

DEN NORSKE ADVOKATFORENING

HOVEDSTYRET

Kristian Augusts gate 9, 0164 Oslo
Telefon 22 03 50 50 Telefaks 22 11 53 25

Dato: 02-07-2003

Kultur- og kirkedepartementet

Boks 8030 Dep.
0030 Oslo

Vår ref.: #8819v1

Deres ref.:
2003/1372 ME/ME1
CBU:elt

Sendes også som e-post til: asap@kkd.dep.no

HØRINGSUTTALELSE - UTKAST TIL ENDRINGER I ÅNDSVERKLOVEN M.M. SOM FØLGE AV EUROPAPARLAMENTS- OG RÅSDIREKTIV 2001/29/EF

Vi viser til departements ekspedisjon av 2. april 2003.

Saken har vært forelagt Advokatforeningens lovutvalg for åndsrett bestående av Arne Ringnes, leder, Aase Gundersen, Kjell Torkildsen og Bente Holmvang.

Utvalget har avgitt følgende uttalelse:

”1. Innledende bemerkninger

Den Norske Advokatforening avgir med dette sin høringsuttalelse til Kultur- og kirkedepartementets høringsutkast til gjennomføring av EU-direktivet om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet mv. Høringssaken har vært behandlet av Advokatforeningens lovutvalg for åndsrett, som har bestått av: advokat Arne Ringnes (leder), advokat Aase Gundersen, advokat Bente Holmvang og advokat Kjell Torkildsen.

2. Behovet for en ny og enklere åndsverklov

Advokatforeningen skal innledningsvis knytte noen generelle bemerkninger til åndsverkloven.

Åndsverkloven har siden den ble vedtatt i 1961 vært gjenstand for en rekke lovendringer. Dette har medført at loven etter hvert er blitt uoversiktlig med paragrafnummerering delvis basert på bokstaver og ikke tall (for eksempel er bestemmelsene i åndsverklovens kapittel 3 om opphavsrettens overgang nummerert fra § 39 a til § 39 l). Gjennom årene har man også søkt å lovregulere spesielle forhold ut fra særlige rettspolitiske hensyn, som parallellimport av lyd- og filmopptak, jfr. § 54 (e), og det er foretatt en suksessiv implementering av EU-direktiver. Som følge av dette er loven blitt fragmentarisk og uoversiktlig. Også lovteknikken har gjort lovteksten vanskelig å forstå, - dels ved bruk av generelle begreper som er lite i tråd med alminnelig språkforståelse, for eksempel fremføringsbegrepet, og dels ved utstrakt bruk av paragrafhenvvisninger, for eksempel i bestemmelsene om nærstående rettigheter i kapittel 5.

Åndsverkloven er derfor – med årene – blitt en meget komplisert og vanskelig tilgjengelig lov, som bare er fåtall jurister og andre med særlig innsikt har oversikt over. Høringsforslaget medfører at loven blir enda vanskeligere. Hensynet til rettighetshavere og brukere som har behov for å forstå loven, men som ikke kan få kvalifisert bistand fra advokat eller organisasjoner, beghrunner at loven forenkles. I Danmark er det som kjent vedtatt en helt ny åndsverklov, og også i Norge har det lenge vært på trappene å utarbeide en ny lov. Spørsmålet er omtalt i Ot.prp. nr 15 (1994-95) side 14-15 hvor departementet da uttalte at man ikke hadde forlatt ambisjonen om en ny lov, men at et slikt forslag først ville bli fremmet når det var foretatt en grundigere gjennomgang av de øvrige kapitler i loven. Advokatforeningen hadde sett det som ønskelig at departementet i forbindelse med gjennomføringen av EUs opphavsrettsdirektiv, benyttet anledningen til å foreta en mer gjennomgripende revisjon av loven. Gjennomføringen av EUs opphavsrettsdirektiv innebærer vesentlige endringer i åndsverkloven, og det hadde nå vært naturlig å gi en ny lov.

Advokatforeningen vil oppfordre Kultur- og kirke departementet til å foreta den varslede gjennomgang av hele åndsverkloven med sikte på å fremme forslag til en lov som er enklere tilgjengelig og lettere å forstå.

3. Kommentarer til forslaget til endring i åndsverkloven § 2 og enerettsbeføyelsene i kapittel 5

3.1. Midlertidige eksemplarer

Advokatforeningen er enig i at det er nødvendig å presisere i § 2 at eneretten til eksemplarframstilling gjelder så vel varig som midlertidig eksemplar. Advokatforeningen er videre enig i at det obligatoriske unntaket fra eneretten til eksemplarframstilling i direktivets artikkel 5 (1) gjennomføres i norsk rett ved en likelydende bestemmelse i § 11a. Det er riktignok slik at bestemmelsen om visse midlertidige eksemplarer i § 11a reiser en del tolkningsspørsmål. Ettersom disse tolkningsspørsmålene vil måtte avgjøres på grunnlag av direktivets artikkel 5 (1) er det imidlertid hensiktsmessig at ordlyden i den norske lovbestemmelsen er likelydende med direktivets ordlyd.

3.2. Visningsbegrepet

Departementet drøfter i høringsnotatet side 22 innholdet av "visnings" begrepet i forhold til offentlig fremføring. En ytterligere drøftelse av visningsbegrepet er gitt i spesialmotivene til § 2, på side 75-76.

Departementet legger opp til at visningsbegrepet "klargjøres slik at offentlig visning nå kun skal gjelde der det fysiske verkseksemplar vises direkte for et tilstedeværende publikum". All indirekte visning vil være å anse som fremføring, for eksempel digital overføring via nettverk, skjermgjengivelse av et eksemplar fra en fysisk bærer (diskett eller lignende), utsendelse av fjernsynssignaler eller projisering av verket på lerret. I høringsnotatet side 22 heter det at "visningsbegrepet skal være forbeholdt de situasjoner der fysiske eksemplarer av verket vises direkte for et tilstedeværende publikum".

Advokatforeningen vil vise til at det på dette punkt ikke foreslås endringer i lovteksten som relaterer seg til innholdet av visningsbegrepet. I den utstrekning departementets forslag til klargjøring av visningsbegrepet i realiteten innebærer en begrensning av visningsretten slik den i dag er å forstå etter § 2 og § 20, kan bemerkninger i forarbeidene om en "klargjøring" av lovens begrep, neppe være avgjørende. I den utstrekning det faktisk legges opp til en innskrenkning av visningsretten og en utvidelse av fremføringsretten ut over det som følger av gjeldende rett, må dette reflekteres ved en endring i lovteksten.

Advokatforeningen er videre av den oppfatning at departementets forslag til klargjøring av visningsbegrepet går lenger enn det som kan utledes av gjeldende rett. I denne forbindelse skal det

vises til at Opphavsrettsutvalget i NOU 1986:18 (Opphavsrett og EDB) side 20-21, la til grunn at gjengivelse av kunstverk og fotografi på dataskjerm bør anses som visning. Opphavsrettsutvalgets begrunnelse var at det reelt sett er liten forskjell på gjengivelse av utseendet på et kunstverk på en dataskjerm og gjengivelse ved projisering på lerret. Opphavsrettsutvalget viste videre til at det her – i motsetning til visning som skjer på en fjernsynsskjerm – dreier seg om en ”passiv overføring av et bilde som dannes direkte av originaleksempelret”. Opphavsrettsutvalget viste også til at når enkeltbildene i en film hver for seg projiseres mot et lerret, vil det være en visning av bildene.

Det kan være uklart hvor langt visningsbegrepet gjelder i forhold til bilder mv i digitalisert form som vises på en skjerm. Imidlertid synes departementets klargjøring av visningsbegrepet å gå lengre enn det som kan forankres i gjeldende rett, når også projisering på lerret av verk som foreligger i analog form skal anses som fremføring. Dette betyr for eksempel at projisering på et lerret som skjer ved hjelp av en overheadprojektor skal anses som fremføring og ikke visning, og derved også falle utenfor den fribruksbestemmelse som er gitt i § 20 for visning i forbindelse med undervisning.

Dersom departementet vil foreslå at visningsbegrepet skal begrenses til direkte visning, må følgelig det klargjøres i selve lovteksten.

3.3. Bruk av begrepet ”offentlig” til erstatning for ”utenfor det private område”

Det foreslås å endre § 2 slik at eneretten til visning og fremføring skal være knyttet til offentlig visning og offentlig fremføring, i motsetning til gjeldende lovbestemmelse, hvor det avgjørende er om fremføringen eller visningen skjer utenfor det private område. Det fremgår i motivene side 21 at det med dette ikke er tilsiktet noen realitetsendringer ”idet den opphavsrettslig relevante beføyelse fremdeles vil være knyttet til om fremføringen skjer innenfor det private område eller ikke”.

Advokatforeningen er enig i at ”utenfor det private område” erstattes med ”offentlig”. Som fremholdt av departementet bringes da begrepene bedre i samsvar med lovens øvrige bestemmelser, blant annet i § 21 hvor uttrykket ”offentlig fremføring” brukes. En annen begrunnelse, som imidlertid ikke trekkes frem i høringsnotatet, er at åndsverklovens terminologi på dette punkt bringes bedre i overensstemmelse med direktivet, som bruker betegnelsen ”the public” / ”almenheden”. Det er i den forbindelse grunn til å understreke at fastleggelsen av begrepet ”offentlig” for fremtiden vil måtte bestemmes på grunnlag av direktivet og EF- og EFTA-domstolens praksis, også om dette skulle være i strid med den oppfatning av begrepet ”utenfor det private område” som er lagt til grunn i norsk rett frem til i dag.

3.4. Fremføringsbegrepet og forespørselstjenester

Direktivets artikkel 3 bestemmer at eneretten for opphavsmenn og nærstående rettighetshavere skal omfatte en enerett til tilrådighetsstillelse på en slik måte at allmennheten får adgang til verket på et individuelt valgt sted og tidspunkt.

Departementet foreslår å tilføye en presisering i § 2 siste ledd som skal angi at offentlig fremføring også omfatter kringkasting og annen overføring i tråd eller trådløs til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.

I stedet for å la begrepet ”fremføring” omfatte på forespørselstjenester og innta en eksemplifisering av dette i lovteksten, hadde det vært lovteknisk bedre om begrepet fremføring var blitt reservert for tilgjengeliggjøring som skjer for et tilstedeværende publikum (”live” fremføring), mens annen tilgjengeliggjøring for allmennheten defineres som overføring til allmennheten og offentlig visning. Denne lovteknikken er valgt i det svenske lovutkastet, som er enklere å forstå enn

det norske lovutkastet. Det må imidlertid vurderes nærmere hvordan en endring av fremføringsbegrepet skal håndteres i forhold til andre bestemmelser i åndsverkloven som bruker begrepet "fremføring". En fordel ved den lovteknikk som er valgt i Sverige, er at begrepet fremføring ikke benyttes for formidlings situasjoner som etter naturlig språkbruk ikke oppfattes som "fremføring", for eksempel tilgjengeliggjøring av verk på Internett ved utlegging på hjemmeside og hyperlenking.

Dersom departementet velger å beholde "fremføring" som et samlebegrep, vil Advokatforeningen reise spørsmål om det er nødvendig å presisere i lovteksten at dette også omfatter tilgjengeliggjøring på forespørsel. Det er ikke tvil om at slik tilgjengeliggjøring som her omtales er omfattet av fremføringsbegrepet etter gjeldende rett. I forhold til gjennomføringen av direktivet er det derfor ikke nødvendig at lovteksten uttrykkelig sier at fremføringsretten også omfatter tilgjengeliggjøring "på forespørsel". Når dette er tilfelle, kan det virke noe umotivert og i strid med den lovteknikk som for øvrig er valgt i § 2 – med bruk av generelle begreper som favner en rekke forskjellige handlinger – å gi en oppregning av enkeltsituasjoner som skal regnes som fremføring. Det skal også bemerkes at den beskrivelse som er gitt i § 2 siste ledd i seg selv er ganske komplisert og at lesere av lovteksten som ikke er fortrolig med opphavsrett, vil ha problemer med å forstå hva som menes med at verket "stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket". Departementet bør derfor vurdere om de pedagogiske hensyn som ligger til grunn for forslaget kan ivaretas ved en nærmere redegjørelse i forarbeidene.

Dersom departementet velger å beholde den foreslåtte bestemmelsen, anbefales det at ordet "også" erstattes med "blant annet".

I tilslutning til § 2, vil endelig Advokatforeningen peke på at det i motivene til bestemmelsen – i høringsnotatet side 75 – heter at beføyelsen under overbegrepet tilgjengeliggjøring som oppregnes under (a) til (c) ikke er uttømmende. At beførelsene spredning til allmennheten, offentlig visning og offentlig fremføring ikke er en uttømmende oppregning av hva som etter loven skal utgjøre tilgjengeliggjøring for allmennheten, er neppe i tråd med den alminnelige rettsoppfatning.

3.5. Nærstående rettigheter

3.5.1 Lydopptak m.v. - §§ 42 - 45

Departementet foreslår at det innføres en generell enerett til tilgjengeliggjøring til allmennheten for utøvende kunstnere hva gjelder opptak av deres fremføringer (§ 42) og produsenter av lyd- eller filmopptak (§ 45). Derved går høringsforslaget lenger enn det som er nødvendig etter direktivet, som bare pålegger å innføre en enerett til tilgjengeliggjøring "på forespørsel". Advokatforeningen vil bemerke at lovforslaget skaper en meget komplisert og vanskelig tilgjengelig rettighetsstruktur i åndsverklovens 5. kapittel. Således skal altså utøvende kunstnere og produsenter ha enerett til tilgjengeliggjøring til allmennheten av opptak. Denne eneretten gjelder imidlertid ikke for offentlig fremføring av lydopptak av utøvende kunstners prestasjoner, jf § 45b. For slik offentlig fremføring har den utøvende kunstner og produsenten krav på vederlag. Hvis imidlertid fremføringen skjer "på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket", har den utøvende kunstner og produsenten likevel en enerett, som er regulert av § 42 og § 45.

Fra et lovteknisk synspunkt hadde det vært vesentlig enklere om eneretten til fremføring for produsenter og utøvende kunstnere ble begrenset til de rettigheter som følger av direktivet – nemlig på forespørselsretten, og at all annen offentlig fremføring var gjenstand for vederlag etter § 45b.

3.5.2 Kataloger og databaser - § 43

Det bør også i lovens § 43 presiseres at eneretten til eksemplarframstilling gjelder "varig eller midlertidig eksemplar". Dermed bringes lovteksten i samsvar med § 2, og det blir sammenheng med henvisningen til 11 a i § 43 femte ledd.

3.3. Spredningsretten

Direktivets artikkel 4 bestemmer at spredningsretten bare konsumeres innenfor felleskapsområdet. Dette er den samme løsning som er fastlagt i artikkel 19 i utleie- og utlånsdirektivet (Rådsdirektiv 92/100/EØF). Som følge av dette direktivs bestemmelse om regional EØS konsumpsjon ble åndsverkloven § 45 endret ved lov 27/1995, se bemerkningene i Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 171 med videre henvisninger.

Kultur- og kirkedepartementet uttaler i høringsnotatet side 19 at hovedregelen etter åndsverkloven §§ 19 og 20 er internasjonal konsumpsjon, og at Norge ikke er forpliktet til å gjennomføre direktivets artikkel 4 "(f)ordi EØS avtalen ikke omfatter felles handelspolitikk". Det opplyses at det ved innlemmingen av direktivet i EØS-avtalen "gjelder en tilpasningstekst til direktivet på dette punkt". På dette grunnlag foreslås det at direktivets artikkel 4 om regional konsumpsjon ikke skal gjennomføres, og at det fortsatt skal gjelde internasjonal konsumpsjon etter §§ 19 og 20.

Advokatforeningen skal ikke uttale seg om hvorvidt det er handelspolitisk ønskelig at Norge på opphavsrettsområdet har internasjonal eller regional EØS konsumpsjon. Når Kultur- og kirkedepartementet velger å avstå fra å implementere en sentral direktivbestemmelse – som berører samhandelen mellom Norge og våre nærmeste handelspartnere, er det imidlertid etter Advokatforeningens oppfatning lite tilfredsstillende at departementet ikke gir en nærmere redegjørelse for de rettslige og faktiske overveielser som ligger til grunn for det politiske standpunkt som her er inntatt.

Advokatforeningen skal først bemerke at det er diskutabelt om spredningsreglene kan defineres som "handelspolitikk". Det dreier seg her om rettslig regulering av en opphavsrettlig enerettsbeføyelse, og det er vanskelig å se at disse reglene tolkes utenfor EØS-avtalen, i motsetning til reguleringen av eksemplarframstillingsretten og fremføringsretten m.v.

Det er videre – etter Advokatforeningens oppfatning - en åpenbar svakhet ved høringsforslaget at hensynet til rettsenhet med EU-landene og våre nærmeste handelspartnere overhodet ikke er kommentert. I Varemerkeutredningen II fra professor Birger Stuevold Lassen (NOU 2001:8) side 38 er det anført at hensynet til rettsenhet må veie tungt og at det skal ganske sterke grunner til for å opprettholde en ordening som avviker fra det som gjennomføres i de aller fleste vesteuropeiske stater. Det er vanskelig å se at ikke en tilsvarende argumentasjon gjør seg gjeldende med samme styrke på opphavsrettens område.

En regel om internasjonal konsumpsjon – som avviker fra de bestemmelser om spredningsretten som våre handelspartnere har, vil også kunne skape praktiske og bevismessige problemer. Advokatforeningen viser her til Varemerkeutredningen II side 38, hvor det heter:

"Divergensen mellom dommen og uttalelsen skaper så vidt skjønnes heller ikke noen rettsstilstand som ikke er til å leve med. Om Norge praktiserer global konsumpsjon for varer med opprinnelse utenfor EØS, mens EU-landene bare har EØS-regional konsumpsjon, vil det innebære at varer som importeres til Norge etter at merke innehaveren har satt dem i omsetning i f.eks. USA, fritt kan selges i Norge, men ikke uten merke innehaverens samtykke kan føres inn i EU-stater for omsetning der. Rettslig sett vil det således ikke være slik at

Norge åpner en bakdør for parallellimport inn i EU-området. Det er imidlertid klart at en slik situasjon faktisk vil innebære vanskeligheter. Norge vil være et EØS-land der det lovlig kan omsettes varer som varemerkeinnhaveren ikke har tillatt omsatt innenfor EØS. Det vil innebære at man ikke oppnår - iallfall ikke fullt - ut den ønskede fri flyt av varer over grensene innenfor EØS, for disse varene kan ikke føres videre inn i EU-området. Det vil således, for varer fra Norge som ønskes ført inn i EU-området, måtte bringes på det rene hvor de stammer fra og på hvilke premisser de er brakt i omsetning i Norge. Det kan være uvisst hvor stor praktisk betydning denne ulempen vil ha. Prinsipielt er det klart at den kan oppfattes som en ubehagelig torn i øyet.”

Det er heller ikke opplyst i høringsnotatet om det faktisk foreligger en tilpasningstekst til direktivet på dette punkt, eller om dette er noe regjeringen tilsikter å oppnå i EØS-komiteen. Hvorvidt EU vil akseptere en slik tilpasningstekst – og derved at Norge avstår fra å implementere en sentral direktivbestemmelse – er heller ikke opplyst.

Advokatforeningen vil peke på at det i dag ikke med bred penn kan legges til grunn at spredningsretten er gjenstand for internasjonal konsumpsjon etter lovens §§ 19 og 20. I hvert fall for verk som er regulert i tidligere direktiver, det vil si datamaskinprogrammer og databaser, er det mye som taler for at spredningsretten bare konsumeres innenfor EØS. Således kan neppe edb-direktivets artikkel 4 c) og databasedirektivets artikkel 5 c) tolkes på annen måte enn varemerkedirektivets artikkel 7 (1), se Rognstad ”Spredning av verkseksemplar” side 559. Og på varemerkeområdet går utviklingen i retning av EØS konsumpsjon, jfr. Varemerkeutredningen II, hvor det på side 38 uttales:

”Etter at SILHOUETTE – dommen er falt må det - til tross for uttalelsen i MAGLITE – saken – sies å være uklart om global konsumpsjon på varemerkeområdet fortsatt kan anses som gjeldende rett i Norge. Det er derfor under omstendighet grunn for lovgiveren til å sørge for en avklaring”

Det skal i denne forbindelse også vises til at Rognstad op.cit side 632, finner EFTA- domstolens begrunnelse i MAGLITE saken ”lite overbevisende”. Rognstad bemerker i denne sammenheng at EØS avtalen gir klare holdepunkter for at tolkingen av direktivbestemmelsene om spredningsrettens konsumpsjon skal være den samme i EØS som i felleskapsretten. Departementets uttalelse om gjeldende rett etter åvl. §§ 19 og 20 er derfor i det minste diskutabel. Kultur- og kirkedepartementet redegjør heller ikke for hvorfor man nå velger å innta et annet standpunkt til spredningsrettens konsumpsjon enn da utleie- og utlånsdirektivet ble implementert i 1995. Således er det ikke nærmere begrunnet hvorfor utøvende kunstnere og lyd- og filmprodusenter skal ha et mer vidtgående vern mot parallellimport enn opphavsmenn og andre rettighetshavere til verk.

Det bidrar også til å gjøre loven svært komplisert når det anvendes tre ulike regimer for konsumpsjonen av rettigheter; nemlig internasjonal konsumpsjon for opphavsrettigheter og kataloger, databaser og fotografisk bilde (med de modifikasjoner som måtte følge av Database- og EDB-direktivet), regional konsumpsjon for lydopptak og film innenfor EØS og et særlig importvern i § 54 (e) for lydopptak og film som ikke har opprinnelse i EØS. Advokatforeningen viser i denne forbindelse til de generelle bemerkninger i punkt 1 over.

Departementet burde også ha redegjort for hvilke konsekvenser det har å opprettholde en regel om internasjonal konsumpsjon for verk, når de eksemplarer av verket som distribueres – og er gjenstand for konsumpsjon – også vil være underlagt andre konsumpsjonsregler. Således vil som nevnt utøvende kunstnere og produsenter som er rettighetshavere i lydopptak og film kunne motsette seg parallellimport fra land utenfor EØS, og for slike verk har det derfor ingen handelspolitisk effekt om opphavsmennene i verket ikke kan motsette seg slik parallellimport.

Likeledes vil eksemplarer av verk som regel også være varemerkebeskyttet, og i den utstrekning det i dag eller i fremtiden er regional konsumpsjon av varmerkerettigheter i tråd med varemerkedirektivets artikkel 7, vil en regel om internasjonal konsumpsjon av opphavsretten heller ikke ha noen betydning. Det samme forhold vil gjøre seg gjeldende for eksemplarer av datamaskinprogrammer og databaser, se over.

Som oppsummering er det Advokatforeningens oppfatning at Kultur- og kirkedepartementets standpunkt om ikke å gjennomføre artikkel 4 om regional konsumpsjon, er utilstrekkelig begrunnet. Departementet har ikke gitt en tilstrekkelig redegjørelse for hvorfor spredningsretten faller utenfor etter EØS – avtalen, og det henger også i luften om en tilpasningstekst til direktivet vil bli akseptert av EU. Likeledes er det ikke redegjort for de praktiske og rettslige konsekvensene av at verkseksemplarer ofte også vil være underlagt regional konsumpsjon etter andre regelsett, og det savnes en analyse av og begrunnelse for hvordan forslaget vil slå ut i samhandelen med våre nærmeste handelspartnere.

4. Forvaltning av rettigheter ved avtalelisens

4.1. Generelle bemerkninger til avtalelisensbestemmelsene

4.1.1. Konvensjonsrettslige aspekter

Det foreslås en vesentlig utvidelse av gjeldende avtalelisensbestemmelser i §§ 13 og 14, vet at gjeldende ordning for fotokopiering og opptak av kringkastingsprogram gjøres generell og blant annet utvides til digital utnyttelse. Advokatforeningen bemerker i denne forbindelse at avtalelisensen innenfor institusjoner og virksomheter (§ 14) ved det gjøres mer omfattende enn den tilsvarende bestemmelse i den danske opphavsretsloven. Videre foreslås det innført nye avtalelisenser innenfor bibliotek m.v (§16a), bruk av verk for funksjonshemmede (§17b), samleverk (§18) (hvor avtalelisensen foreslås å erstatte gjeldende tvangslisens), kunstverk og fotografisk verk ved omtale av dagshending (§23 a), kunstverk og fotografisk verk (§ 24), samt verk i kringkasternes samlinger (§ 30a).

Høringsnotatet drøfter ikke hvor langt en slik utstrakt bruk av avtalelisenser kan opprettholdes innenfor de konvensjonsrettslige rammer som Norge er bundet av, blant annet etter Bernkonvensjonen (se art. 9 (2)) og TRIPS art. 13. I forhold til direktivethar departementet uten nærmere drøftelse lagt til grunn at våre avtalelisensordninger både kan videreføres og utvides, også på områder der direktivet ikke tillater unntak fra eneretten. Dette er begrunnet med en henvisning til Fortalen pkt. 18. Advokatforeningen vil påpeke at det ikke uten videre er gitt at direktivets uttrykk "extended collective licenses" i alle henseende tilsvarer avtalelisensordningen slik den er utviklet i de nordiske land. Det vil kunne reises spørsmål ved hvordan ordningen ivaretar den utenforståendes rettigheter, både til individuelt vederlag og til å nedlegge forbud mot bruk, samt ved hvilke krav som må stilles til representativitet for de organisasjoner som gis mandat til å forvalte ordningene. Det karakteristiske for avtalelisensen er som kjent at den er en tvangslisens overfor utenforstående rettighetshavere (se § 36) og at et vesentlig hensyn bak reglene er en kollektiv oppgjørsform, jf ot.prp. nr 15 (1994-95) s 148, dog slik at en utenforstående rettighetshaver etter § 37 annet ledd kan kreve individuelt vederlag hvis han kan sannsynliggjøre sitt krav. Åndsverkloven inneholder heller ikke noen bestemmelse om at en utenforstående rettighetshaver kan nedlegge forbud mot bruk av hans verk, sml. Opphavsrettsutvalgets bemerkninger i NOU 1988:22, side 40.

Konvensjonsrettslige problemstillinger knyttet til avtalelisensordningen er i seg selv ikke nye, men aktualiseres ved den betydelige utvidelsen av avtalelisensordningen som nå foreslås. Ettersom avtalelisensordningene nå også vil få en side til implementering av direktivet, vil spørsmålet få større praktisk betydning i det Norges løsning på disse spørsmål nå vil kunne bli prøvet av ESA eller EFTA-domstolen.

Advokatforeningen hadde funnet det ønskelig at departementet hadde klargjort det konvensjonsrettslige grunnlag for en så omfattende bruk av avtalelisenser som det her legges opp til. Etter gjeldende lov er avtalelisensen begrenset til fotokopiering og kringkasting, hvor det foreligger et åpenbart behov, og hvor en avtale om avtalelisens sikrer rettighetshaverne kontroll med og vederlag for en utnyttelse av verk som ellers ville skjedd ukontrollert. Når avtalelisensen utvides til det digitale området – slik det foreslås i §§ 13 b og 14, gis avtalelisensen virkning på et område som på mange måter er kvalitativt annerledes enn fotokopieringsområdet.

For det første vil rettighetshavere til verk som foreligger i digital (maskinlesbar) form, ofte ha egne lisensavtaler og distribusjonskanaler. Dette gjelder for datamaskinprogrammer, audiovisuelle verk m.v. som spres på CD-ROM, og det gjelder også i ganske stor utstrekning for verk som distribueres elektronisk – på Internet. Det er vel kjent at produsenter av datamaskinprogrammer, lydopptak og film, Internettaviser og andre opplysningstjenester på Internet, regulerer tilgangen til sine verk ved avtalevilkår som brukeren må akseptere for å få tilgang til verket, og det kan også etableres særlige adgangsbegrensninger og betalingsløsninger. I denne forbindelse skal bemerkes at den alminnelige oppfatning er at tilgjengeliggjøring av et verk på Internet regnes som utgivelse av verket, slik at verk som er lagt ut på Internet derfor faller innenfor rammen for avtalelisensen etter §§ 13 og 14. For det annet medfører en digital utnyttelse av verk – både fremstilling av digitale eksemplarer og digital spredning – en vesentlig større risiko for misbruk enn fotokopiering. Således vil et verk som foreligger i digital form lett kunne manipuleres, og rettighetshaveren vil fort miste kontroll med verkets utbredelse.

De rettslige konsekvensene av disse forhold burde etter Advokatforeningens oppfatning vært nærmere analysert i høringsnotatet.

4.1.2. Avtalelisensens virkning i forhold til rettighetshavere som har avtaleregulert utnyttelsen av sine verk

Utvidelsen av avtalelisensordningene for eksemplarfremstillinger til det digitale området reiser særlige problemstillinger i forhold til avgrensningen mot situasjoner der det foreligger individuelt samtykke fra rettighetshaver, enten i form av gjensidig bebyrdende avtale eller et ensidig samtykke. Som nevnt over er utnyttelsen av digitale verk, i ganske stor utstrekning regulert i individuelle lisensavtaler og lignende. Dersom det er meningen at en rettighetshaverorganisasjon skal få rett til å inngå avtale om avtalelisens som også gjelder verk som den enkelte rettighetshaver gir tilgang til på individuell basis, vil elementet av tvangslisens bli særlig fremtredende. Da digital avtalelisens ble innført i den danske opphavsretsloven, ble dette spørsmålet omtalt i forarbeidene, jfr. Schønning "Ophavsretsloven med kommentarer" 2.utg, side 239 med henvisninger. Det ble vist til at det kan oppstå konflikt mellom de rettigheter brukerne er gitt i avtalen om avtalelisens og rettighetshaverens egne kontraktsvilkår, og det ble lagt til grunn at slike problemer best kan løses ved at rettighetshaverne koordinerer utformingen av fremtidige avtaler på det digitale området. En slik antagelse synes imidlertid lite realistisk, og det kan reises spørsmål om utenlandske forlag og andre som tilbyr verk i digital form, vil akseptere at en nasjonal rettighetshaverorganisasjon inngår avtaler som berører utnyttelsen av verk som forlaget har regulert utnyttelsen av i egne avtaler, og hvor rettighetshaverne har betinget seg individuelt vederlag.

Denne problemstillingen har også en side til brukerne, som kan være undervisningsinstitusjoner og andre virksomheter. Høringsutkastet inneholder ikke bestemmelser om forholdet mellom de individuelle avtaler og en avtalelisens. Det er neppe hensikten at det skal kreves dobbel klarering – og betaling – fra brukernes side, og det hadde derfor vært ønskelig med en nærmere regulering av denne situasjonen.

I avtalene om fotokopiering innenfor universitets- og høyskolesektoren som til nå har vært inngått, har prinsippet vært at avtalen klarerer alle rettigheter innen avtalens virkeområde, og organisasjonen skal holde brukeren skadesløs for krav om vederlag og erstatning fra utenforstående rettighetshaver for slik utnyttelse. Det er også bestemt at avtalen ikke gjelder kopiering som skjer etter avtale direkte mellom rettighetshaver og bruker. Formålet med

avtalelisensen – sett fra brukersynspunkt – er at den skal gi sikre en global og enkel klarering av rettigheter, og det vederlag som avtales er også basert på en forutsetning om at avtalen omfatter all bruk innenfor avtalens virkeområde. Det vil derfor være i strid med avtalelisens funksjon, og svekke ordningens effektivitet, dersom brukerne skal pålegges en plikt til å undersøke om enkelte rettighetshavere og enkelte verk ikke er omfattet av avtalen. Konsekvensen av dette er at den organisasjon som skal inngå avtalen om avtalelisens på vegne av rettighetshaverne, vil måtte avklare avtalens virkeområde, slik at det ikke oppstår konflikt med individuelle avtaler som rettighetshavere har fastsatt for utnyttelse av sine verk. Hvordan dette i praksis skal kunne gjennomføres synes uklart, og det reiser under omstendighet problemstillinger som bør adresseres i lovproposisjonen.

4.1.3 Unntak for datamaskinprogrammer

Et særspørsmål i denne forbindelse er om avtalelisensen skal omfatte datamaskinprogrammer. Utnyttelsen av datamaskinprogrammer er vel nærmest uten unntak regulert i produsentenes lisensavtaler, og det er unaturlig og unødvendig at avtalelisensen skal omfatte slike verk. Advokatforeningen vil anbefale at det gjøres unntak fra avtalelisensen for datamaskinprogrammer, slik det er gjort i den danske bestemmelsen om digital avtalelisens innenfor undervisningsvirksomhet, se opphavsretsloven § 13 stk. 3. Problemstillingen er ikke tatt opp i høringsnotatet.

Advokatforeningen vil i tillegg stille spørsmål om hensiktsmessigheten av å innføre avtalelisenser på en så bred basis som foreslått. En avtalelisensordning forutsetter både incitament og ressurser hos rettighetshaverne og deres organisasjoner for å etablere det nødvendige apparat. En velfungerende avtalelisensordning vil innebærer allokering av ressurser hos organisasjonene og administrasjonskostnader som til syvende og sist vil bli belastet brukerne. Avtalelisensordningen er i første rekke utviklet for områder som karakteriseres av store masseutnyttelser av opphavsrettslig beskyttede verk. Det kan reises spørsmål om dens velegnethet på områder som preges av relativt beskjeden eller ad hoc-preget verksutnyttelse, f.eks. gjengivelse av fotografiske verk/bilder i kritiske vitenskapelige fremstillinger (utkastet § 24).

Advokatforeningen vil også peke på at avtalelisensordninger forutsetter at det forhandles frem avtaler mellom rettighetshavernes organisasjoner og de aktuelle brukerne, eventuelt organisasjoner som representerer brukerne. I sin opprinnelige form har vår avtalelisensordning vært basert på en jevnbyrdighet i dette forhold som langt på vei sikrer rimelige løsninger for begge parter. Det kan reises spørsmål om ikke denne balansen forrykkes ved den betydelige utvidelsen av avtalelisensordninger som nå foreslås. Det er en mulighet for at den forhandlingssituasjon som avtalelisensordningen forutsetter, erstattes av mer eller mindre standardiserte vilkår fra rettighetshaversiden og en "take it or leave it" situasjon for brukersiden. Dette aktualiserer også behovet for en tvisteløsningsmekanisme, se nedenfor i punkt 4.1.5.

4.1.4. Spørsmålet om rettighetshaverne skal ha rett til å nedlegge forbud

Som nevnt over innebærer digital utnyttelse av verk større risiko for misbruk enn det som er tilfellet for fotokopiering og lignende. Dette reiser spørsmål om rettighetshaverne bør sikres en rett til å nedlegge forbud mot bruken. Problemstillingen ble drøftet av Opphavsrettsutvalget i NOU 1988:41, og det ble vist til at det var hensynet til opphavsmannens ideelle interesser som kunne begrunne en slik forbudsrett. Utvalget mente imidlertid at de ideelle interesser gjør seg lite gjeldende for så vidt angår fotokopiering, men at det kan stille seg annerledes ved lagring av verk i databaser. I lys av dette bør departementet vurdere om det skal innføres en rett å nedlegge individuelt forbud på det digitale området.

4.1.5. Spørsmålet om subsidier nemndslisens

Når området for avtalelisens etter §§ 13 og 14 vesentlig utvides, og det også foreslås innført flere nye avtalelisenser, økes også konfliktpotensialet mellom rettighetshaverne og brukerne. Det vil

være en rekke spørsmål som vil måtte avklares og avtales i forhandlingene, og det kan ventes at dette vil skape problemer for mulighetene til å få inngått avtaler. Til dette kommer at den eller de organisasjoner som skal representere rettighetshaverne vil bli gitt et til dels svært vidt forvaltningsområde, og derved også få en meget betydelig markedsrett. Skal avtalelisensen fungere etter forutsetningene – som er å sikre en enkel og hensiktsmessig klarering av rettigheter – er det imidlertid nødvendig at det er tvisteløsningsmekanismer som kan sikre en løsning av problemstillinger som ellers ikke lar seg løse ved forhandlinger. Det skal i denne forbindelse bemerkes at domstolene ikke vil være en relevant instans som kan avgjøre slik uenighet gjennom søksmål, fordi det ikke vil foreligge en rettsvist mellom partene.

Kulturdepartementet har ved den siste revisjonen av åndsverkloven – i Ot.prp. nr 15 (1994-95) side 27, avvist en subsidiær nemndslisensordning, fordi en slik ordning etter departementets oppfatning kan komme i strid med Norges konvensjonsrettslige forpliktelser etter Bernkonvensjonen. Det er først og fremst det forhold at avtalelisensordningen innebærer en tvangslisens overfor utenforstående rettighetshavere, som kan gi konvensjonsrettslige problemer.

I høringsutkastet er det også foreslått å oppheve gjeldende nemndslisens for kringkasting etter § 35 jfr. § 30.

Advokatforeningen vil be om at Kultur- og kirke departementet tar opp spørsmålet om subsidiær nemndslisens til fornyet vurdering i lys av den utvidelse av avtalelisensordningene som nå foreslås. Det er viktig at lovens system er effektivt og praktisk håndterbart, og det må sikres en rimelig balanse mellom partene i avtalen. Til sammenligning skal pekes på at selv om den danske lov ikke inneholder en subsidiær nemndslisens, gir den meglingsmannen videre fullmakter enn det Riksmeglingsmannen har etter gjeldende bestemmelser i åndsverkloven. Således kan meglingsmannen bestemme at gjeldende avtaler skal være i kraft i en begrenset tidsperiode, slik at partene får tid til å vurdere meglingsforslaget og hans forslag om å overlate uenigheten til voldgift.

5. Lovlig kopieringsgrunnlag - § 11a

Advokatforeningen mener at den foreslåtte bestemmelse om at eksemplarframstilling i henhold til lovens "avgrensingsbestemmelser" (for eksempel ved kopiering til privat bruk) er betinget av at det kopieres fra et "lovlig eksemplar", reiser prinsipielle spørsmål om kontroll og håndhevelse av opphavsrettsreglene. I betydelig grad vil virkeområdet for denne bestemmelsen være privat kopiering av verk som ulovlig er lagt ut eller kopiert på Internet, og hvor kopieringen skjer av privatpersoner ved nedlasting til private PCer mv. Det kan reises spørsmål om lovforbudet i det hele tatt lar seg håndheve, og hvis det håndheves kan det oppleves av mange som et urimelig inngrep i privatsfæren. Det er et tankekors at en bestemmelse som er begrunnet i ønsket om å beskytte rettighetshavere mot piratkopiering mv, kan ha den konsekvens at respekten for opphavsrettsreglene blir svekket. Spørsmålet er så vidt omtalt i høringsnotatet side 26, og departementet legger der avgjørende vekt på at bestemmelsen kan ha en oppdragende effekt. Det er imidlertid ikke lett å se at en lovbestemmelse som ikke lar seg håndheve i praksis, kan ha preventiv virkning overfor de brukergrupper man her i stor grad retter seg mot.

Advokatforeningen vil imidlertid også peke på at det kan anføres gode argumenter for forslaget, for eksempel at det gjør det lettere å opprettholde en adgang til privat kopiering på samme nivå som etter dagens lov, jf høringsnotatet side 26 første avsnitt. Bestemmelsen kan også ha effekt i enkelte misbrukssituasjoner.

Til den nærmere formulering av lovbestemmelsen skal bemerkes:

Det er bestemt at det ikke er tillatt å fremstille eksemplar "etter avgrensningsbestemmelsene i dette kapittel". Sammenholdt med den foreslåtte overskrift til kapittel 2 – "Avgrensning av opphavsretten og forvaltning av rettigheter ved avtalelisens" – kan det reises spørsmål om det er meningen at bestemmelsen også skal ha virkning i forhold til avtalelisensbestemmelsene. Hvis det er meningen, og uttalelser i motivene side 76 kan tyde på det, vil det måtte gjøres et generelt unntak i avtaler som utløser avtalelisens, hvorefter den rett som gis til brukerne er betinget av at det foreligger et "lovlig eksemplar". Til nå har det vært et prinsipp i avtaler som inngås i henhold til lovens avtalisensregler at avtalene innebærer en fullstendig klarering av alle rettigheter innenfor avtalens rammer og at det er rettighetshaverorganisasjonens ansvar og risiko om kopieringen skjer i strid med tredjemanns rettigheter. Særlig i forhold til materiale som er lagt ut på Internet, vil det vesentlig svekke avtalelisensens effektivitet dersom brukerne kan komme i erstatnings- eller straffansvar for utnyttelse innenfor avtalelisensområdet.

Departementet drøfter heller ikke konsekvensene av bestemmelsen i forhold til andre avgrensningsbestemmelser i kapittel 2, for eksempel i forhold til sitatretten. Reelt sett synes forslaget å ha sin eventuelle berettigelse i forhold til privatkopieringen, som også er den problemstilling som departementet særlig drøfter.

De subjektive straffbarhetsvilkår etter § 54 for overtredelse av opphavsretten er forsett eller uaktsomhet. Det hadde vært ønskelig om departementet nærmere hadde vurdert hva dette reelt innebærer for brukerne, for eksempel om brukerne pålegges en undersøkelsesplikt når verk lastes ned fra Internet. Dette ville i tilfelle kunne ha vesentlige konsekvenser for browsing på Internet.

6. Eksemplarfremstilling til privat bruk - § 12

6.1. Utstrekningen av privatkopieringsadgangen

Departementet uttaler i høringsnotatet side 29 at det vil skje "en viss innstramming" når det gjelder adgangen til kopiering til personlig, yrkesmessig bruk. Så vidt forstås knytter denne uttalelsen seg til de synspunkter som tidligere er gjort gjeldende, blant annet i Ot.prp. nr 15 (1994-95) om at ansattes kopieringsadgang til privat bruk vil begrenses når det inngås avtale som utløser avtalelisens.

Advokatforeningen vil peke på at så lenge det ikke foretas endringer i lovteksten som nærmere fastsetter hvilke begrensninger som skal gjelde i adgangen til eksemplarfremstilling til privat bruk (personlig yrkesmessig bruk) vil uttalelser i forarbeidene ha liten rettskildemessig betydning i den utstrekning de forutsetter en reell endring av gjeldende rett.

For øvrig kan Advokatforeningen slutte seg til departementets vurderinger av hvordan direktivet skal gjennomføres i norsk rett når det gjelder privat kopiering.

6.2. Kompensasjon for eksemplarfremstilling til privat bruk - §§ 12 a -12 c

Kultur- og kirke departementet foreslår to alternative ordninger som skal sikre rettighetshaverne "rimelig kompensasjon" slik flere av bestemmelsene i direktivets artikkel 5 (2) krever. Den ene løsningen er en privatrettslig individuell vederlagsordning, mens den andre er basert på kompensasjon over statsbudsjettet. Når det gjelder den privatrettslige, individuelle vederlagsordningen er det forutsatt at detaljreguleringen skal skje i forskrift, og utkast til forskriftsbestemmelser foreligger ikke. Det innebærer også at det ikke er mulig å overskue alle sider av en slik kompensasjonsordning, ei heller vurdere enkeltelementer i ordningen. Dette må derfor utstå til utkast til forskrifter foreligger.

Det politiske valg mellom en privatrettslig vederlagsordning og bevilgninger over statsbudsjettet, skal Advokatforeningen ikke uttale seg om. Advokatforeningen vil likevel peke på at en individuell ordning, hvor avgiften belastes brukerne, er best i samsvar med det forhold at åndsverkloven er en privatrettslig rettighetslov.

Som nevnt i høringsnotatet side 30 også den fremtidige utvikling og bruk av tekniske beskyttelsessystemer (kopisperrer mv) kunne innebære at kompensasjonen bortfaller eller reduseres. Dette forhold er imidlertid ikke et avgjørende argument mot at det nå innføres en individuell kompensasjonsordning, idet forskriftene kan regulere begrensninger og bortfall av avgiftsordningen når forholdene ligge til rette for det.

Som påpekt av departementet, er det et hovedspørsmål å fastsette hvilke medier som skal gjøres til gjenstand for avgift. Det er imidlertid ikke god sammenheng mellom de kvalifikasjonskriterier som oppstilles i motivene og formuleringen av lovbestemmelsen. I motivene side 30 er det vist til at ordningen vil gjelde lagringsmedier "som i hovedsak brukes til lagring av åndsverk" og det skal avgrenses mot "lagringsmedier som i hovedsak brukes til annet". På side 32 i motivene er kriteriene noe annerledes, idet det her vises til at lagringsmediet "faktisk er i bruk i et visst omfang til privatbrukskopiering for at vederlag skal betales for dette".

I lovbestemmelsen er formuleringen "lagringsmedier som er egnet til å fremstille eksemplar av åndsverk til privat bruk". Denne formuleringen omfatter imidlertid ethvert medium som er "egnet til". Det bør vurderes om det kan gjøres klarere i lovteksten at det dreier seg om lagringsmedier som i hovedsak brukes til lagring.

Videre er formuleringen "som er egnet til å fremstille eksemplar av" ikke særlig treffende når meningen er å innbefatte lagringsmedier og utelukke opptaksutstyr. Som fremholdt i Advokatforeningens høringsuttalelse av april 2001 til det høringsnotat som den gang ble sendt ut om et privatkopieringsvederlag, avgrenser formuleringen "innretninger som er særlig egnet til å fremstille eksemplar", ikke mot opptaksutstyr, men innbefatter derimot opptaksutstyr og ikke lagringsmedier. En bedre formulering kan være "innretninger som særlig er egnet til å gjengi verk". Lovteksten bringes da i overensstemmelse med terminologien i åndsverkloven § 2.

7. Bemerkninger til § 16 og §§ 17-17 mv

7.1. Til § 16

Advokatforeningen tiltrer forslaget om at forskriftshjemmelen i åndsverkloven § 16 utvides til også å omfatte undervisningsinstitusjoner. Bestemmelsen åpner for en rett til å fremstille eksemplar av verk for "nærmere angitte formål". Det legges til grunn at kopieringsformålet er det samme for undervisningsinstitusjoner som de som er aktuelle for arkiv, bibliotek og museer.

Departementet foreslår samtidig en utvidet formålsangivelse. I dagens lovbestemmelse er formålet angitt som "for konserverings- og sikringsformål og andre særskilte formål". Departementet foreslår at gjeldende formålsangivelse tas ut av lovteksten og erstattes med "nærmere angitte formål". Dette synes å være i tråd med direktivet artikkel 5.2.c som tillater eksemplarfremstilling til spesifikke reproduksjonshandlinger, uten at de formålsangivelser som finnes i gjeldende § 16 er nevnt. Departementets løsning åpner for en viss fleksibilitet med hensyn til å kunne omfatte også andre formål enn de som gjelder i dag. Dette kan være positivt, men kan på den annen side gi en viss usikkerhet med hensyn til bestemmelsens virkemåte. Advokatforeningen vil anse det som en fordel om departementet redegjør for hvilke andre mulige formål som fremstår som aktuelle, slik at det gis visse føringer for til hvilke formål eksemplarfremstillingen skal kunne skje.

7.2. Til § 17 og § 17 a

Advokatforeningen vil påpeke at begrepet " bruk av verk for funksjonshemmede" som gjennomgående brukes i overskriftene i bestemmelsene § 17, § 17 a og § 17 b, språklig sett er uheldig. Begrepsbruken kan forstås dit hen at dette gjelder bestemmelser om verk som er laget spesielt for funksjonshemmede, og ikke at det er tale som eksemplarframstilling for funksjonshemmede. Selv om dette fremgår klart av departementets merknader til bestemmelsen, er det ønskelig at det foretas en språklig endring i bestemmelsenes overskrift slik at dette klargjøres.

8. Vern for tekniske beskyttelsessystemer og elektronisk rettighetsinformasjon

8.1. Ny § 53a om forbud mot omgåelse m.v. av effektive tekniske beskyttelsessystemer

8.1.1. Generelle bemerkninger til § 53 a

Åndsverk utnyttes i stadig økende grad ved bruk av digital teknologi. Verdensomspennende datanettverk som Internett muliggjør rask, enkel og billig kopiering av åndsverk på tvers av landegrensler.

Denne utviklingen har medført en økt grad av misbruk, særlig i forhold til åndsverk som originalt distribueres eller gjøres tilgjengelig i digital form, eksempelvis musikk som distribueres på kompaktplater ("CD") og film på DVD-plater.

Ved hjelp av enkle verktøy har brukere i stor utstrekning kunnet kopiere åndsverk på eksempelvis CD/DVD over i andre digitale og komprimerte format med tilnærmet lik kvalitet, eksempelvis MP3/DivX. Dette har igjen dannet grunnlaget for en omfattende viderekopiering og tilgjengeliggjøring utenfor rettighetshavernes kontroll og uten at disse har mottatt vederlag, bl.a. ved bruk av ulike tjenester som e-post, Peer-to-Peer og andre fildelingstjenester, World Wide Web, osv.

For å hindre eller styre slik kopiering og tilgjengeliggjøring, er rettighetshaverne avhengig av teknisk å beskytte åndsverk som distribueres eller gjøres tilgjengelig i digitalt format.

Direktivet bestemmer at det skal være et rettslig vern mot omgåelse (eller fjerning) av slik teknisk beskyttelse. Reglene som skal verne slike beskyttelsessystemer må utformes slik at de ivaretar beskyttelseshensynet. Bestemmelsene bør også i så stor grad som mulig bør (1) være enkle og forståelige, (2) være utformet slik at de i praksis kan håndheves som forutsatt, og (3) være lagt nært opp til direktivteksten og/eller de andre EØS-lands implementering av direktivet, slik at rettspraksis fra EF-domstolen og rettspraksis i andre EØS-land i størst mulig grad kan bidra til klargjøring av rettstilstanden også i Norge, og bestemmelsene ikke blir tilsidesatt av EFTA- eller EF domstolen.

8.1.2. § 53 a første ledd: Vilkåret om "opphavsrettslig relevant handling"

Departementet har foreslått at vernet etter § 53a (1) kun skal gjelde i forhold til handlinger som er såkalt opphavsrettslige relevante, slik at omgåelse av teknisk beskyttelse med sikte på handlinger som ikke er omfattet av de opphavsrettslige eller nærstående eneretter derfor faller utenfor bestemmelsen, jf. bestemmelsens første del: "For å muliggjøre bruk som er omfattet av enerettene angitt i § 2, jf. § 11a [...]".

Dette innebærer for eksempel at omgåelse av et teknisk beskyttelsessystem med sikte på eksemplarframstilling kan være forbudt, mens omgåelse av det samme beskyttelsessystem for å muliggjøre avspilling innenfor det private området kan være tillatt.

Advokatforeningen stiller spørsmålstegn ved om direktivet gir grunnlag for å innføre et vilkår om at omgåelseshandlingen bare rammes dersom den er knyttet til en opphavsrettslig relevant handling, jf. direktivets art 6.1 og 6.3 og fortalet pkt. 48.

Vilkåret om ” opphavsrettslig relevant handling ” fremgår ikke av direktivteksten. Direktivets artikkel 6 (3) fastslår at det med ” tekniske foranstaltninger ” menes teknologier, anordning eller komponenter som har til formål å forhindre eller begrense handlinger i forbindelse med verk eller andre frembringelser som rettighetshaveren ikke har gitt tillatelse til. Under definisjonen av hva som skal anses som effektive tekniske foranstaltninger, fremgår det uttrykkelig at det også omfatter adgangskontrollforanstaltninger, for eksempel kryptering, scrambling eller annen omdannelse av verket. Artikkel 6 (1) bestemmer at medlemsstatene skal innføre en ” passende rettslig beskyttelse mot omgåelse av enhver form for effektive tekniske foranstaltninger ”, og heller ikke her er det bestemt at beskyttelsen bare retter seg mot omgåelse av systemer som begrenser opphavsrettslige relevante handlinger.

Det avgjørende etter artikkel 6 (3) er om det dreier seg om en handling som rettighetshaveren ikke har gitt tillatelse til. Dersom rettighetshaveren i sine kontraktsvilkår og/eller ved implementering av systemer for tilgangskontroll har fastsatt begrensninger i for eksempel privat fremføring, vil det etter direktivets ordlyd være en handling som ” rettighetshaveren ikke har gitt tillatelse til ”. Det er ikke nødvendigvis slik at rettighetshaverens kontraktsrettslige adgang til å sette begrensninger i utnyttelsen av verket ikke går lenger enn hans enerett etter loven. En annen sak er at slike bruksbegrensninger etter omstendighetene kan bli ansett ikke bindende eller ugyldige etter avtaleloven § 36 eller fordi de ikke anses kontraktsrettslig vedtatt, jf Rt. 1955 s 536. Også det forhold at direktivet uttrykkelig lar adgangskontrollsystemer være beskyttet – og uten å gjøre reservasjon for privat fremføring – tilsier at departementet på dette punkt går lenger enn det er konvensjonsrettslig grunnlag for.

Advokatforeningen har forståelse for ønsket om å sikre at vernet ikke skal være så vidtrekkende at tekniske beskyttelsessystemer i praksis kan hindre avspilling ved hjelp av normalt elektronisk utstyr, eksempelvis slik at det skal være tillatt å benytte sonefrie DVD-spillere. Men rammen for hva Norge kan implementere er fastsatt i direktivet. En norsk lovbestemmelse som ut fra en rettspolitisk begrunnelse begrenser beskyttelsen for tekniske beskyttelsessystemer utover det direktivet tillater, kan bli underkjent av EFTA-domstolen eller EF-domstolen.

Så vidt Advokatforeningen kan forstå, vil forslaget om å begrense forbudet til opphavsrettslige relevante handlinger, også kunne svekke beskyttelsen av tekniske beskyttelsessystemer i vesentlig grad. Hvis en bruker skal kunne kreve at ethvert åndsverk på ethvert medium skal kunne avspilles på enhver plattform, vil vernet for tekniske beskyttelsessystemer i praksis være lite verd. Således er det mange ulike programvarebaserte avspillere på markedet. Dette er datamaskinprogrammer som er utviklet for å lese data fra CD-ROM eller andre utstyrsenheter og kontrollere avspilling, for eksempel av musikk. Slike avspillerprogrammer er ofte relativt enkle datamaskinprogrammer, som også mange brukere selv vil være i stand til å utvikle. Mange slike avspillerprogrammer vil kunne forutsette at for eksempel den musikk eller film som skal avspilles finnes på datafiler i et bestemt format, for eksempel MP3 eller DivX, og i ukryptert form. Dersom datafilene på for eksempel en musikk-CD ikke finnes i ukryptert form og i det formatet det enkelte programmet er utviklet for å lese, vil avspilling ved hjelp av programmet i så fall ikke være mulig.

Dersom brukerne skal ha krav på å kunne benytte enhver slik programvarebasert avspiller, vil vernet mot omgåelse av kopieringssperre og - begrensninger i praksis være svært begrenset. Det vil være nok å besitte en slik avspiller, eventuelt selv utvikle eller få noen til å utvikle en slik avspiller, for at kopibeskyttelsen lovlig kan omgås eller fjernes.

Pr. i dag er for eksempel musikken på enkelte CD-plater beskyttet slik at denne ikke ligger åpent tilgjengelig i et format som ville muliggjort enkel kopiering over i andre formater. Resultatet er at enkelte avspillerprogram som kun leser åpent tilgjengelige musikkfiler, ikke kan benyttes til å avspille slike musikk-CD'er. Disse musikk-CD'ene er imidlertid utstyrt med et eget avspillerprogram for datamaskiner, som sikrer brukeren mulighet til å avspille musikk også via datamaskinen. Dette må være tilstrekkelig. Dersom brukeren skulle ha rett til å omgå beskyttelsen på CD'en i slike tilfeller, ville vernet etter § 53a bli svært begrenset.

Advokatforeningen vil legge til, at selv om vilkåret i første rekke antas problematisk i forhold til avspillerprogrammer knyttet til datamaskiner, vil det kunne oppstå tilsvarende problemstillinger i forhold til elektronisk utstyr som i liten grad er kurant i Norge. For eksempel vil elektroniske komponenter som er utviklet for det Asiatiske markedet, kunne være basert på andre formater enn det vi benytter i Norge. En bruker som har kjøpt elektroniske komponenter for eksempel i Asia eller av andre grunner besitter ukurant utstyr, bør ikke lovlig kunne fjerne tekniske beskyttelsessystemer fra CD'er, DVD'er eller andre media kjøpt i Norge, for å kunne avspille disse på slikt ukurant utstyr.

Det vil ikke være praktisk mulig for en rettighetshaver å sikre at et åndsverk kan brukes på ethvert utstyr ved hjelp av enhver programvare, og samtidig beholde en reell kopieringsbeskyttelse. Dette må hensyntas ved utformingen av § 53a. Det må være tilstrekkelig at rettighetshaverne i nødvendig utstrekning fortsettes å sikre den enkelte bruker en tilfredsstillende avspillingsmulighet knyttet til det aktuelle mediet verket er utgitt på.

Et annet problem med det foreslåtte avgrensingskriterium, er at forbudet ikke vil ramme omgåelser av beskyttelsessystemer som både beskytter mot opphavsrettslig relevante handlinger, og handlinger som ikke er opphavsrettslig relevante. En slik begrensningsregel i reglens virkeområde vil – i den utstrekning den er praktisk - svekke beskyttelsens effektivitet, og kan ikke sees å være hjemlet i direktivet. Denne regelen vil også skape bevisproblemer. I den enkelte sak vil det ikke være tilstrekkelig å sannsynliggjøre at en omgåelse har muliggjort kopiering av åndsverket, det må bevises at et beskyttelsessystem ikke er omgått med sikte på bl.a. fremføring innenfor det private området.

Advokatforeningen skal videre bemerke at begrensningen til "opphavsrettslig relevante handlinger" skaper uklarhet i forhold til nærstående rettighetshavere i lydopptak som ikke har enerett til fremføring etter § 45 b, sml. henvisningen i § 53 a første ledd til § 2 og den generelle bestemmelsen i § 53 e om at bestemmelsene gjelder "tilsvarende" for arbeider vernet etter lovens 5. kapittel.

Hvis vernet etter § 53a ikke er det samme for de ulike rettighetshaverne etter loven, kan forbudet bli uklart med mange vanskelige avgrensningstemaer, eksempelvis med hensyn til hva som er forskjellen på opphavsmannens og de nærstående rettighetshaveres rettigheter etter loven og i hvilken grad de påvirker retten til å omgå en teknisk beskyttelsesmekanisme. Selv om det kan anføres gode rettspolitiske hensyn for departementets standpunkt til adgangen til privat avspilling, er Advokatforeningens konklusjon at vilkåret om opphavsrettslig relevant handling ikke synes tilstrekkelig hjemlet i direktivet, og at det også vil kunne svekke beskyttelsens effektivitet på en måte som går utover det som synes forutsatt i direktivet.

8.1.3. Vilkåret om at forbudet skal knyttes til kriteriet "(F)or å muliggjøre bruk som er omfattet av enerettene ...".

Advokatforeningens bemerkninger i det følgende forutsetter at det etter direktivet er adgang til å beskyttelsen til "opphavsrettslig relevante handlinger", sml. bemerkningene over.

Den foreslåtte formulering "(F)or å muliggjøre bruk som er omfattet av enerettene ..." må forstås slik at det avgjørende blir hva som er formålet med omgåelsen. Hvis formålet er å sikre seg en tilgang som griper inn i en enerett – for eksempel eksemplarframstilling, er omgåelsen ulovlig, mens hvis formålet er å sikre seg en tilgang som faller utenfor eneretten – for eksempel privat avspilling, er omgåelsen lovlig.

Advokatforeningen kan ikke se at det er forenlig med direktivet å knytte forbudet til en slik formålsvurdering. Det avgjørende etter direktivet er ikke hvilken hensikt krenkeren har med å omgå beskyttelsesforanstaltningen, men hva som er formålet med beskyttelsessystemet. Dette fremgår av definisjonen av tekniske foranstaltninger og effektive foranstaltninger i artikkel 6 (3). Beskyttelsen etter § 53 a må derfor knyttes opp til beskyttelsessystemets egenskaper. Til sammenligning vises her til det svenske lovforslagets § 52 d sammenholdt med § 52 b, hvor dette er kommet til uttrykk. For å være i samsvar med direktivet, må en eventuell begrensning i den generelle forbudsbestemmelsen etter Advokatforeningens oppfatning derfor knyttes til hvilke tekniske beskyttelsessystemer som er gjenstand for vern, og ikke brukerens formål med å omgå disse.

Advokatforeningen mener videre at det foreslåtte kriterium blir retts teknisk komplisert og gjøre det vanskelig å håndheve forbudet.

I en rettstvist kan for eksempel krenkeren forsvare seg med at beskyttelsessystemet ble omgått med sikte på å muliggjøre avspilling innenfor det private området. For retten vil en krenker kunne legge frem eksempler på musikk avspillerprogram (som det finnes mange av) som han har lastet ned fra Internet og som kun leser musikk i ukryptert eller i annet ikke beskyttet digitalt format. For å kunne bruke et slikt program til avspilling av musikk innenfor det private området, må jo eventuelle beskyttelsessystemer omgås, og omgåelsen vil dermed være lovlig i henhold til den foreslåtte bestemmelsen.

For rettighetshaverne vil det i det enkelte tilfelle kunne være svært vanskelig i tilstrekkelig grad å sannsynliggjøre at krenkeren hadde et annet formål med omgåelsen. I praksis vil dette forutsette at det foreligger svært klare bevis.

8.1.4. Forslag til ny lovtekst til § 53 første ledd

På bakgrunn av ovennevnte foreslår Advokatforeningen at § 53 a første ledd gis følgende ordlyd:

"Det er ikke tillatt uten samtykke fra rettighetshaveren å fjerne eller omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer."

Advokatforeningen foreslår at § 53a tas inn en legaldefinisjon av "effektive tekniske beskyttelsessystemer".

Dersom departementet finner konvensjonsrettslig grunnlag for å beholde et vilkår om at omgåelsen bare gjelder "opphavsrettslig relevante handlinger" anbefales det at ordlyden utformes i tråd med det svenske lovforslaget § 52 d, som uttaler de opphavsrettslige enerettene i stedet for å henvise til § 2.

Alternativt – og foretrukket – bør definisjonen legges nært opp til direktivteksten, for eksempel sålydende:

"Med effektive tekniske beskyttelsessystemer i [henvisning til de ledd der begrepet anvendes] menes teknologier, anordninger eller komponenter, som ved bruk av tilgangskontroll eller beskyttelsessystemer har til formål å hindre eller begrense

handlinger i forbindelse med verk eller andre arbeider som denne lov beskytter og som en rettighetshaver etter denne lov ikke har gitt tillatelse til”

8.2. Merknader til ny § 53 a annet ledd

Advokatforeningen er av den oppfatning at bestemmelsen som utgangspunkt bør legges så nær opp til direktivets ordlyd som mulig. I denne forbindelse vil Advokatforeningen reise spørsmål om det innledende vilkår “[...] spredning til allmennheten [...]” har støtte i direktivteksten.

Videre skal påpekes at “[...] distribusjon [...]” og “[...] reklame for salg og utleie [...]” som fremgår av direktivets artikkel 6 (2) ikke er inntatt som en del av ordlyden i § 53a annet ledd. Dette kan løses ved at “markedsføre og distribuere” tilføyes i lovteksten.

8.3. Datamaskinprogram - § 53 a, fjerde ledd

Bestemmelsen bør inneholde en henvisning til § 54 a for å lette forståelsen av lovreguleringen.

8.4. Adgang til bruk av verk når effektive tekniske beskyttelsessystemer er anvendt - § 53 b

Advokatforeningen er enig i at det innføres en bestemmelse som gjennomfører direktivets artikkel 6 (4). Advokatforeningen ber departementet vurdere på nytt om Norge bør utnytte sin adgang til også å la bestemmelsen omfatte kopiering til privat bruk.

8.5. Forbud mot fjerning eller endring av elektronisk rettighetsinformasjon - § 53d

Departementet har i § 53d første ledd inntatt som et vilkår for forbudet at det gjelder rettighetsinformasjon som “[...] rettighetshaver har føyet til et vernet verk, og som enten inngår i et eksemplar eller fremtrer i forbindelse med at verket gjøres tilgjengelig for allmennheten.”

Advokatforeningen vil anbefale at den norske lovteksten legges nærmere opp til direktivteksten, og at det inntas en egen bestemmelse med definisjon av elektroniske opplysninger om rettighetsforvaltning, slik det er gjort i det svenske lovforslaget § 52 g sammenholdt med § 52 b.

9. Sameie av verk mellom arvinger

Advokatforeningen finner den foreslåtte endring fornuftig og har ingen ytterligere kommentarer til bestemmelsen.

10. Foreldelse av krav om individuelt vederlag etter §§ 37 og 42b

Advokatforeningen er enig med departementet om at det er fornuftig å gi en særregel om utgangspunktet for beregningen av foreldelsesfristen for individuelle krav etter åndsverksloven

Foreldelseslovens utgangspunkt er at fristen regnes fra den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve oppfyllelse. Det er på det rene at fordelingsprosedyren innen ulike forvaltningsorganisasjoner er tidkrevende og tidspunktet for når det er klarlagt hvilket beløp som skal utbetales den individuelle rettighetshaver kan variere sterkt. Det antas derfor å være mer oversiktlig for de individuelle rettighetshavere at fristen er den samme for hvert år.

Advokatforeningen vil imidlertid påpeke at en endring som foreslått av departementet, som fraviker foreldelseslovens hovedregel må gjøres i lovs form. Av høringsutkastet synes det som om departementet forutsetter at endringen kan gjennomføres i forskriften § 3-6 tredje ledd, men dette

er ikke tilstrekkelig.”

Advokatforeningen tiltrer utvalgets uttalelse.

Ærbødigst

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Helge Aarseth'.

Helge Aarseth
leder

Merete Smith
generalsekretær