort, og disse produktene og tjenestene er derfor avhengig av offentlig finansiering og blir ofte også tilbudt av det offentlige.

Selv om åndsverk gjerne faller i den salgbare kategorien kan de ta begge former, avhengig av formidlingsformen. Musikk formidlet på CD plater er et typisk salgbart fellesgode fordi det fysiske mediet (CD platen) gjør det mulig å ekskludere brukere som ikke betaler. Dersom et musikalsk verk derimot er formidlet via radio er det ikke mulig å hindre noen i å lytte, og produktet tar derfor form av et ikke-salgbart fellesgode overfor lytteren. Den økonomiske løsningen for opphavsmennene ligger i disse tilfellene i å knytte produktene opp mot alternative markeder. I radio-eksempelet blir radiostasjonene siste ledd hvor opphavsmennene kan ekskludere ikke-betalende brukere (de stasjonene som ikke betaler lisens), og radiostasjonene knytter musikk-produktene opp mot reklamemarkedet hvor de kan hente sine inntekter.

I de tilfeller hvor åndsverk tilbys i både salgbare og ikke-salgbare former vil opphavsmannen gjerne benytte spredningen av verket i ikke-salgbare former som markedsføring av verket i salgbare former. Når populærmusikk spilles på radio har det en markedsføringseffekt i forhold til salg av verket i CD-format. Dette forutsetter imidlertid at verket i ikke-salgbart format ikke fungerer som et *substitutt* for verket i salgbar form. Med en CD-plate kan man høre verket når og hvor man vil og så mange ganger man vil. Dette er kvaliteter lytteren ikke får når verket nytes i radio-form, så spredning via radio blir intet substitutt for spredning via CD-plater. I hvilken grad det er hensiktsmessig med spredning av et verk i ikke-salgbare formater for å oppnå en markedsføringseffekt avhenger av andre egenskaper (f.eks. nytte ved gjenbruk).

Spesielt om vern for tekniske beskyttelsessystemer og elektronisk rettighetsinformasjon

Den økonomiske motivasjonen for å legge kopisperrer inn i digitalt formidlede åndsverkprodukter er å sikre at åndsverkene forblir ekskluderbare og dermed salgbare. Uten

slike sperrer blir det enkelt å lage store mengder perfekte kopier av åndsverk og brukernes motivasjon til å kjøpe produktet gjennom opphavsmannens autoriserte markedskanaler forsvinner når identiske uautoriserte kopier er fritt tilgjengelig. Åndsverk formidlet i analoge formater har en "naturlig kopisperre" i at det er umulig å lage perfekte kopier. Hver analoge kopi-generasjon har en lavere kvalitet enn den forrige, og kopien vil derfor være av mindre verdi enn originalen. Uten digitale kopieringsmuligheter har brukere derfor vært nødt til benytte opphavsmannens autoriserte kanaler for å få tilgang til perfekte kopier. SFM mener det er fornuftig å beskytte kopisperrer gjennom åndsverksloven for å opprettholde dette nivået av ekskluderbarhet også for formidling av åndsverk i digitale formater. En slik beskyttelse bidrar til å sikre de aktuelle verkenes grunnleggende økonomiske egenskap som salgbare fellesgoder.

Vi er enige med departementet i at det i prinsippet vil kunne være vanskelig å skille mellom tilgangs- og kopisperrer. Det bør imidlertid være praktisk mulig å skille mellom de tilfellene hvor tilbyders hensikt ved å legge inn en sperre er å hindre tilgang (f.eks. sone-koding av DVD-plater som skal hindre tilgang utenfor spesielle geografiske soner) og de tilfeller hvor motivasjonen er å hindre kopiering (f.eks. de nye kopi-sperrene på CD-plater). På den måten må det være mulig å kategorisere de mest vanlige sperrene som enten tilgangssperrer (f.eks. sone-koding) eller kopisperrer (f.eks. CSS).

Skillet mellom tilgangs- og kopisperre blir særdeles viktig i forhold til departements lovforslag siden det der åpnes for at kopisperrer lovlig kan omgås dersom formålet er å muliggjøre normal avspilling til privat bruk. Et slikt unntak er etter vår oppfatning meget problematisk.

For det første vil et slikt unntak åpne for at brukere kan fremstille ubeskyttede digitale kopier av åndsverk. Mens verket i form av en beskyttet kopi vil være et *salgbart fellesgode*, endres denne grunnleggende økonomiske egenskapen til *ikke-salgbart fellesgode* for en ubeskyttet kopi. I denne sammenheng er det uinteressant i hvilken hensikt den ubeskyttede kopien er fremstilt, resultatet blir det samme: verket vil foreligge utenfor opphavsmannens kontroll i form av et ikke-salgbart fellesgode av samme kvalitet som den beskyttede versjonen. Med tanke på hvilke kopierings- og spredningsmuligheter som foreligger for slike digitale produkter, burde det nærmest være en slags *droit moral* eller ideell rettighet for opphavsmannen å reservere seg mot at andre skal kunne endre produktets grunnleggende økonomiske egenskaper på denne måten.

Videre kan det være problematisk å gjøre det til et bevisspørsmål om kopisperre-koden fjernes for avspilling eller kopiering. Hvor vanskelig det kan være å bevise denne type hensikt i en straffesak illustreres i Økokrims sak mot John Lech Johansen (DVD-Jon). Et viktig spørsmål i denne saken dreide seg om Johansens hensikt med å distribuere omgåelsesprogrammet DeCSS som bryter kopisperren CSS på DVD-plater. Var dette gjort for å hjelpe andre med å få uberettiget adgang til DVD-filmer eller var det for å bidra til utviklingen av en DVD-spiller for operativsystemet Linux? Til tross for at man hadde utskrifter fra pratekanaler hvor Johansen hadde kommet med uttalelser som at "so, hehe, we'll be copying dvds in notime when dvd burners drop in \$" kunne retten ikke med nødvendig sikkerhet slå fast at dette var hensikten. Forutsetter man at tiltaltes rettssikkerhet skal holdes på et akseptabelt nivå legges det en betydelig bevisbyrde på opphavsmenn dersom de skulle hevde at en kopisperre er fjernet (hvilket vil si at en ikke-salgbart fellesgode versjon av produktet er fremstilt) for kopiering og ikke for avspilling. Å

håndheve sine rettigheter i forhold til kopisperrer vil derfor innebære betydelige transaksjonskostnader for opphavsmenn og deres økonomiske agenter. På samme måte vil brukere påføres tilsvarende kostnader for å forsvare seg mot påstander om ulovlig brudd på kopisperrer. Selv om enkelte aktører, spesielt på opphavsmennenes side, er ressurssterke og kan bære slike kostnader innebærer dette en sløsing med samfunnets resurser.

Skillet mellom det å fremstille perfekte kopier og det å fremstille kopier med kvalitetstap er viktig. Kopier med kvalitetstap er mindreverdige produkter sammenlignet med originalen. Slike kopier kan derfor fremstilles utenfor opphavsmannens kontroll uten å gjøre noen betydelig skade på markedet for de kopier som formidles gjennom opphavsmannens autoriserte kanaler siden de ikke vil utgjøre noe fullverdig substitutt til disse. Når vi anbefaler beskyttelse av kopisperrer gjennom åndsverkloven forutsetter vi, slik departementet også gjør på side 90 i høringsutkastet, at disse ikke skal hindre kopiering med kvalitetstap (via analogt utstyr).

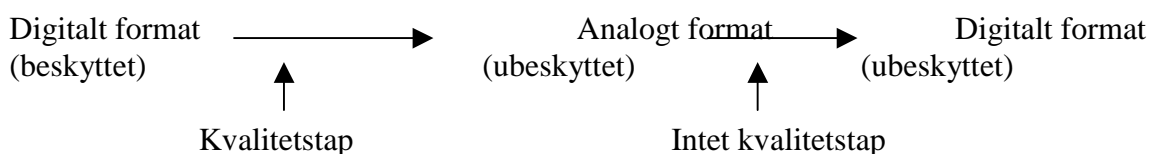
SFM støtter altså departements forslag om å beskytte kopisperrer gjennom åndsverkloven, men anbefaler at det ikke åpnes for unntak som gjør det lovlig å bryte kopisperrene når hensikten med omgåelsen er normal avspilling. Denne type unntaksbestemmelse vil gjøre det lovlig for brukere å fremstille perfekte ubeskyttede versjoner av et verk. En slik versjon vil representere et substitutt til den autoriserte utgaven i ikke-salgbar form, og kun opphavsmennene bør ha råderett til å endre produktets helt grunnleggende økonomiske egenskaper på denne måten.

Spesielt om lovlig kopieringsgrunnlag

SFM mener at forslaget om lovlig kopieringsgrunnlag følger logisk av de andre endringene som foreslås og formålene med disse endringene.

Departementet argumenterer blant annet for innføringen av krav til lovlig kopieringsgrunnlag ved å vise til problemene rettighetshavere står overfor i forhold til den massive kopieringen og spredningen av vernede verk som finner sted på Internett. I denne sammenheng ønsker vi å gjøre oppmerksom på de problemstillinger som oppstår i forhold til det såkalte analoge smutthullet.

Det analoge smutthullet består i at man fra de fleste digitale formater, selv med kopisperrer, kan lage analoge kopier uten vesentlige problemer. Disse analoge kopiene vil alltid ha en lavere kvalitet enn den digitale originalen, men kvalitetstapet kan være marginalt og kun registrerbart med forholdsvis avansert avspillingsutstyr. Fra den analoge kopien vil det være mulig å lage digitale kopier hvor kvalitetsnivået er identisk med den analoge kopien. Disse digitale kopiene vil kunne kopieres og spres i det uendelige uten ytterligere kvalitetstap. Ved å gå via et analogt mellomledd med marginal kvalitetsforringelse er det altså mulig å fremstille ubeskyttede digitale versjoner av et verk:



Departementet skriver i høringsutkastet (s. 90) at det ikke vil være en omgåelse av kopisperre når kopieringen befordrer analogt utstyr, og bruker kopiering av en beskyttet CD-plate til Minidisc-plate via analog kabel som eksempel. Fra Minidisc-platen vil det da være mulig å lage ubeskyttede digitale kopier, f.eks. i MP3-format, av samme kvalitet som Minidisc-versjonen. Det synes noe uklart om dette utfra departementets forslag vil regnes som ulovlig kopieringsgrunnlag. I MP3-eksempelet her vil den ubeskyttede digitale kopien antakelig ha en kvalitet tilnærmet hva som er optimalt for dette digitale formatet, og slike kopier vil høyst sannsynlig fortsatt være gjenstand for omfattende spredning og kopiering på Internett, som oftest uten rettighetshavernes samtykke.

Det kan argumenteres for at spredning av kopier med et lavere kvalitetsnivå, som MP3-formatet i forhold til CD-plate formatet, har en markedsføringseffekt i forhold til opphavsmennes autoriserte kopier og dermed ikke skader den normale utnyttelsen av verket. Det er imidlertid minst like sannsynlig at slik uautorisert spredning vil skade den normale utnyttelsen siden kvalitetsforskjellene er forholdsvis marginale og fordi mange av de andre produkttegenskapene er identiske (f.eks. kan man i begge formater høre verket hvor man vil, når man vil og så mange ganger man vil). Det er derfor sannsynlig at substitutt-effekten er sterkere enn markedsføringseffekten slik at nettoeffekten blir at den uautoriserte spredningen skader den normale utnyttelsen av verket. Slik spredning vil dermed være i strid med den såkalte tretrinns-testen.

SFM støtter departements forslag om lovlig kopieringsgrunnlag, men gjør oppmerksom på at bestemmelsen slik den er foreslått kan ha liten effekt i forhold til å begrense den massive kopieringen og spredningen av vernede verk som finner sted på Internett.

Spesielt om hensynet til allmennheten

Rettighetshavernes råderett over sine verk må selvfølgelig balanseres mot hensynet til allmennheten, og enkelte vil hevde at forbud mot å bryte teknologiske sperrer svekker forbrukernes rettigheter. Forbrukernes rettigheter må sees i sammenheng med de *forventninger* forbrukeren har til det produktet som anskaffes. Dersom produktet ikke svarer til de forventninger en forbruker rimeligvis har kan vedkommende hevde at det er betalt overpris. Man trodde man skulle få mer og betalte derfor mer enn man ellers ville være villig til. Det er ingen tvil om at teknologiske sperrer som hindrer perfekt digital kopiering reduserer forbrukerens nytte av produktet. Spørsmålet er imidlertid om forbrukerne rimeligvis kan forvente at de skal kunne lage perfekte kopier av det produktet de har anskaffet seg. Selv med kopi-sperrer vil det i de aller fleste tilfeller fortsatt være mulig å lage kopier til privat bruk, gjerne via analogt utstyr, men disse kopiene vil ikke være perfekte kopier.

Likeledes vil det kunne redusere forbrukerens nytteverdi at en CD eller DVD plate ikke kan avspilles på alle typer spillere. Disse problemene bør imidlertid også løses ved å skape mer realistiske forventninger blant forbrukerne.

Hvis forventningene justeres ned ville et tilsvarende fall i etterspørselen være naturlig. Det vil derfor være i tilbyderens egen interesse å sørge for at de teknologiske sperretiltakene blir implementert på en måte som minst mulig reduserer brukernes generelle nytte av produktet. Det ville for eksempel synes som en tvilsom forretningsmessig strategi om kopisperrene

ikke bare hindrer muligheten til å lage perfekte kopier men også muligheten til å lage kopier med kvalitetstap.

SFM mener derfor at hensynet til allmennheten må ivaretas ved at tilbydere av åndsverk, samt tilbyderne av avspillingsutstyr, markedsfører sine produkter på en måte som skaper realistiske forventninger hos brukerne med hensyn til hvilke muligheter og begrensninger som ligger i produktformatet.

Med vennlig hilsen
For Senter for Medieøkonomi, Handelshøyskolen BI

Terje Gaustad (sign.)
doktorgradsstipendiat

REFERANSER:

Adams, R.D. og McCormick, K. (1993) "The Traditional Distinction between Public and Private Goods Needs to be Expanded, Not Abandoned" i *Journal of Theoretical Politics*, vol. 5 (1): 109-116.

Gaustad, T. (2002) "The Problem of Excludability for Media and Entertainment Products in New Electronic Market Channels" i *Electronic Markets*, vol. 12 (4): 248-251.

Helgesen, T. og Gaustad, T. (2002) *Medieøkonomi: Strategier, markedsføring og medierettigheter*, Nesbyen: Stølen