

Sendt med e-post

Kultur- og kirke departementet
Postboks 8030 Dep
0030 Oslo

Adresse Stenersgate 1A, 0050 Oslo
Telefon 22 17 94 17
Telefaks 22 17 94 22
E-post kopinor@kopinor.no
Internett <http://www.kopinor.no/>
Org.nr. 964250340

Oslo, 24. juni 2003

Deres ref.: 2003/1372 ME/ME1 CBU:elt av 02.04.2003

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

Kopinor har med tilfredshet mottatt høringsutkastet, og konstaterer at Kopinors tidligere anmodninger om bl.a. nye avtalelisenser er tatt til følge.

Denne uttalelsen er i to hoveddeler. I første del avgir vi våre hovedsynspunkter og generelle merknader.

I andre del går vi dypere og mer detaljert inn på viktige problemstillinger, herunder mer lovtekniske spørsmål samt alternative forslag til lovtekst. Del 2 er utarbeidet av vår juridiske rådgiver advokat Astri M. Lund, og Kopinor slutter seg til hovedlinjene i merknadene. I denne delen berøres en rekke spørsmål som det etter vårt syn vil være viktig at departementet uttaler seg om mer inngående.

Kopinors styre forutsetter at medlemsorganisasjonene avgir egne høringsuttalelser.

DEL 1 – HOVEDMERKNADER

1. Opphavsmannens enerett – åvl. § 2

Vi ønsker her først og fremst å fremheve at Kopinor finner det ønskelig at Norge beholder internasjonal konsumpsjon, så sant dette er mulig. Dessuten anser vi at kriteriet ”utenfor det private området” ikke bør fjernes. Vi viser til begrunnelser og øvrige merknader til § 2 i del 2.

2. Utgivelseskriteriet – åvl. § 8 annet ledd

På side 34 i høringsnotatet sier departementet at en avtalelisens for bruk i undervisningsvirksomhet (§ 13) også vil omfatte nedlasting av materiale fra Internett. I lovteksten

Medlemsorganisasjoner

Den Norske Fagpresses Forening - Den Norske Forfatterforening - Den norske Forleggerforening - Forbundet Frie Fotografer - GRAFILL - Norges Fotografforbund
Norsk faglitterær forfatter- og oversetterforening - Norsk Journalistlag - Norsk Komponistforening - Norsk kritikerlag - Norsk Musikkforleggerforening
Norsk Oversetterforening - Norsk Redaktørforening - Norsk Ukepresse - Mediebedriftenes Landsforening - Norske Barne- og Ungdomsbokforfattere
Norske Billedkunstnere - Norske Dramatikeres Forbund - Norske Kunsthåndverkere - NOPA Norsk forening for komponister og tekstforfattere - Ny Musikks Komponistgruppe

Kopinor er medlem av

International Federation of Reproduction Rights Organisations (IFRRO)

oppretholdes kravet om at det kopierte materialet skal være utgitt. Hvis et materiale kun er tilgjengelig på Internett, vil det kunne hevdes at verket ikke er utgitt fordi det ikke er gjort tilgjengelig i form av fysiske eksemplar til den enkelte bruker. Kopinor anser at det vil være tilstrekkelig at verket er stilt til rådighet, for eksempel på Internett, for at det skal være tale om en utgivelse. Manglende klarhet på dette punktet kan ha store praktiske konsekvenser på Kopinors forvaltningsområde. For å avskjære en hver tvil foreslår vi derfor i del 2 en endring i § 8 annet ledd som trolig er mer i samsvar med departementets intensjoner, slik dette er uttrykt på høringsnotatets side 34. Vi viser her til kommentarene til ny § 13b.

3. Avgrensningen av eneretten og forvaltning av avtalelisenser – kap. 2

3.1 Lovlig kopieringsgrunnlag – merknader til § 11

Kopinor har fulgt den internasjonale diskusjonen om det, ved anvendelse av lovens låneregler, bør stilles som betingelse at eksemplarfremstilling eller tilgjengeliggjøring må finne sted på grunnlag av et lovlig eksemplar. Vi har også merket oss at departementet, på tross av motforestillinger, går inn for å ta inn et slikt krav i loven.

Rekkevidden av departementets forslag er uklart. På Kopinors hovedområde fremstiller brukerne ofte fotokopier med utgangspunkt i en allerede fremstilt fotokopi. Det vil i mange tilfeller være vanskelig, for ikke å si umulig, for brukeren å vite om originalen er et lovlig fremstilt eksemplar.

Kopinor er kjent med de utfordringer som rettighetshavere til audio- og audiovisuelle verk står overfor bl.a. i forbindelse med Internett. Kopinor støtter forslaget til endring i § 12 tredje ledd om forbud mot bruk av fremmed hjelp ved kopiering av musikk- og filmverk. Forslaget vil styrke de berørte rettighetshaveres muligheter til å håndheve sine rettigheter.

Spørsmålet er hva mer man oppnår i forhold til kopiering etter § 12 ved i tillegg å innføre et krav om lovlig kopigrunnlag. Man kan ikke se bort fra at et slikt krav kan få konsekvenser for den praktiske rettighetsforvaltningen. Den foreslåtte lovendringen vil også skape praktiske problemer for utforming av et privatkopieringsvederlag (se nedenfor).

Spørsmålet har videre sammenheng med bl.a. praktiseringen av åvl. § 12. Kopinor fastholder det samme prinsipielle standpunkt som vi gav uttrykk for i høringsbrev til Kulturdepartementet av 14.1.1994, hvor vi uttalte:

For øvrig ønsker vi å gi til kjenne at vi – i likhet med opphavsrettsutvalget – ser prinsipielle grunner som sterkt taler imot å innføre mer generelle begrensninger for den rent private kopieringen. I NOU 1983:35 s. 36 sier utvalget: "En eventuell håndheving av rettigheter her kan, hva enten det skjer individuelt eller kollektivt gjennom organisasjonene, støte an mot hensynet til privatlivets fred og den enkelte persons integritet. Praktisk sett er det heller ikke mulig å gjennomføre en kontroll innenfor den private krets det her er tale om."

I dag er det forbudt å legge ut opphavsrettslig beskyttet materiale på Internett uten opphavsmannens samtykke. Derimot har det hittil ikke vært noe uttrykkelig forbud mot å kopiere ulovlig materiale. Kopinor er enig i at det på det opphavsrettslige området, akkurat som ellers i samfunnet, burde være forbudt å dra nytte av andres lovbrudd. Imidlertid vil det for mange kategorier av verk som er tilgjengelige i digital form, ikke være mulig for brukeren å vite om det dreier seg om et lovlig eksemplar eller ikke. Det pågår for eksempel stadig rettstvister mellom opphavsmenn og utgivere om hvorvidt det foreligger samtykke til tilgjengeliggjøring av verk på renommerte nettsteder. På Internett finner man et meget stort antall tilforlidelige nettsteder som tilgjengeliggjør både tekst, og ikke minst fotografier og bilder, som ved nærmere undersøkelse viser seg å være lagt ut uten samtykke. Det kan ikke forventes at en ellers lovlydig borger vil ha mulighet til å gjennomføre undersøkelser som avklarer om man står overfor et lovlig eksemplar.

Lovregler av denne typen, som eventuelt brytes innen den private sfæren og som det derfor er meget vanskelig – for ikke å si umulig – å håndheve, men som samtidig stempler brukeren som lovbrøyer, kan komme til å bringe opphavsretten i vanry og skape skadelige spenninger i forholdet mellom rettighetshavere og brukere.

Etter omfattende debatt om disse spørsmålene besluttet den tyske forbundsdagen ved vedtak av endringer i åndsverkloven (april 2003) i denne omgang ikke å innføre krav om lovlig kopieringsgrunnlag. Saken vil bli vurdert på nytt ved neste lovendring.

I lys av ovenstående anmoder Kopinor departementet om i denne omgang å utsette forslaget. Siden Kopinor synes det er vanskelig å overskue konsekvensene av departementets forslag, ber vi om at det utredes grundigere. På grunnlag av en nærmere analyse vil Kopinor på nytt overveie sitt standpunkt til spørsmålet.

Det er som nevnt uklart om det er ønskelig med en regel som forbyr bruk av ulovlig kopieringsgrunnlag ved utnyttelse av de andre bestemmelsene i kap. 2. Vi viser til en nærmere drøfting av dette spørsmålet i del 2, der det også foreslås en alternativ lovtekst i tilfelle forslaget opprettholdes.

3.2 Tilgjengeliggjøring av verk (Internett) – merknader til § 11a

Unntaket fra eneretten i forslagens § 11a er ment å sikre adgang til ”browsing”. Det foreslås unntak fra eneretten for midlertidige eksemplar for ”lovlig bruk av åndsverk”. På bakgrunn av den utbredte oppfatning at materiale som tilgjengeliggjøres på Internett er å anse som ”fritt”, i den forstand at det i tilknytning til nettlæsingen kan fremstilles analoge og digitale eksemplar for å lette den enkeltes bruk av verket, ”implied license-doktrinen”, ville det være på sin plass med en drøfting av hvilke hjemler som vil være aktuelle for en slik lovlig bruk: Direkte samtykke samt avgrensings- og avtalelisensbestemmelser. Dette behandles nærmere i del 2, i omtalen av lovens kapittel 2.

3.3 Eksemplarfremstilling til privat bruk – merknader til § 12

Departementet presiserer i motivene at den foreslåtte lovendringen vil medføre en innstramning av retten til kopiering til privat bruk i den utstrekning det er tale om såkalt ”personlig yrkesmessig bruk”. Dette er selvsagt nødvendig dersom man i lys av *informasjonssamfunnsdirektivet*

skal avskjære et krav fra rettighetshaverne om et privatkopieringsvederlag for fotokopiering o.l. I vår høringsuttalelse til Kulturdepartementet av 3. april 2001 om et privatkopieringsvederlag redegjorde vi for de fradrag som gjøres i medhold av § 12 i det volum av beskyttede fotokopier som brukere i Norge betaler for gjennom avtaler med Kopinor. Vi kvantifiserte også fradrag-beløpet.

Kopinor er langt på vei innforstått med at det normalt ikke vil være grunnlag for noen kompensasjon for fotokopiering o.l. til privat bruk, slik det kommer til uttrykk på s. 31 i høringsutkastet. Vi mener imidlertid at det i så måte er helt avgjørende at den bebudede innstramningen i adgangen til kopiering til personlig yrkesmessig bruk kommer til uttrykk i lovteksten, og viser til forslaget til endret tekst til § 12 – nytt annet ledd i del 2. Vi foreslår også en noe endret lovtekst vedr. bruk av fremmed hjelp, se forslag til tredje ledd (nytt fjerde ledd) nedenfor.

I forbindelse med forslaget om et utvidet forbud mot bruk av fremmed hjelp kan det være grunn til å vurdere bestemmelser for å muliggjøre bruk av fremmed hjelp etter avtale med organisasjon kombinert med en avtalelisenshjemmel. Vi viser til nærmere omtale av dette i del 2.

3.4 Vederlag for eksemplarfremstilling til privat bruk – merknader til ny § 12a ff.

I høringsuttalelsen til Kulturdepartementet av 3. april 2001 dokumenterte vi at både regulær tekst, fotografier og andre illustrasjoner er gjenstand for digital kopiering og lagring i betydelig omfang.

Organisasjonene på det audiovisuelle området har gjennom undersøkelser kartlagt den omfattende kopieringen til CD-R, DVD o.l. Vi ønsker i tillegg å understreke den omfattende kopieringen som skjer til datamaskinenes harddisker. Vi påpekte i 2001 et interessant trekk ved en finsk undersøkelse (utført av Log.it), nemlig at "eksternt" materiale ikke først og fremst kopieres til CD-R. Kopieringsfrekvensen for "eksternt materiale" mht. lagringsmedium var som følger:

CD-R	30,8 %
Annan diskett	7,9 %
Datores hardskiva	52,8 %
Minidisc	8,5 %
Annat/vet inte	0,0 %
Sum	100,0 %

Mens brenning av CDer har vært i fokus hittil, bør dette eksemplet vise at harddisken er et minst like interessant og relevant lagringsmedium. Lagring av fremmed materiale på harddisk (52,8 %) forekommer ifølge den finske undersøkelsen altså oftere enn brenning av CDer (30,8 %).

En undersøkelse i Østerrike, utført av FESSEL GFK for forvaltningsorganisasjonene i landet, tar konkret for seg spørsmålet om lagring i selve datamaskinen. Rapporten viser bl. a. at 46 % av husstandene i Østerrike har minst én PC. Et representativt utvalg av husstandene med minst én PC er blitt kartlagt med hensyn til lagring av "fremmed materiale" på datamaskinenes harddisk. Dette gir følgende gjennomsnittlige prosentandel:

Musikk (lydfiler)	11 %
Spill	27 %
Dataprogrammer	33 %
Tekst	20 %
Foto	8 %
Video/film	1 %
Sum	100 %

Tekst og foto er spesifisert som stoff hentet fra aviser, tidsskrift, bøker, Internett osv. og utgjør her sammenlagt **28 %**. Til sammenligning utgjør musikk og film bare 12 %.

De nevnte undersøkelsene gir ikke noe klart svar på i hvilken utstrekning ”fremmed materiale” er lagret med eller uten samtykke. En må vel kunne anta at spill og datamaskin-programvare i større utstrekning er lagret med hjemmel i avtale, mens dette i mindre grad vil gjelde øvrige verkstyper.

Tallene i undersøkelsene indikerer imidlertid klart og tydelig at spørsmålet om kompensasjon for kopiering og lagring til privat bruk er like relevant i forhold til rettighetshavere til verk i form av tekst, noter, foto og annen illustrasjon som det er i forhold til rettighetshavere til verk i form av lydopptak og film.

Siden den gang er det gjennomført nye undersøkelser i forskjellige land som ytterligere bekrefter dette.

Vi må regne med at det skjer en omfattende nedlasting av tekst, noter, foto og annen illustrasjon til folks hjemme-PCer også i Norge. (Over $\frac{3}{4}$ av befolkningen har tilgang til og bruker regelmessig PC i hjemmet.) Noe av dette vil kopieres over på andre lagringsmedier, men man må anta at mye forblir på harddisken og utnyttes derfra. Denne lagrings- og utnyttelsesformen vil sannsynligvis øke i tiden fremover i takt med integrasjonen av Internett og kringkasting, og konvergensen mellom overførings-, opptaks-, avspillings- og lagringsteknologi. En står overfor omfattende utfordringer med å kartlegge omfanget av slik bruk i forbindelse med en vederlagsordning for privatkopiering. Dersom det i tillegg skal anslås hvor stor andel av dette materialet som ikke skriver seg fra et lovlig kopieringsgrunnlag, med sikte på avkorting av vederlaget, står man overfor nærmest uoverstigelige problemer. Man risikerer dessuten en urimelig avkorting av vederlaget sett i forhold til faktisk bruk.

Kopinor har merket seg at departementet i lovteksten i første omgang tar sikte på å kompensere rettighetshavere til audio- og audiovisuelle verk (forslag til § 12b), men at det i loven sikres en hjemmel for at også andre rettighetshavere gjennom forskrift kan bli delaktige i vederlagsordningen. Kopinor mener at de øvrige rettighetshaverne så snart som mulig må inkluderes i ordningen.

Det bør i lovteksten klargjøres at deler av vederlaget kan fordeles kollektivt til alle potensielle mottakergrupper. Kompensasjon for privat bruk av tekst, noter, foto og annen illustrasjon som bl.a. lagres på harddisk, vil neppe kunne fordeles individuelt. På dette området har man ikke samme tilgang til informasjon om bruk av verk i det norske samfunnet som man har for bruk av audio- og audiovisuelle verk. Hele vederlaget bør derfor kunne fordeles kollektivt.

I del 2 foreslås endringer i bestemmelsene i denne delen av lovutkastet som berører noen av disse spørsmålene.

Kopinor synes ikke at betalingsformen er avgjørende. Det viktige er at betaling finner sted i tråd med informasjonssamfunnsdirektivets forutsetninger.

3.5 Generelt om avtalelisenser og tvangslisenser

3.5.1 Konvensjonsforpliktelser

Departementet synes å forankre innføringen av nye avtalelisenser i informasjonssamfunnsdirektivets fortale pkt. 18 og å overlate til forvaltningsorganisasjonene, ved inngåelse av avtale med brukere, å tolke rekkevidden av konvensjonsforpliktelsene. Kopinor finner dette utilfredsstillende og anmoder om nærmere retningslinjer om dette spørsmålet i lovmotivene. (Se del 2, pkt. 3.2.)

3.5.2 Muligheten for å nedlegge forbud

Ved innføring av nye avtalelisenser, særlig på det digitale området, bør det drøftes nærmere om en rettighetshaver bør kunne nedlegge forbud mot bruk av hans/hennes verk. Departementet foreslår en slik forbudsrett kun i forslaget til ny § 30a om bruk av materiale i kringkastingsarkiver.

Kopinor mener at en forbudsrett også må innarbeides i forslaget om utvidelse av § 18, dog ikke for samleverk bestemt for undervisning, dersom man går videre med dette forslaget.

3.5.3 Fordeling av vederlag

Når det gjelder fordeling av vederlag for kopiering av beskyttet materiale, anser Kopinor at det er rettighetshaverne gjennom deres organisasjoner som må bestemme om dette skal skje kollektivt eller individuelt ut fra en hensiktsmessighets- og rimelighetsvurdering. Opphavsretten er individuell og individuell avregning er selvsagt hovedregelen. Hensynet til brukerne og til kostnadene ved innkreving og fordeling kan tilsi at fordelingen bør kunne skje kollektivt, slik loven i dag åpner for. Både i Sverige, Finland, Island og Norge har man valgt kollektiv fordeling av kopivederlag. Dette er med dagens teknologi en kostnadseffektiv og brukervennlig løsning.

Når det gjelder en mulig avtalelisens for bruk i samleverk (til avløsning av tvangslisensen i dagens § 18), bør det presiseres at vederlaget normalt bør fordeles individuelt fordi vi her står overfor en typisk forlagsmessig utnyttelse hvor individuell avregning vil være mulig. Nedenfor drøfter vi om tvangslisensen for undervisning og gudstjenestelig bruk bør opprettholdes for analog bruk. Kopinor fordeler i dag vederlag for bruk av verk til eksamen etter tvangslisensen i dagens § 18, som er foreslått flyttet til ny § 13a, på individuelt grunnlag.

3.5.4 Administrasjon av tvangslisenser og avtalelisenser

I del 2 finnes en nærmere drøftelse av visse sider av dette spørsmålet. Da Kopinor påtok seg administreringen av tvangslisensen for bruk av verk til eksamen, medførte dette en betydelig økning i betalingen til rettighetshaverne. Kopinor har brakt i erfaring at praktisering av tvangslisensen i dagens § 18, f.eks. hva angår sang- og salmebøker utgitt av trossamfunn, ofte er preget av at utgiveren ikke makter å oppspore rettighetshaver og at vederlag for disses del forblir

ubetalt. Det føres heller ikke tilsyn med NRKs utbetalinger av vederlag etter avtalelisensen i åvl. § 30.

I tysk lov gis forvaltningsorganisasjonene en plikt til å administrere tvangslisenser. Administrasjon av avtalelisenser og tvangslisenser i Norge vil kunne skje enten gjennom tilsyn med brukere, eller ved at bruker betaler med befriende virkning til forvaltningsorganisasjonen, som dernest står for utbetalingen til rettighetshaver.

Departementet knytter i sitt forslag alle avtalelisenser til fellesbestemmelsene om avtalelisens. Dette innebærer en reell endring i forhold til § 30, der det ikke har vært noe krav om godkjenning. På Kopinors område har det ikke vært krav om en felles organisasjon, slik som i § 34. I stedet har medlemsorganisasjonene på opphavsmannssiden, såvel som Kopinor, blitt gjenstand for godkjenning. Den nye formuleringen i § 38, ”*en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge*”, stiller opp et krav som, såvidt vi kan forstå, bare forvaltningsorganisasjonene kan imøtekomme.

Hvis vederlaget betales gjennom en forvaltningsorganisasjon, og rettighetshaver ikke lar seg oppspore, har forvaltningsorganisasjonen mekanismer for å fordele vederlaget kollektivt.

Disse momentene bør drøftes og vurderes nærmere ved fremsettelse av proposisjonen i lys av at Norge har seks forvaltningsorganisasjoner på opphavsrettsområdet.

3.6 Eksemplarfremstilling i undervisningsvirksomhet – utkastet § 13

Vi formoder at utkastet § 13 fortsatt skal gjelde tidsforskutt bruk av verk som inngår i *kringkastingssending* og foreslår i del 2 at dette bør klargjøres i lovteksten.

Utkastet § 13b inneholder en avtalelisens for bruk av verk i undervisningsvirksomhet, herunder ved digital kopiering. I merknadene til denne paragrafen i del 2 tar vi opp til drøfting utgivelseskriteriet og behovet nevnt ovenfor for å endre § 8.

Videre anfører vi at utkastets § 13b må ses i sammenheng med utkastet §§ 18 og 24. Vi ber om at det i lovmotivene klargjøres at eksemplarfremstilling etter § 13b ikke kan ha en forlagsmessig karakter.

Tilgjengeliggjøring gjennom nettverk reiser særskilte spørsmål, bl.a. om offentlig fremføring i undervisning. For å klargjøre fremføringsaspektet, foreslår vi i del 2 en alternativ lovtekst til § 13b første ledd.

3.7 Avtalelisens for bruk av verk i institusjoner, ervervsvirksomheter m.v. – utkastet § 14

I tillegg til fotokopiering m.v. (dagens § 14) tas det sikte på at avtalelisensen også skal omfatte digital kopiering, herunder tilgjengeliggjøring i lukkede, virksomhetsinterne datanett. Vi vil anføre at en endret § 14 bør begrense adgangen til å gjøre opptak av filmverk, parallelt med utkastets § 13b, samtidig som paragrafen bør gi mulighet for opptak av verk i kringkastingssending til intern bruk i virksomheter. Slike opptak er etterspurt og gjøres i dag uten samtykke fra rettighetshaver. Vi viser ellers til drøftelsen i del 2.

3.8 Eksemplarframstilling i arkiv, bibliotek m.v. – utkastet § 16 og ny § 16a

Kopinor er generelt tilfreds med departementets forslag. Utvidelsen av fribruksreglene i utkastets § 16 til også å omfatte undervisningsinstitusjoner bør imidlertid drøftes nærmere, og det bør i lovmotivene klargjøres at § 16 ikke hjemler eksemplarframstilling som ellers ville kunne skje på grunnlag av eksisterende eller fremtidige avtalelisensbestemmelser.

Vi synes det er uklart hvorfor departementet foreslår dagens formulering ”konserverings- og sikringsformål og andre særskilte formål” endret til ”nærmere angitte formål”. Kopinor anbefaler at dagens formålsangivelse beholdes, eventuelt supplert med ”særskilte forsknings- og studieformål”.

I utkastets § 16a foreslås en avtalelisensbestemmelse for bibliotek. Det bør fremgå av lovteksten at eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring av verk er begrenset til utgitt materiale som finnes i bibliotekenes samlinger. Den utnyttelsen som skjer etter avtale med rettighetshaverne bør etter Kopinors syn også kunne omfatte noter såvel som pliktavleverte eksemplarer.

Avtaler mellom bibliotekene og rettighetshaverne vil også kunne regulere bibliotekenes dokumentasjonstjenester, det vil si der det tilrettelegges for en systematisk kopieringsvirksomhet. Åvl. §§ 12 og 16 hjemler ifølge lovmotivene ikke slike tjenester.

Ellers viser vi til de spørsmål som reises i del 2.

3.9 Bruk av verk for funksjonshemmede – §§ 17 til 17b

I del 2 foreslås visse omformuleringer og en viss omredigering av paragrafen som forhåpentligvis kan virke klargjørende.

3.10 Avtalelisens for bruk av samleverk – § 18

Dagens tvangslisens for samleverk for bruk i undervisning og gudstjeneste er teknologinøytral, og kommer derfor i konflikt med *informasjonssamfunnsdirektivet* for så vidt gjelder digitale samleverk. Departementet foreslår uten særlig drøfting av saken at dagens tvangslisens for undervisnings- og gudstjenestebruk erstattes av en avtalelisens for samleverk i sin alminnelighet.

Kopinor anmoder departementet å vurdere om ikke tvangslisensen bør opprettholdes for framstilling av analoge samleverk.

Forslaget om en avtalelisens bør klargjøres nærmere. Det er her tale om en kommersiell utnyttelse av verk. Avtalelisensen bør begrenses til utgitte, respektive for kunstverk og fotografiske verk, offentliggjorte verk, og opphavsmannen må gis en rett til å nedlegge forbud mot bruk av hans/hennes verk utenfor undervisningsområdet. Vi viser ellers til synspunktene under pkt. 3.5 ovenfor samt til den detaljerte drøftelsen av departementets forslag i del 2. Vi imøteser en nærmere drøftelse av problemstillingene som tas opp her i proposisjonen.

3.11 Fremføring av verk i undervisning m.v. – § 21

Som for § 17 foreslås en omformulering av unntakene for ervervsmessig undervisning.

3.12 Gjengivelse av kunstverk, fotografiske verk og byggverk m.v. – § 23

I utkastet § 23 første punktum har departementet søkt å opprettholde gjeldende fribruksregel for bruk av verk i kritisk eller vitenskapelig fremstilling som ikke er av allmennopplysende karakter, dog slik at regelen tilpasses *informasjonssamfunnsdirektivets* krav om at den frie bruken skal ha et ikke-ervervsmessig formål. Dessuten drøftes forholdet til sitatretten i § 22 og om fribruksregelen bør opprettholdes for bruk i analog form.

Dagens tvangslisensbestemmelse i § 23 annet punktum foreslås i utkastet opphevet og erstattet av en avtalelisens. Vi utelukker ikke at det kan være hensiktsmessig å beholde tvangslisensbestemmelsen for analog bruk og ser gjerne at dette blir vurdert nærmere av departementet.

Det kan også være ønskelig at departementet drøfter praktiseringen av de foreslåtte avtalelisensene, som også skal omfatte fotografiske verk, i lys av dagens system for kollektiv rettighetsforvaltning i Norge.

3.13 Andre spørsmål

I del 2 reises en rekke andre spørsmål og det foreslås forslag til lovtekst på flere punkter. Vi viser til omtalen av utkastets § 30 og § 30a samt drøftelsen om nærstående rettigheter. Disse punktene er av mer lovteknisk art og oversendes som et bidrag til det videre arbeidet med loven.

4. Nytt kap. 2a – Fellesbestemmelser om avtalelisens

Kopinor har ingen merknader til de foreslåtte endringer i §§ 36 til 38b. På side 73 vises det til et forslag til endringer i §§ 37 og 45b. Disse synes uteglemt i lovforslagene. Det er her neppe tilstrekkelig med en endring i forskriftene.

5. Nytt kap. 6a – Bestemmelser til vern for tekniske beskyttelsessystemer og elektronisk rettighetsinformasjon

Kapittelet tar sikte på å gjennomføre *informasjonssamfunnsdirektivets* artikkel 6 og 7. Motivene er, ikke overraskende, til dels vanskelig tilgjengelige. Forslagene til lovtekst er også vanskelige. I del 2 foreslås alternativ ordlyd til §§ 53a, 53b samt til 53d annet ledd.

6. Overgangsbestemmelser

Vi har tidligere påpekt at uttrykket ”utenfor det private området” bør opprettholdes i § 2. Det samme gjelder for § 60.

Vi mener at de foreslåtte overgangsreglene på de områder hvor fri bruk eller tvangslisens erstattes av avtalelisens bør vurderes på nytt, og fremmer synspunkter på dette i del 2.

DEL 2 – LOVTEKNISKE MERKNADER, ALTERNATIVE FORSLAG TIL LOVTEKST M.M.

1. Innledning

I den generelle omtalen innledningsvis om informasjonssamfunnsdirektivet og WIPO-konvensjonene vil det være en fordel om man, i stedet for å omtale ”making available right” etter direktivet artikkel 3 som en rett til å gjøre verket eller arbeidet ”tilgjengelig for allmennheten”, konsekvent bruker det danske direktivets uttrykk ”tilrådighetsstilling for allmennheten”, slik departementet gjør i sitt forslag til endring av åvl. § 2 tredje ledd. Dette uttrykket er meget dekkende fordi det nettopp markerer den mer aktive rolle som den enkelte brukeren utøver ved selv å velge sted og tidspunktet for sin tilgang til verket, i motsetning til den mer passive brukeren ellers har når verket gjøres tilgjengelig. Dessuten unngår man enhver sammenblanding med ”tilgjengeliggjøring for allmennheten” samtidig som begrepet språklig flyter bedre enn begrepet ”tilgjengeliggjøring for allmennheten på forespørsel” som det forsøksvis legges opp til i høringsnotatet. (Uttrykket ”rett til tilgjengeliggjøring på forespørsel” gir snarere assosiasjoner til brukerens rett enn til opphavsmannens rett.) Departementet bør nok være konsekvent og ikke som i høringsnotatet bruke dels ”tilgjengeliggjøring for allmennheten”, se side 12 om WPPT, og dels ”tilgjengeliggjøring på forespørsel”, se notatet side 11 om WCT og side 13 om informasjonssamfunnsdirektivet, om samme fenomen, uansett hvor inkonsekvent begrepsbruken er de nevnte instrumentene imellom.

2. Opphavsmannens enerett – åvl. § 2

2.1. Eksemplarframstillingsretten

I høringsutkastet foreslås presisert i § 2 første ledd at eksemplarframstillingsretten skal omfatte det å fremstille ”varig eller midlertidig eksemplar” av verket. Dette er ifølge departementet nødvendig for å markere en endring i forhold til gjeldende rett. Departementets syn på hva som er gjeldende rett baserer seg i så måte på dets egne bemerkninger i ettertid til lovteksten slik den ble vedtatt i 1961. Departementets tolkning av gjeldende rett er omstridt, hvilket burde ha vært nevnt. På grunn av departementets uttalelser om dette i tidligere lovforarbeider, første gang i Ot.prp. nr. 85 (1997-98), er det antakelig tilrådelig å foreta en slik presisering i selve lovteksten. Definisjonen av hva som regnes som eksemplarframstilling bør imidlertid av lovtekniske så vel som pedagogiske grunner samles på ett sted, nemlig i § 2 annet ledd. En tilleggsbegrunnelse her

er hensynet til henvisningene til § 2 i kapittel 5-bestemmelsene med hensyn til hva som forstås med eksemplarframstilling hhv. tilgjengeliggjøring for allmennheten, sml. nedenfor punkt 4.1. Etter dette bør presiseringen i § 2 første ledd til ”varig eller midlertidig” eksemplar utgå og § 2 annet ledd lyde slik:

”Eneretten til eksemplarframstilling omfatter framstilling av så vel varig som midlertidig eksemplar av verket. Som framstilling av eksemplar regnes også overføring til innretning som kan gjengi verket.”

2.2. Tilgjengeliggjøring for allmennheten

2.2.1 Spredningsretten

I omtalen av spredningsretten gjør departementet gjeldende at Norge etter EØS-avtalen ikke er forpliktet til å la spredningsretten konsumere etter bestemmelsen i informasjonssamfunnsdirektivets artikkel 4.2. Departementet redegjør ikke nærmere for begrunnelsen for dette standpunkt, men det synes å bygge på en antakelse om at det vil bli vedtatt en særordning for EØS, hvilket foreløpig ikke er på plass. Konsumpsjonsbestemmelsen i informasjonssamfunnsdirektivets artikkel 4.2 er likelydende med konsumpsjonsbestemmelsen i utleiedirektivet vedrørende utøvende kunstneres og fonogram- og filmprodusenters spredningsrett til opptak (artikkel 9.2). Dette direktivet ble gjennomført i 1995 i åvl. § 42. Departementet kommenterer ikke den endringen av holdning til rekkevidden av EØS-forpliktelsene som forslaget synes å innebære sammenlignet med hva som var tilfelle i 1995. Heller ikke gir departementet uttrykk for noen vurdering av reale hensyn som skulle begrunne forskjellsbehandling mellom på den ene side verk og på den annen side opptak som utøvende kunstnere og tilvirkere har rettigheter til.

2.2.2 Visningsretten

Mens eksemplene i de alminnelige motivene på fremvisningssituasjoner som ikke skal regnes som visning av eksemplar, alle har det til felles at verket formidles ved hjelp av en teknisk innretning som kan gjengi verket, nevnes i spesialmerknadene til bestemmelsen også projisering av film m.v. på lerret. Dette siste tyder på at det er departementets hensikt at også fremvisning av bilder i analog form gjennom projisering – typisk projisering av lysbilder – skal regnes som fremføring av verket, ikke som visning av eksemplar, noe som nok representerer en endring i forhold til gjeldende rett. Man bør for så vidt – iallfall av pedagogiske hensyn – overveie en presisering som i det finske lovforslaget ifølge regjeringsproposisjon (RP) 177/2002 rd, dvs. slik at det fremgår uttrykkelig av lovteksten at retten til visning av eksemplar bare dekker visning som skjer uten bruk av tekniske hjelpemidler.

Uansett bør omtalen av visningsbegrepet føre til at innholdet av § 20 drøftes nærmere. Om projisering av stillbilder faller utenfor visningsbegrepet, vil det få følger for den praktiske rekkevidden av bestemmelsene om visning i § 20. Av særlig interesse for så vidt er forholdet mellom bestemmelsene der om visning av eksemplar i forbindelse med offentlig undervisning og bestemmelsene om offentlig fremføring i undervisning i § 21. Dessuten vil under enhver omstendighet bestemmelsen i § 20 i.f. neppe lenger ha noen reell mening sett i lys av § 2.

2.2.3 Fremføringsretten

Den utforming som forslaget til nytt tredje og fjerde ledd innebærer med hensyn til angivelse av rekkevidden av innholdet av fremføringsretten, synes å være pedagogisk og på andre måter hensiktsmessig.

I første avsnitt under høringsnotatets pkt. 3.2.3 og siste avsnitt side 21 omtaler departementet ”brukersituasjonen” når en datamaskin med Internett-tilgang stilles til rådighet for allmennheten – for eksempel i et bibliotek eller en Internettkafé – og drøfter om dette innebærer en tilgjengeliggjøring av verk og arbeider for allmennheten. Departementet synes å betrakte dette alene som et spørsmål om brukersituasjonen som sådan må betraktes som værende utenfor det private område og derfor betinger samtykke fra rettighetshavere til verk og arbeider som er tilgjengelig på nettet. Spørsmålet her er vel snarere om dette overhodet kan betraktes som et tilfelle av at biblioteket, kaféen m.v. selvstendig *tilgjengeliggjør* verk og arbeider eller medvirker til det, enn om det skjer utenfor det private område. Situasjonen atskiller seg fra der hvor det stilles opp radio- eller fjernsynsmottaker, ved graden av interaktivitet mellom bruker og medium – og dessuten ved at terminalen kan brukes også for andre formål enn å få tilgang til opphavsrettslig vernede verk og arbeider.

2.2.4 Fjerning av kriteriet ”utenfor det private område”

Forslaget om å fjerne dette kriteriet er begrunnet med at det samme kriterium ikke inngår i de øvrige nordiske lands lover og må anses som overflødig. Det presiseres i høringsnotatet at man ikke med dette tar sikte på å gjøre en realitetsendring.

Det er generelt uheldig å endre en lovtekst når hensikten ikke er å foreta en endring av realiteten, og endringen heller ikke bringer større klarhet med hensyn til bestemmelsens innhold. Denne formuleringen i gjeldende lov er av pedagogiske hensyn meget gunstig, fordi kriteriene ”allmennheten” og ”offentlig” av den ikke spesialkyndige leser lett oppfattes som en bredere krets enn ”utenfor det private område”. Dette er noe av bakgrunnen for at den norske lovgiver i 1961, vel vitende om at man derved avvek fra de tilsvarende lovbestemmelser i de andre nordiske land, valgte å ta inn denne formuleringen.

Det er antakelig også en reell forskjell mellom norsk rett og øvrige nordiske lands rett på dette punkt. En del fremføringssituasjoner som i de andre nordiske land ikke vil bli ansett å innebære at verket gjøres tilgjengelig for allmennheten, faller nok i Norge inn under eneretten. Dette ser man særlig klart ved at det i de andre nordiske lands lovers § 2 nemlig angis at som offentlig fremføring anses også fremføring i en ervervsvirksomhet, som skjer for en større sluttet krets som ellers måtte anses som ikke offentlig. Det synes som om denne bestemmelsen gir rom for at fremføring for en sluttet krets oftere enn etter norsk rett vil anses for ikke å utgjøre en offentlig fremføring. Etter norsk rett er det et vilkår for at slike fremføringstilfelle skal falle utenfor eneretten, at den aktuelle kretsen kan karakteriseres som familie-, venne- eller omgangskrets i forhold til den som står for fremføringen. Det kan således virke villedende når departementet i merknadene til åvl. § 21 (høringsnotatet side 45) nevner bare forelesninger som er åpne for publikum i sin alminnelighet (dvs. at man ikke må være påmeldt et kurs m.v.) som eksempel på offentlig fremføring i undervisning. Fremføring under et lukket seminar som universitetet holder, vil ofte(st) være en offentlig fremføring.

Den høyst opplysende presiseringen at det er tilgjengeliggjøring for allmennheten når tilgjengeliggjøringen skjer ”utenfor det private område”, bør derfor opprettholdes. At loven i kapittel 2 bruker begrepet ”offentlig fremføring”, vil i praksis bli lest i lys av § 2. Ved forslaget nedenfor skulle for øvrig denne koblingen bli ytterligere tydeliggjort.

2.2.5 Bestemmelsens utforming

På bakgrunn av ovenstående foreslås at § 2 tredje ledd endres slik:

”Verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når det fremføres utenfor det private område, eller når eksemplarer av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres eller uten bruk av teknisk hjelpemiddel vises utenfor dette område. Som offentlig fremføring regnes også overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder kringkasting og at verket stilles til rådighet for allmennheten på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.”

3. Kapittel 2 – Avgrensning av eneretten og forvaltning av rettigheter ved avtalelisens

3.1 Innledning

Departementets drøftelser av kapittel 2-bestemmelsene tar utgangspunkt i informasjonssamfunnsdirektivets liste over tillatte unntaksbestemmelser. Denne listen er uttømmende bare for så vidt gjelder digital bruk, idet eksisterende avgrensingsbestemmelser kan beholdes for den analoge brukens del (artikkel 5.3(o)). Det kan være berettiget å ha mer innskrenkede avgrensingsbestemmelser hva gjelder digital bruk av verk, fordi slik bruk muliggjør tilegnelse av verk løsrevet fra den sammenhengen som det blir presentert i og som begrunner avgrensingsregelen, og fordi faren for misbruk (ulovlig bruk) er større ved denne type utnyttelse enn ved analog utnyttelse.

Departementet har imidlertid valgt ikke å benytte seg av artikkel 5.3(o) der hvor gjeldende bestemmelser om fri bruk eller tvangslisens dekker så vel analog som digital bruk, men etter direktivet ikke eller bare delvis vil kunne videreføres for digital bruk. Begrunnelsene bak de gjeldende bestemmelser varierer noe. Noen er begrunnet med praktiske problemer ved klarering av rettigheter, andre er begrunnet med at manglende samtykke til bruk ikke skal kunne hindre den aktuelle bruken. Det siste er typisk tilfelle for sitatreglene, for gjengivelse i vitenskapelig eller kritisk sammenheng eller bruk bestemt for undervisning. Dette ”sensurhensynet” er ikke drøftet av departementet når det foreslår gjeldende bestemmelser erstattet med avtalelisensbestemmelser med virkning også for analog bruk. Det er lite tenkelig at bruk som etter gjeldende lov kan skje uten samtykke, ikke vil bli dekket inn av avtaler som vedkommende forvaltningsorganisasjoner inngår. Men det vil ta tid å få et avtaleverk på plass, og man vil være avhengig av at det foreligger organisasjoner som kvalifiserer for godkjennelse etter § 38a og som faktisk blir godkjent. Dette er forhold som departementet ikke uttaler seg om, selv ikke i forbindelse med overgangsbestemmelsene. Overgangsbestemmelsen III.2b setter et skjæringspunkt som nok ligger for tidlig skal man sikre at ikrafttredelsen av lovendringene ikke kommer til å innebære et brysomt avbrudd i slik adgang til å bruke verk uten samtykke fra rettighetshaver, som gis ved reglene om fri bruk og om tvangslisens, som i notatet foreslås erstattet med avtalelisensbestemmelser. Se nærmere om dette nedenfor under punkt 6.

Enkelte av de gjeldende bestemmelser om fri bruk og om tvangslisens er praktiske for ganske tilfeldig bruk. Det gjelder f.eks. bestemmelser i åvl. § 23 første ledd om gjengivelse av verk og fotografiske bilder; de kan være aktuelle i forbindelse med enkeltstående foredrag eller en enkelt artikkel. Sammenholdt med bestemmelser om fri bruk eller tvangslisensbestemmelser kan en avtalelisensordning i slike tilfelle fremstå som uforholdsmessig byrdefull sett med brukerens øyne. Også dette er forhold som kan tale for å opprettholde for analog bruk enkelte av bestemmelsene om fri bruk hhv. tvangslisens, som nå foreslås erstattet med avtalelisensbestemmelser.

Departementet foreslår at man i avgrensingsbestemmelser som tillater eksemplarfremstilling, også tar inn bestemmelser om adgang til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Dermed fraviker man det system som hittil har vært fulgt i kapittel 2-bestemmelsene, nemlig å la dette fremgå indirekte av formålet som eksemplarene tillates fremstilt for. Slike presiseringer synes unødvendige og gjør gjennomgående lovtekstene ytterligere vanskelig tilgjengelige. De må derfor frarådes.

Velges først den tilnæringsmåten som departementet foreslår, må den gjennomføres konsekvent i samtlige bestemmelser i kapittel 2 der den vil være aktuell – noe departementet ikke har påsett (sml. for eksempel utkastet §§ 16, 17, 17a, 17b, 18 og 24.) Utformingen av slike tilføyelser der de er foreslått i høringsutkastet vil bli kommentert nedenfor.

Departementet foreslår å begrense kapittel 2 til å omfatte §§ 11 t.o.m. 35 og gi kapitlet overskriften ”*Avgrensning av opphavsretten og forvaltning av rettigheter ved avtalelisens*”.

Uansett hva man måtte mene om avtalelisensenes ”rettslige natur” er det et faktum at det for utenforstående rettighetshavere er tale om en avgrensning av den eneretten vedkommende har etter § 2 (hhv. av retten etter en kapittel 5-bestemmelse). Opphavsretten etter § 2 er ikke bare en forbudsrett, den er en positiv rett til å velge å gi – eller å nekte – tillatelse til bruk. Avtalelisensbestemmelsene utelukker dels gjennom rettslige regler, som i § 34, dels gjennom det praktiske liv, at den utenforstående opphavsmann gir tillatelse på andre (strengere) vilkår enn dem som gjelder etter avtalen som utløser avtalelisens. Dertil kommer at med unntak av lovens § 30 og lovutkastets § 30a er opphavsmannen ikke sikret en adgang til å nedlegge forbud. I stedet for å tilsløre konsekvensen av avtalelisensbestemmelsene for den individuelle rett som loven tillegger opphavsmannen hhv. nærstående rettighetshaver, bør departementet fremme avtalelisenssystemet som en ordning som gir større konvensjonsrettslig så vel som politisk rom for å begrense opphavsrett hhv. nærstående rettigheter enn når man velger virkemidlene tvangslisens eller bestemmelser om fri bruk.

Kapitteloverskriften til kapittel 2 bør således ikke endres, med mindre man velger å unnlate å skille ut bestemmelsene i §§ 36 t.o.m. 38b og ønsker å markere i kapitteloverskriften at også fellesreglene for tvangslisens- og avtalelisensene er med her. Dersom man ønsker å holde de prosessuelle reglene atskilt fra selve avgrensingsbestemmelsene, bør samtlige prosessuelle regler samles i et kapittel 2a, således også § 35.

3.2 Særlig om avtalelisensløsningene

3.2.1 Generelt om avtalelisensbestemmelsenes utforming og rekkevidde

I høringsnotatet savnes en drøftelse av avtalelisensbestemmelsens nærmere innhold på de nye områder der denne løsningen foreslås.

Når bortses fra avtalelisens for gjenbruk av opptak i kringkastingsforetakenes samlinger, drøftes ikke i noe tilfelle om opphavsmannen i loven bør sikres en rett til å nekte den aktuelle bruken.

Man drøfter heller ikke om noen av avtalelisensbestemmelsene som foreslås, bør omfatte en bestemmelse om at rettighetshaveren har krav på individuelt vederlag, selv hvor avtalelisensbestemmelsen erstatter en tvangslisens som jo alltid gir rettighetshaveren et slikt krav. I mangel av en slik bestemmelse i den enkelte avtalelisensbestemmelsen foreligger ingen garanti for at det på vedkommende område etableres individuell avregning direkte fra bruker eller fra forvaltningsorganisasjon, eller at en individuell avregningsordning utformes slik at brukeren eller forvaltningsorganisasjonen får en plikt til aktivt å finne frem til og betale vederlag til vedkommende rettighetshaver. Heller ikke vil det foreligge noen garanti for at det etableres ordninger som innebærer en registrering eller rapportering mht. bruken, som legger forholdene til rette for individuelle krav. Rettighetshaveren henvises for så vidt etter åvl. § 37 annet ledd til selv å ta initiativet til å få utbetalt vederlag og må rette sitt krav i så henseende mot organisasjonen. Denne overgangen – fra tvangslisensbestemmelser som gir brukeren en plikt til aktivt å søke frem til rettighetshaveren og betale vederlag til ham eller henne, til å overlate ordningen med hensyn til vederlagsbetalingen til en organisasjon som etter departementets mening ikke har plikt på seg til å etablere ordninger for individuell avregning, men kan overlate til den enkelte rettighetshavers initiativ å fremme krav – er, tross endringens prinsipielle karakter, ikke nærmere kommentert i høringsnotatet.

Departementet omtaler (høringsnotatet side 7) avtalelisensordningen som en ordning som innebærer kollektiv forvaltning av vederlag, uten at det er presisert hvorvidt man med dette mener kollektiv innkreving eller også kollektiv fordeling. Ingen av delene er en nødvendig følge av avtalelisensordningen. Forvaltningsorganisasjonen står ifølge § 37 fritt til å bestemme hvordan det skal forholdes med vederlagsbetalingen. En avtalelisensordning også etter denne bestemmelsen kan kombineres med individuell avregning til rettighetshaver direkte fra bruker – tilsvarende som etter åvl. § 30 – eller avregning gjennom forvaltningsorganisasjon på samme måte som ved TONOs frivillige rettighetsforvaltning basert på overførte rettigheter etter åvl. § 2 og Gramos tvungne forvaltning av vederlagsretten etter åvl. § 45b.

Departementet drøfter ikke mulige økonomiske konsekvenser for brukerne av en endring av gjeldende tvangslisensregler til avtalelisensbestemmelser, selv for så vidt avtalelisensbestemmelsene forutsettes praktisert ved kollektiv innkreving og fordeling av vederlag.

Departementet har videre unnlatt å vurdere de foreslåtte avtalelisensbestemmelsenes forhold til Bernkonvensjonen, TRIPS-avtalen og Romakonvensjonen og fremtidige forpliktelser i forhold til WCT og WPPT. Departementet nøyer seg med å vise til direktivets fortale punkt 18, hvorefter *informasjonssamfunnsdirektivet* ikke ”berører ordningene i medlemsstatene om forvaltning af rettigheder såsom avtalelicenser”.

Status og rekkevidde av uttalelser i fortalen til et direktiv er uviss. EFTA-domstolen og ECJ vil stå ganske fritt her. Rekkevidden er tvilsom bl.a. når det gjelder spørsmålet om det er en forutsetning at utenforstående rettighetshavere har rett til å nekte den aktuelle bruken, og om det gjelder visse forutsetninger med hensyn til etablering av ordninger som gir grunnlag for individuell fordeling av vederlag, slik at utenforstående ikke bare henvises til å sannsynliggjøre sitt krav. Et grunnleggende spørsmål her er om rettighetshaveren forutsettes å ha adgang til å være tilsluttet organisasjon som forvalter avtalelisensbestemmelsen på vedkommende område. Det er ikke uten videre gitt at det i så måte er tilstrekkelig at åvl. § 38b endres dit hen at organisasjon som godkjennes etter denne bestemmelsen, skal representere en vesentlig del av opphavsmennene til de verk som brukes på vedkommende område i Norge. Spørsmålet er særlig praktisk i forhold til opphavsmenns og utøvende kunstners arvinger.

Punkt 18 i direktivets fortale gjelder under enhver omstendighet bare forholdet til direktivforpliktelsene. Spørsmålet om forholdet til øvrige internasjonale forpliktelser må baseres på tolkningen av den enkelte konvensjon. I den forbindelse skal nevnes at etter direktivets fortale punkt 44 skal unntaks- og avgrensingsbestemmelsene i direktivet utøves i samsvar med konvensjonsforpliktelsene.

Fraværet av en nærmere konvensjonsrettslig og kulturpolitisk drøftelse av avtalelisensbestemmelsene og deres nærmere utforming og praktisering er desto mer påfallende tatt i betraktning av departementet foreslår flere avtalelisensbestemmelser med sikte på kommersiell utnyttelse, også for anvendelser som faller utenfor området for de særskilte fribruks- eller tvangslisenshjemler i konvensjonene (som f.eks. Bernkonvensjonens artikkel 11 bis om kringkasting m.v.). Særlig savnes en drøftelse i forhold til de spesielle bestemmelsene om retten til filmverk i Bernkonvensjonens artikkel 14 og 14 bis, som omfatter fremføringsrettigheter og ikke inneholder hjemler for "compulsory license".

Når ovennevnte forhold ikke er nærmere drøftet i departementets høringsutkast, er det nærliggende å slutte at departementet overlater til organisasjonene å påse at avtaler som inngås med avtalelisensvirkning, realiserer en balansering av den enkelte rettighetshavers interesser på den ene siden og samfunnets interesser (brukerinteressen) som er forenlig med norsk kulturpolitikk og Norges EØS-rettslige forpliktelser så vel som Norges konvensjonsrettslige forpliktelser etter Bernkonvensjonen, TRIPS-avtalen og Romakonvensjonen samt i fremtiden også etter WCT og WPPT. Når bortses fra de særskilte regler som gjelder for visse typer verk eller bruk av verk, er det særlig tretrinnssteden etter Bernkonvensjonens artikkel 9 (2) og TRIPS-avtalens artikkel 13 og tilsvarende bestemmelser i WCT og WPPT som vil være av betydning i den sammenheng. Det ville ha vært en støtte for organisasjonene om departementet hadde gått noe mer inn i en redegjørelse for disse overordnede rammer, som organisasjonene vil kunne vise til når de skal forholde seg til rettighetshavere som har krav på vern etter konvensjonene (utenlandske rettighetshavere) og som eventuelt måtte velge å forfølge slike krav for domstolene.

I utgangspunktet bør det ikke være vanskelig å forsvare i forhold til konvensjonene avtalelisensordninger som er begrenset til visse spesielle tilfelle så som bruk ved undervisning og bruk internt i institusjoner, bedrifter m.v. Også en avtalelisensbestemmelse som tilgodeser bibliotekene bør uten problemer kunne praktiseres på en måte som faller innenfor de konvensjonsrettslige forpliktelser, sml. i den forbindelse den tyske Bundesgerichtshofs dom 25.2.1999

(I ZR 118/96)vedrørende Subito-systemet. Når det gjelder øvrige nye avtalelisensbestemmelser som ikke bare erstatter gjeldende tvangslisensbestemmelser eller fribruksbestemmelser, er det grunn til nærmere overveielser. Se bemerkningene nedenfor til høringsutkastet § 18 hhv. § 30a.

Til forskjell fra gjeldende avtalelisenser (når unntas lisensen for kringkastingssendinger i åvl. § 30) omfatter flere av forslagene til nye avtalelisensbestemmelser – og en del av de foreslåtte utvidelser av gjeldende avtalelisenser – utnyttelse av verkene i en annen skikkelse enn den opphavsmannen har samtykket til å gjøre verkene tilgjengelig i. Noen av gjeldende avtalelisensbestemmelser har dels vært begrunnet eller ”forsvart” med at det er tale om utnyttelse av verket i prinsipielt samme form som den opphavsmannen allerede har tillatt eller en form som er nærliggende til denne. Flere av forslagene til nye avtalelisensbestemmelser tillater eksemplar fremstilling uten at det er nærmere presisert hva slags eksemplarer det kan være tale om. De generelle bestemmelsene i åvl. § 11 annet ledd innebærer ikke uten videre en begrensning i så måte, det vil her bero på formålet med vedkommende kapittel 2-bestemmelse hva slags eksemplarer som kan fremstilles.

Tatt i betraktning at departementet innfører en rekke avtalelisensbestemmelser med sikte på utnyttelse av verk og arbeider i ervervsøyemed, savnes en drøftelse av spørsmålet om å la presseklippjenester og tilsvarende tjenester omfattes av avtalelisensbestemmelser. Opphavsrettsutvalget foreslo i NOU 1988:22 en slik avtalelisensbestemmelse for fotokopiering. Kopinor utret ønske om slike bestemmelser i forbindelse med lovendringen i 1995. Departementet fant på daværende tidspunkt ikke å ville foreslå en avtalelisensbestemmelse om dette, men ville ifølge Ot.prp. nr. 15 (1994–95) vente til man senere skulle drøfte tilpasningen av loven til digital utnyttelse av verk. Spørsmålet bør nå drøftes – også med tanke på tilsvarende tjenester mht. opptak av kringkastingssendinger og for nettbaserte ”presseklipp”-tjenester.

Avslutningsvis under dette punktet nevnes at det formodentlig er en inkurie når departementet har unnlatt å endre påtalebestemmelsene i § 38b og i § 54 siste ledd slik at henvisningene til avtalelisensbestemmelsene tilpasses endringsforslagene i kapittel 2, således fra hhv. ”§§ 13, 14, 17 fjerde ledd eller 34” og ”§§ 13, 14, 17 fjerde ledd og 34” til (dersom man følger alle forslagene) hhv. ”§§ 13b, 14, 16a, 17b, 18, 24 eller 34” og ”§§ 13b, 14, 16a, 17b, 18, 24 og 34”. Det er ved dette lagt til grunn at §§ 30 og 30a ikke henvises til av den grunn at disse tillegger den enkelte rettighetshaver en forbudsrett. Det bør imidlertid vurderes om dette skillet bør opprettholdes og i så tilfelle om samtlige avtalelisensbestemmelser som måtte inneholde en rett til å nedlegge forbud skal omfattes.

3.2.2 Forholdet til avtaler mellom rettighetshaver og bruker

Som departementet fremholder, særlig mht. verk og arbeider som bruker har tilgang til i digital form (for eksempel fra en elektronisk database) går avtale mellom rettighetshaver og bruker vedrørende bruk av det aktuelle materialet foran avtalelisensordninger som regulerer slik bruk. Dette aktualiserer spørsmålet om hvor langt tilgjengeliggjøring av verk og arbeider på Internett uten uttrykkelige forbehold vedrørende brukers disponering over verkene, innebærer samtykke til bruk av verket eller arbeidet utover hva som er hjemlet i åndsverkloven kapittel 2.

Den eksemplarfremstillingen som er nødvendig for bruk online ved lesing, lytting osv., må anses omfattet av rettighetshaverens samtykke til tilgjengeliggjøring på Internett. Formodentlig må samtykket også, slik teknikken nå ligger an, omfatte caching – iallfall i en viss utstrekning – hos

brukeren. Derimot er det ikke grunnlag for *generelt* å tolke inn i en tilgjengeliggjøring på Internett at regulær nedlasting av verket er tillatt utover hva som følger av bestemmelsene i kapittel 2. Det samme vil gjelde med hensyn til adgangen til å gjøre utskrift.

Ved tilgjengeliggjøring på Internett henvender man seg til den enkelte bruker av nettet. Det er denne som får verket eller arbeidet stilt til rådighet.

Eksempelvis er det åpenbart ikke slik at det at et materiale gjøres tilgjengelig på Internett, innebærer et samtykke til at en lærer som finner det aktuelle materialet, lager utskrifter til utdeling i sin undervisning. Slik bruk må i tilfelle være basert på en særlig tillatelse gitt ved tilgjengeliggjøringen på nettet eller i annen relevant sammenheng.

Det er neppe grunnlag for en utvidelse av omfanget av hva som må anses som tillatt bruk, at den aktuelle tilgjengeliggjøringen tar sikte på profesjonelle brukere, typisk bedrifter, undervisningsinstitusjoner, musikklærere osv. I likhet med andre former for tilgjengeliggjøring, legger tilrådighetsstilling på Internett til rette for at sluttbruker tilegner seg verket på en eller flere måter som følger direkte av tilgjengeliggjøringsformen. Med utgivelse av bøker eller noter følger at den enkelte kan lese boken eller innenfor det private området fremføre musikk fra notebladet. Sendes en film i fjernsynet, kan den som disponerer et fjernsynsapparat, se filmen – gjerne sammen med familie og venner – men ikke uten særskilt hjemmel gjøre opptak av den. Når avisen legger artikler fra dagens utgave ut på Internett, kan den enkelte lese avisen, men ikke legge artikkelen ut på sin egen nettside.

Dette gjelder på samme måte også når brukeren handler innenfor rammen av en virksomhet, f.eks. i en undervisningsinstitusjon. Om virksomheten er tilkoblet Internett, er det fortsatt de fysiske personene som er adressat for tilrådighetsstillingen. Det kan kanskje synes omstendelig i slike tilfelle å måtte henvise den enkelte ansatte til selv å lese en artikkel på Internett (f.eks. prøve å legge en lenke til det aktuelle nettstedet) – i stedet for at artikkelen lastes ned til bedriftens intranett. Men denne formidlingen over nettet til hver enkelt person er noe av hele forutsetningen for hvordan nettet utnyttes – som ved nettstedenes bruk av reklame og strukturering av materialet i flere lag (nivåer) på nettstedet samt at materialet ofte ligger ute bare i et begrenset tidsrom. Systemet legger opp til en slik henvendelse til den enkelte, og det er det også lagt til rette for i virksomhetene ved at de stiller datautstyr til rådighet for sine ansatte. Slik sett finnes det ikke noe umiddelbart behov for å laste ned materiale eller å lage flere utskrifter; hver enkelt ansatt vil kunne gjøres oppmerksom på materialet og selv søke det opp og eventuelt gjøre utskrift, samt eventuelt etter omstendighetene laste det ned, også for personlig *yrkesmessig* bruk.

Også kontrollhensyn tilsier at man fastholder denne grensen og derfor krever særskilt avtale, skal bedriften kunne laste ned opphavsrettslig vernet materiale fra Internett til sitt intranett.

Disse betraktningene mht. hvilke forutsetninger vedrørende brukersituasjonen som ligger innbakt i de forskjellige tilgjengeliggjøringsformene, og som gjelder systematikken i opphavsretten, begrunner at man ikke i en ren tilgjengeliggjøring på Internett kan tolke inn et alminnelig samtykke til bruk av verket eller arbeidet i annen sammenheng.

Etter spesialitetsprinsippet i åvl. § 39a kreves det klare holdepunkter i en avtale hvorved rettighetshaver stiller et verk eller et arbeid til disposisjon for en bruker, skal brukeren oppnå rett til

andre beføyelser enn de som er uttrykkelig avtalt. Prinsippet gjelder også når det er spørsmål om å tillegge en tilgjengeliggjøring for allmennheten virkninger ut fra synspunktet om presumsjon om samtykke til visse handlinger. Det er ingen grunn til at en tilrådighetsstilling på Internett skal fortolkes slik at den innebærer også tillatelse til å gjøre opphavsrettslig relevant bruk av verket eller arbeidet utover det som er nødvendig for å tilegne seg innholdet av det ved bruk av Internett, dvs. online. De tekniske muligheter for ytterligere bruk av verket eller arbeidet, som er bakt inn i eller koblet opp mot (eller for øvrig brukes i tilknytning til) den dataterminalen som brukeren benytter seg av, er saken like uvedkommende her som når det er spørsmål om et fjernsynsapparat tilkoblet en videoopptaker.

De fra noen hold anførte teser om at tilgjengeliggjøring av verk eller arbeider over Internett uten klausulering innebærer en fri – eller iallfall friere enn her beskrevet – adgang til bruk av det aktuelle materialet, innebærer en omsnuing av spesialitetsprinsippet dit hen at bruk – eller eventuelt bare visse former for bruk – er tillatt så langt rettighetshaver ikke uttrykkelig har tatt forbehold i så måte. Spesialitetsprinsippet gjelder også på Internett. Så lenge det ikke på vedkommende nettsted uttrykkelig er angitt at verket eller arbeidet kan benyttes av brukeren i annen sammenheng enn Internettkonteksten beskrevet foran, eller andre elementer knyttet til presentasjonen av verket eller arbeidet på nettstedet åpenbart legger opp til at annen bruk skal være tillatt, forutsetter slik annen bruk hjemmel i en kapittel 2-bestemmelse.

Teser om at tilgjengeliggjøring på Internett åpner for friere bruk enn dette – enn si fri bruk – er ikke egnet til å fremme bruken av Internett til tilgjengeliggjøring av verk og arbeider. Derimot vil de være egnet til å forkuldre forståelsen av det opphavsrettslige system og undergrave spesialitetsprinsippet.

3.2.3 Foreldelse av individuelle krav

Ifølge pkt. 3.6.2 i høringsnotatet skal departementet foreslå at utgangspunktet for beregningen av foreldelsesfristen for individuelle krav etter åvl. § 37 annet ledd hhv. § 45b endres slik at kravet må fremsettes innen tre år etter utløpet av det året da den aktuelle utnyttelsen av verket eller arbeidet fant sted. Dette er imidlertid ikke fulgt opp i selve lovutkastet, noe som må antas å være en inkurie, da det her ikke vil være tilstrekkelig å endre forskriften. Etter gjeldende rett er det foreldelseslovens regler som gjelder uavkortet. Skal disse fravikes, må det gjøres i lovs form.

Ifølge foreldelsesloven § 3 nr. 1 regnes foreldelsesfristen fra den dag fordringshaveren tidligst har rett til å kreve oppfyllelse. For krav etter åvl. § 37 annet ledd kan dette tidspunktet ikke ligge tidligere enn når organisasjonen har innkrevd – antagelig er det først når den har mottatt – det vederlaget som den utenforstående rettighetshaver krever å ta del i. Dette tidspunktet kan etter omstendighetene ligge lenge etter utløpet av året da den aktuelle bruken som det individuelle kravet gjelder, fant sted. Det kan skyldes at avtalen som fastsetter vederlaget som brukeren skal betale, inngås med virkning også for fortiden, eller at vederlaget først betales av brukeren på basis av resultatet av statistiske undersøkelser som foretas mens avtalen løper. For vederlaget etter åvl. § 45b har det hendt at vederlaget er fastsatt med mer enn ett års tilbakevirkning ved nemndavgjørelse etter bestemmelsene i medhold av åvl. § 35 første ledd, og det forekommer at rapporteringen som danner grunnlaget for å konstatere om den enkelte rettighetshaver har et krav, foretas lenge etter brukstidspunktet. Dette er forhold som må hensyntas ved utformingen av foreldelsesregler på området.

Fordelingsprosedyren innenfor forvaltningsorganisasjonene kan ta tid, særlig på nye avtaleområder. Ved denne fastsettes parametere som er av betydning for beregningen av størrelsen av det individuelle vederlagskravet, så som fordeling mellom på den ene side utgiver eller produsenter og på den annen side opphavsmenn, fotografer og utøvende kunstnere og fordelingen innbyrdes mellom hhv. produsenter, ulike kategorier opphavsmenn, fotografer og utøvende kunstnere. Strengt tatt er det etter gjeldende rett først når samtlige parametere for fordringen er fastlagt, at fordringshaver kan kreve oppfyllelse.

Det kan ha gode grunner for seg, som antydnet av departementet, å gi en særregel om utgangspunktet for foreldelsesfristen for de her nevnte krav etter åndsverkloven, selv om endringen for enkelte tilfelles del vil kunne innebære en ikke uvesentlig forkortelse av den tiden som fordringshaveren har på seg for å fremme krav mot forvaltningsorganisasjonen, sammenholdt med hva som nå gjelder.

De foran omtalte forhold – særlig at foreldelsesfristen ifølge forslaget etter omstendighetene kan utløpe før grunnlaget for fordeling er fastlagt – kan tilsi at man også vurderer en særregel om avbrytelse av fristen. Slik departementet har formulert seg i høringsnotatet, fremgår det ikke om hensikten også er å gi en regel om avbrytelse av foreldelsesfristen, hvorefter fristen avbrytes allerede ved at kravet fremsettes for vedkommende forvaltningsorganisasjon. Ifølge foreldelseslovens regler avbrytes foreldelsen for disse kravene ved at skyldneren (forvaltningsorganisasjonen) erkjenner forpliktelsen (fel. § 14) eller ved at fordringshaveren tar rettslige skritt, typisk inngir forliksklage (fel. § 15). En mulighet som bør kunne overveies her, er å la foreldelsen avbrytes allerede ved at fordringshaveren fremsetter kravet skriftlig, eventuelt ved rekommandert brev, til vedkommende forvaltningsorganisasjon.

3.3. De enkelte kapittel 2-bestemmelsene

3.3.1 Åvl. § 11 – nytt tredje ledd

Forslaget til nytt tredje ledd i denne paragrafen går ut på at det ikke skal være tillatt ”å fremstille eksemplarer etter avgrensingsbestemmelsene” i kapittel 2 ”på grunnlag av eksemplarer som er fremstilt eller gjort tilgjengelig for allmennheten i strid med § 2”. Dette vil være en bestemmelse som kan vise seg vanskelig å håndheve i praksis. Ofte vil den som fremstiller eksemplarer, ikke selv være den som har frembragt kopieringsgrunnlaget og ikke kjenne dettes herkomst. Lovens subjektive vilkår mht. straffeansvar og erstatningsansvar gjør at en regel som dette i og for seg ikke fremstår som betenkelig.

Problemet ulovlig kopieringsgrunnlag er først og fremst knyttet til Internett ved at det der i så stor utstrekning legges ut eksemplarer ulovlig. Hvorvidt det her ville være en god løsning å begrense bestemmelsen som forbyr bruk av ulovlig kopieringsgrunnlag, til å gjelde fremstilling av digitale eksemplarer, er imidlertid tvilsomt.

Et særskilt spørsmål er hvor langt en slik bestemmelse er ønskelig i forhold til *samtlige* avgrensingsbestemmelser i lovens kapittel 2. For praktisering av avtalelisensbestemmelsene vil et

forbud som foreslått kunne skape problemer. Sammenlign i den forbindelse at man etter avtalene om fotokopiering har lagt til grunn at regelen i åvl. § 12 om at eksemplar som er fremstilt til privat bruk, ikke kan benyttes til annet formål, kan settes til side av avtalen; m.a.o. man aksepterer at slike eksemplar brukes som grunnlag for kopiering etter avtalen (og dermed avtalelisensen). Et av formålene med avtalelisensbestemmelsene er å muliggjøre lovlig eksemplarfremstilling gjennom en enkel klarering. I mange tilfelle vil det ikke være praktisk mulig å føre kontroll med hva slags kopieringsgrunnlag som benyttes. Et forbud som foreslått vil kunne gi opphav til avgrensingsproblemer med det resultat at en del av den kopiering som faktisk foretas hos lisenstaker og som ellers ville være tillatt etter avtalelisensen, vil falle utenfor avtalelisensordningen og derfor også utenfor hva det skal betales vederlag for til forvaltningsorganisasjonen. M.a.o. vil man få en ”nisje” av ulovlig kopiering som man i praksis ikke vil få innsikt i og derfor ikke vil rettsforfølge – eller som det ikke vil ”lønne seg” å forfølge – og som derfor vil skje uten vederlag til rettighetshaverne.

Det er mulig at departementet ved å la forslaget gjelde for ”avgrensingsbestemmelsene” i kapittel 2 har ment å holde avtalelisensbestemmelsene utenfor (sml. den foreslåtte endring av kapitteloverskriften) slik at rettighetshaverorganisasjonene som inngår avtaler som utløser avtalelisens, uten videre kan se bort fra bestemmelsen i den forstand at avtalen kan tillate – eller være nøytral – mht. om kopieringsgrunnlaget er lovlig. Rent umiddelbart vil brukerne av loven nok legge til grunn at man med ”avgrensingsbestemmelsene” sikter til samtlige bestemmelser i kapittel 2, som tillater bruk uten rettighetshavers samtykke, sml. bemerkningene foran under punkt 3.2.1.

Også i forhold til øvrige avgrensingsbestemmelser bør det overveies om kravet ifølge forslaget til ny § 11 tredje ledd er berettiget og tilstrekkelig begrunnet. Hensynet bak en del av bestemmelsene i kapittel 2 er å hindre ”sensur” hva gjelder gjengivelser fra eller av verk. Det gjelder for eksempel den alminnelige sitatbestemmelse i lovens § 22 og reglene i lovens §§ 26 til 28. Dette hensynet er også en del av begrunnelsen for reglene ifølge høringsutkastet § 23 så vel som for andre regler som tilgodeser undervisning, forskning eller kritikk. Dette hensynet tilsier at tilgangen til lovlig kopieringsgrunnlag ikke uten videre bør være en betingelse for gjengivelse av verket etter slike bestemmelser. For andre bestemmelser i kapittel 2, både tvangslisensbestemmelsene og bestemmelsene om fri bruk, bør det overveies hvor langt det er behov for eller ønskelig å ha en bestemmelse om ulovlig kopieringsgrunnlag slik som foreslått.

Hva særlig gjelder fremstilling av eksemplar til privat bruk, synes den vesentlig praktiske anvendelse av bestemmelsen å være der hvor fremstillingen skjer ved fremmed hjelp: ved at rettighetshaveren på denne måten gis en åpning for gripe inn overfor den som yter fremmed hjelp til eksemplarfremstilling som skjer på grunnlag av et eksemplar som er fremstilt i strid med § 2, eller en tilgjengeliggjøring av verket som skjer strid med § 2. I og med at det foreslås en endring i § 12 slik at det ikke lenger skal være adgang til å bruke fremmed hjelp overhodet for fremstilling av eksemplar av filmverk og musikkverk, vil et forbud mot bruk av ulovlig kopieringsgrunnlag ved fremstilling av eksemplar til privat bruk bare få selvstendig betydning i den utstrekning kopieringen skjer innenfor den private sfære dvs. uten bruk av fremmed hjelp, eller den skjer ved fremmed hjelp og gjelder andre, i praksis langt mindre utsatte, verkskategorier enn filmverk og musikkverk (og datamaskinprogram, sml. § 12 annet ledd). Utsikten til – og også, når det kommer til stykket, ønskeligheten sett fra rettighetshaverens side av – å forfølge

handlinger som begås innenfor den private sfære, er diskutabel. Men man kan vel ikke se bort fra en mulighet for at en regel av denne art kan virke ”oppdragende”. Dette må imidlertid veies mot de ulemper for aksepten av opphavsretten som kan ligge i en innstramming med hensyn til hva som skal være tillatt innenfor den private sfære. Her skal for øvrig også vises til bemerkningene nedenfor om mulige andre innstramninger i adgangen til å fremstille eksemplar til privat bruk, som bør tas i betraktning, så som eventuelle begrensninger til eksemplarfremstilling bare for personlig bruk og for husstanden.

Dersom bestemmelsen i utgangspunktet skal gjelde for all eksemplarfremstilling etter bestemmelsene i lovens kapittel 2, men med visse unntak – enten de bare skal gjelde avtalelisensbestemmelser eller også gjelde andre kapittel 2-bestemmelser (sml. drøftelsen foran) – bør unntakene angis uttrykkelig i § 11 tredje ledd ved at bestemmelsen innledes som følger:

”Bestemmelsene i dette kapittel, med unntak av §§ x, y, z,..., tillater ikke fremstilling av eksemplar på grunnlag av”

For øvrig bemerkes at lovutkastet til nytt tredje ledd i åvl. § 11 synes noe ufullstendig eller uklart med hensyn til fremstilling av eksemplar på grunnlag av en ulovlig fremføring av verket. Det antas at hensikten med forslaget ikke minst er å ramme de tilfelle hvor det fremstilles eksemplar ved nedlasting fra Internett av verk som er gjort ulovlig tilgjengelig der. Tilgjengeliggjøring over Internett skal etter lovutkastet § 2 regnes som en offentlig fremføring av verket. Uansett det forhold at denne fremføringen har sitt utgangspunkt i at et eksemplar er lagt ut på Internett, betegnes denne tilgjengeliggjøringen i lovutkastets terminologi slik at det er verket – ikke et eksemplar av verket – som stilles til rådighet. (Brukere av Internett oppfatter neppe heller situasjonen dit hen at når de får tilgang til et verk på nettet, får de stilt til rådighet et eksemplar av verket.) Et annet spørsmål er om forslaget også skal fange opp fremstilling av opptak på grunnlag av en ulovlig kringkasting eller annen overføring, og eventuelt også opptak som måtte bli gjort ved en ulovlig offentlig fremføring direkte for et publikum. Etter dette foreslås at § 11 nytt tredje ledd gis følgende ordlyd:

”Bestemmelsene i dette kapittel tillater ikke fremstilling av eksemplar på grunnlag av en gjengivelse av verket som er i strid med § 2. Det samme gjelder fremstilling på grunnlag av eksemplar som er spredt til eller vist for allmennheten i strid med § 2. Heller ikke er det etter disse bestemmelsene tillatt å fremstille eksemplar fra et grunnlag som er tilveiebragt ved at tekniske beskyttelsessystemer er omgått i strid med § 53a.”

Ved første punktum i denne teksten er ment å fange opp enhver ulovlig gjengivelse av verk som er grunnlag for eksemplarfremstilling – både ulovlige fremføringer, også i form av tilrådighetsstillelse, og ulovlig fremstilte eksemplar. Annet punktum dekker at eksemplar som utgjør kopieringsgrunnlaget er ulovlig spredt eller vist. Finner man at det for den alminnelige leser ikke vil være tydelig nok at gjengivelse dekker eksemplarfremstilling, kan første punktum formuleres slik:

”Bestemmelsene i dette kapittel tillater ikke fremstilling på grunnlag av eksemplar som er fremstilt i strid med § 2, eller av annen ulovlig gjengivelse av verket.”

Denne formuleringen fanger i og for seg også opp at det er en rekke lovlige gjengivelser som ikke skjer med samtykke av opphavsmannen etter § 2, men med hjemmel i kapittel 2-bestemmelser og som åpenbart må aksepteres som lovlige kopieringsgrunnlag (eksempelvis § 18-samleverk).

Dersom det ikke er meningen å la bestemmelsen fange opp eksemplarframstilling på grunnlag av annen fremføring enn den som har form av tilrådighetsstillelse, kan § 11 nytt tredje ledd lyde:

”Bestemmelsene i dette kapittel tillater ikke at eksemplarer av verk fremstilles på grunnlag av en tilgjengeliggjøring av verket i form av at det i strid med § 2 er stilt til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgangen til det [alternativt: på grunnlag av en tilrådighetsstillelse av verket i strid med § 2].”

Det skal her bemerkes at ved denne lovbestemmelsen blir spørsmål om bruk av kopieringsgrunnlag som er fremstilt eller tilgjengeliggjort i utlandet uten nødvendig samtykke etter vedkommende lands lov, ikke løst. Bestemmelsene i åvl. § 54 første ledd vedrørende import av og bruk av eksemplarer som er fremstilt i utlandet under slike forhold at framstillingen ikke ville ha vært lovlig om den hadde vært foretatt her i riket, vil ikke være til hjelp i denne forbindelse. Også dette er en problemstilling som bør overveies nærmere dersom man vil gjennomføre en regel som forbyr bruk av kopieringsgrunnlag som ifølge åndsverklovens regler ikke er lovlig frembragt.

3.3.2 Ny § 11a

Selv om direktivets artikkel 5.1 bruker begrepet ”midlertidige reproduksjonshandlinger” som om en reproduksjonshandling kan være varig, bør det være mulig å gi utkast til ny § 11a en mer virkelighetsnær formulering enn ”eksemplarer som er fremstilt tilfeldig eller flyktig, ...”. I den danske opphavsrettsloven § 11a er dette løst ved formuleringen: ”det er tillatt at fremstille midlertidige eksemplarer, som ... er flyktige eller tilfældige” og en slik formulering kan med fordel innarbeides som innledning i det norske utkastet § 11a.

Ny § 11a foreslås omformulert slik:

”Det er tillatt å fremstille midlertidige eksemplarer som er flyktige eller tilfældige, når eksemplarfremstillingen utgjør en vesentlig del av en teknisk prosess hvis eneste formål er å muliggjøre

- a) lovlig bruk av et åndsverk, eller*
- b) en overføring i nettverk, som utføres av en mellommann på vegne av tredjeparter.*

Denne bestemmelsen gjelder bare når eksemplarfremstillingen ikke har selvstendig økonomisk betydning.”

Det skal tilføyes at ovenstående formulering vel ligger nærmere opp til ordlyden i direktivets artikkel 5.1 enn departementets utkast.

I motivene til den nye § 11a (høringsnotatet side 16 og side 77) anføres om ”lovlig bruk” at dette ”innebærer at det enten er gitt samtykke fra rettighetshaver eller at det etter loven ikke er noe

forbud mot den aktuelle bruken”. Dette er en feilaktig fremstilling av åndsverkloven. Loven inneholder intet forbud mot bruk annet enn det som ligger i kravet om samtykke fra rettighets-haver. ”Lovlig bruk” kan for eksempel forklares slik: ”Lovlig bruk innebærer at det enten er gitt samtykke fra rettighetshaver eller at den aktuelle bruken er tillatt etter en bestemmelse gitt i eller med hjemmel i kapittel 2.”

3.3.3 Bestemmelser vedrørende eksemplar til privat bruk

3.3.3.1 Fremstilling av eksemplar til privat bruk – § 12

Bestemmelsene om adgang til fremstilling av eksemplar til privat bruk henvender seg til den brede allmennhet. Slik § 12 er formulert i gjeldende lov medfører paragrafen en rekke tolknings-spørsmål, noe som gjør at den er vanskelig å håndheve. Det er derfor prinsipielt ønskelig at man så langt mulig gjør det klarere i selve lovteksten hvilket omfang adgangen til eksemplar-fremstilling til privat bruk har.

I høringsnotatet (side 29) legger departementet under henvisning til sin foranstående drøftelse til grunn at det vil skje en viss innstramming av adgangen til å fremstille eksemplar til personlig yrkesmessig bruk. Den forutgående teksten tilfører ikke noe til eldre lovmotiver, som gir grunnlag for en slik antakelse, og innstrammingen har heller ikke kommet til uttrykk i selve lovbestemmelsen. Dette må derfor for alle praktiske formål antas å forbli en papiruttalelse fra departementet. All erfaring tilsier at brukere som påberoper adgangen til eksemplarfremstilling til personlig yrkesmessig bruk, viser til 1961-lovens motiver og anser etterfølgende lovmotiver som ikke har resultert i en endring i selve lovteksten, som irrelevante. De uttalelser om betydningen av inngåelse av avtaler som utløser avtalelisens, som departementet ga i Ot.prp. nr. 15 (1994-95) side 36 f, har ikke hatt noen som helst virkning på de aktuelle avtalelisens-områdene, idet de som forhandler med Kopinor om avtale, insisterer på å holde utenfor avtalene slik bruk som deres ansatte vil kunne gjøre i ly av § 12 når avtale ikke er inngått. Problemstillingen vil ytterligere bli tilspisset når forvaltningsorganisasjonene skal inngå avtaler om digital bruk. Det må kreves av departementet at det foreslår å ta inn i § 12 en uttrykkelig bestemmelse som regulerer adgangen til fremstilling av eksemplar til personlig yrkesmessig bruk, på en slik måte at avtale som utløser avtalelisens, skal fange opp slik eksemplarfremstilling når den skjer innenfor institusjoner m.v. som har inngått avtale etter §§ 13b og 14. Om dette vises for øvrig til en artikkel av Arne Ringnes i NIR 2001 s. 645 ”Privat kopiering til ’personlig yrkesmessig bruk’ ”.

Videre anbefales at man i lovteksten presiserer når fremstilling som skjer ved egen bruk av andres kopieringsutstyr, er å anses som bruk av fremmed hjelp. Sammenlign i så henseende den danske opphavsrettslovens § 12 stk 4, som dog ikke fanger opp bruk av arbeidsgivers kopi-eringsutstyr mot betaling hvilket etter norsk rett anses omfattet av begrepet ”fremmed hjelp”.

På bakgrunn av ovenstående foreslås følgende endringer i åvl. § 12:

§ 12 nytt annet ledd skal lyde:

”Bestemmelsen i første ledd gir ikke rett til å fremstille eksemplar for personlig yrkesmessig bruk i tilknytning til en virksomhet som har rett til å fremstille eksemplar etter bestemmelsene i §§ 13b eller 14.”

§ 12 annet ledd blir tredje ledd og innledes:

”Bestemmelsene i første ledd gir heller ikke rett til...”

§ 12 tredje ledd blir fjerde ledd og skal lyde:

”Det er tillatt å la fremstillingen foreta ved fremmed hjelp. Som fremmed hjelp regnes også egen bruk av teknisk innretning som er stilt til rådighet for allmennheten, med mindre bruken av innretningen er tillatt innenfor rammen av et tjenesteforhold og skjer vederlagsfritt. Denne bestemmelsen gjelder ikke for

a) musikkverk,

b) filmverk,

c) skulptur, billedvev og gjenstander av kunsthåndverk eller

d) kunstnerisk gjengivelse av andre kunstverk.”

Et annet tolkningsspørsmål mht. åvl. § 12 er om adgangen til å fremstille eksemplar til privat bruk er mer begrenset ved fremstilling av digitale eksemplar enn ved analoge. Det skal her vises til § 12 stk 2 nr. 5 i den danske opphavsretsloven hvoretter digitale eksemplar kan fremstilles utelukkende til personlig bruk for fremstilleren eller dennes husstand. Det kan være grunn til å overveie en slik bestemmelse for musikkverk og filmverk.

Det bør også overveies – men det vil formodentlig betinge en særskilt høring – å gjøre bruk av fremmed hjelp betinget av at den som yter slik hjelp har avtale med organisasjon som tillater dette, samtidig som man i loven innfører en avtalelisensbestemmelse for organisasjonens avtaler med slike tjenesteytere, f.eks. kopieringsbutikker. Dette ville gi en bedre konsistens med hensyn til kopieringstjenester som ytes, slik at det ikke skjer en forskjellsbehandling ettersom hvem som yter bistanden eller i hvilken sammenheng den fremmede hjelpen gis. Det vises for så vidt til bemerkningen ovenfor (s. 17) om ønsket om en avtalelisens for presseklippjenester og lignende, og bemerkningene til § 16a om muligheten for å tillate tjenester som i Subito-systemet. I så fall ville også avtalelisensene i utkastet til § 13a og § 14 kunne omfatte ansattes kopiering til annen privat bruk enn personlig yrkesmessig bruk, dersom arbeidsgiver tillater dette. En avtalelisensregel for den som yter fremmed hjelp burde i tilfelle likebehandle de situasjoner hvor tjenesteytelsen består i å utføre selve kopieringen, og de hvor den består i å stille kopieringsautomater og lignende til rådighet for allmennheten.

3.3.3.2 Vederlag for eksemplarfremstilling til privat bruk – ny § 12a ff.

Det er uklart om departementets hensikt er at den del av vederlaget som skal gå til en kollektiv støtteordning, skal forbeholdes rettighetshavere til lydopptak og film, eller også kunne brukes til støtte for andre opphavsmenn som f.eks. opphavsmenn til tekst og bilder. Dersom det siste er hensikten, hvilket synes å være tilfelle etter bemerkningene side 31 og 32 i høringsnotatet, bør dette fremgå klart av lovteksten.

Lovteksten bør også omskrives slik at bestemmelsene om vederlagsplikten og hvem som skal være berettiget, samles i én paragraf, forslagsvis slik:

Ny § 12 a:

”Den som i ervervsøyemed tilvirker eller innfører lagringsmedier som er egnet til for privat bruk å fremstille eksemplar av åndsverk, skal betale vederlag etter reglene i denne paragraf.

Vederlag etter første ledd skal tilfalle opphavsmenn til verk som lovlig er gjort tilgjengelig for allmennheten i kringkastingssending eller ved videresending av kringkastingssending, og til tilvirker av lydopptak og av film. Kongen kan bestemme at også opphavsmenn til andre verk skal motta vederlag. En tredjedel av vederlaget skal fordeles kollektivt som støtte til rettighetshavere.

Kongen gir forskrifter om hvilke lagringsmedier det skal betales vederlag for, og om vederlagets størrelse. Kongen kan også gi forskrift om unntak fra vederlagsplikten.”

Når vederlaget etter utkastet tilkommer ”opphavsmenn”, må det leses i lys av lovens terminologi for øvrig. Det bør eventuelt i loven, og iallfall i motivene, presiseres at som opphavsmann regnes her også rettsetterfølgere. I og med henvisningene til § 12a i kapittel 5-bestemmelsene får bestemmelsene om vederlag til opphavsmenn tilsvarende anvendelse for andre rettighetshavere som utøvende kunstnere og fonogram- og filmtilvirkere. Et særlig spørsmål er om det i bestemmelsen her i ny § 12a om kollektiv fordeling av en tredjedel av innkrevd vederlag bør angis at denne støtteordningen skal tilgodese alle de tre rettighetshaverkategoriene, eller om dette vil følge av henvisningene til § 12a i respektive bestemmelser i kapittel 5 – om så er tilfelle skulle det være tilstrekkelig å bruke betegnelsen rettighetshavere her, med mindre hensikten skulle være å utelukke rettsetterfølgere fra den kollektive støtteordningen.

Følges ovenstående modell, skal ny § 12b lyde som utkastet § 12c.

3.3.4 Eksemplarfremstilling i undervisningsvirksomhet

3.3.4.1 Utkastet § 13

Dette er en bestemmelse om fri bruk, sammensatt av gjeldende § 13 femte ledd og § 13 fjerde ledd annet punktum, som begge er tatt inn uendret. I den nåværende sammenhengen fremgår det klart at bestemmelsen om adgang for skoler og andre undervisningsinstitusjoner til å gjøre opptak for tidsforskutt bruk, gjelder opptak av verk som inngår i kringkastingssendinger. I mangel av noen indikasjoner i retning av det motsatte, antas at det ikke er meningen å endre realiteten på dette punkt. Slik utkastet § 13 annet ledd er formulert fremgår imidlertid ikke denne begrensningen. Skal den opprettholdes bør § 13 annet ledd lyde:

”Kongen kan bestemme at skoler og andre undervisningsinstitusjoner med sikte på tidsforskutt bruk vederlagsfritt kan gjøre opptak av verk som inngår i kringkastingssending.”

3.3.4.2 Utkastet § 13a

Denne bestemmelsen er en tvangslisens for fremstilling av eksemplar til bruk ved eksamen. Den er etter forslaget flyttet fra § 18. Den foranlediger ikke noen kommentar.

3.3.4.3 Utkastet § 13b – avtalelisens for bruk av verk i undervisningsvirksomhet.

Denne paragrafen skal etter motivene videreføre avtalelisensbestemmelsen i gjeldende § 13 og dessuten utvide den til å omfatte også fremstilling av digitale eksemplar. Etter utkastet er avtalelisensbestemmelsen formulert slik: *”Til bruk i egen undervisningsvirksomhet kan det fremstilles eksemplar av utgitte verk, gjøres opptak av verk som inngår i kringkastingssending samt gjøre disse og andre utgitte verk tilgjengelig i undervisningsvirksomhet, når betingelsene for avtalelisens etter § 36 er oppfylt.”*

Når bortses fra adgangen til å gjøre opptak av verk som inngår i kringkastingssending, skal etter motivene i høringsnotatet, avtalelisensbestemmelsen, i likhet med gjeldende § 13, være begrenset til å gjelde *utgitte* verk. Det har i forhandlingene mellom Kopinor og universitets- og høyskolesektoren vært uklarhet med hensyn til om et verk skal anses som utgitt når det bare er gjort tilgjengelig for allmennheten i nettverk, f.eks. på Internett. I høringsnotatet side 34 uttaler departementet at forslaget til ny § 13b dekker f.eks. skanning av trykt materiale og nedlasting fra Internett. Men departementet har ikke presisert om tilgjengeliggjøringen på Internett i seg selv uten videre innebærer at verket er å anse som utgitt uavhengig av om opphavsmannen må anses å ha samtykket til utskrift eller lokal nedlasting. Samme uklarhet har heftet ved tolkninger av legaldefinisjonen av ”utgitt” som departementet har gitt i tidligere forarbeider, senest i Ot.prp. nr 85 (1997–98). Det ligger innenfor rammen av ordlyden av åvl. § 8 annet ledd å tolke utgivelsesbegrepet dit hen at selve tilgjengeliggjøringen av et verk gjennom nettverk på en slik måte at brukeren selv kan bestemme tid og sted for tilgang til verket, innebærer at verket må anses som ”utgitt”, uten hensyn til om opphavsmannen må anses å ha gitt samtykke til utskrift eller nedlasting. Gode grunner taler for å legge en slik tolkning til grunn. Se nærmere om begrunnelsen for dette A. M. Lund i NIR 2001 side 604 ”Begrepet ”offentlig fremførelse” i nordisk opphavsrett i lys av den internasjonale og europeiske utvikling i de siste år” (side 613 ff.).

Ovennevnte klargjøring av innholdet av begrepet ”utgitt” kan gjennomføres ved en endring i åvl. § 8 annet ledd som følger:

*”Et åndsverk er utgitt når et rimelig antall eksemplar av verket med samtykke av opphavsmannen er brakt i *handelen* eller på annen måte er spredt blant allmennheten, eller verket med opphavsmannens samtykke er gjort tilgjengelig for allmennheten på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.”*

Det skal bemerkes at når kommaet mellom ordene ”handelen” og ”eller” er fjernet, er det ut fra gjeldende kommaregler og fordi vilkåret om opphavsmannens samtykke gjelder også når eksemplar av verket på annen måte spres.

Om departementet ikke finner på det nåværende tidspunkt å ville endre åvl. § 8 annet ledd for å klargjøre når et verk skal anses som utgitt som følge av at det er gjort tilgjengelig i et nettverk, bør det i avtalelisensbestemmelsen som er foreslått i ny § 13b, uttrykkelig angis at den omfatter

også verk som er stilt til rådighet for allmennheten på en slik måte at den enkelte selv bestemmer tid og sted for tilgang til verket.

Når avtalelisensbestemmelsen endres fra å omfatte fotokopiering til å gjelde eksemplar-fremstilling generelt sett, må det legges til grunn at den skal omfatte fremstilling av eksemplar også i en annen form enn den som kopieringsgrunnlaget har. Det fremgår ikke av motivene om tanken er at avtalelisensbestemmelsen skal være begrenset til å gjelde kopiering, dvs. fremstilling av eksemplar hvorved verket fremstår i prinsipielt samme skikkelse som i kopieringsgrunnlaget. Formålet med bestemmelsen – bruk i undervisningsvirksomhet – indikerer ingen begrensning med hensyn til eksemplartype eller hvilken skikkelse verket kan presenteres i, når bestemmelsen sammenholdes med § 11. For eksempel synes det ikke å være noe i veien for å spille inn musikkverk på fonogram i medhold av denne bestemmelsen.

Utvidelsen av avtalelisensbestemmelsen for undervisningsvirksomhet til å gjelde enhver form for eksemplarfremstilling innebærer at bestemmelsen også vil kunne hjemle kopiering av utgitte filmverk. Det må vel antas at adgangen til å fremstille slike kopier ikke skal være videre enn etter hjemmelen i samme bestemmelse for opptak av kringkastingssendinger. Dette bør fremgå av lovteksten eller i det minste av lovmotivene. (Sml. her Ot.prp. nr. 15 (1994–95) s. 59.)

Bestemmelsene i utkastet § 13b må ses i sammenheng med de foreslåtte avtalelisensbestemmelsene i utkastet §§ 18 og 24. Det bør presiseres i motivene at avtalelisensen etter utkastet § 13b ikke kan benyttes for fremstilling av samleverk bestemt for bruk i undervisning hhv. for gjengivelse av kunstverk eller fotografiske verk i sammenhenger som angitt i utkastet § 24. Uten hensyn til om eksemplarene fremstilles for bruk bare i egen undervisningsvirksomhet eller med sikte på bruk i andres undervisningsvirksomhet, må slik eksemplarfremstilling anses å ha forlagsmessig karakter, og den bør da baseres på avtalelisensbestemmelsene i utkastet § 18 hhv. § 24, ikke avtalelisensbestemmelsen i § 13b.

Hva gjelder betydningen for avtalelisensbestemmelsene av avtaler som ellers gjelder for de aktuelle verkene, vises til bemerkninger nedenfor til § 18.

Gjeldende avtalelisensbestemmelse tillater gjennom formålet med bestemmelsen tilgjengelig-gjøring av verk i undervisningsvirksomheten ved hjelp av de eksemplar som er fremstilt med hjemmel i avtalelisensen, enten det er tale om spredning av eller visning (herunder projisering) av fotokopier eller tilsvarende eksemplar eller fremføring innenfor undervisningsvirksomheten av opptak av kringkastingssending. Den dekker derimot neppe overføring gjennom nett til elever eller studenter som befinner seg utenfor undervisningsinstitusjonens lokaler (fjernundervisning). Det er iallfall en naturlig slutning å trekke når det i motivene til bestemmelsen er presisert at bestemmelsen ikke hjemler adgang til å utlevere opptak til elevene eller studentene (Ot.prp. nr. 15 (1994–95) s. 57). Adgangen til å bruke i undervisningsvirksomhet eksemplar som er fremstilt med hjemmel i åvl. § 13, er for så vidt mer begrenset enn adgangen til å bruke andre (typisk utgitte) eksemplar ved fremføring i undervisning, sml. den frie fremføringsadgang i undervisningssammenheng som er hjemlet i gjeldende § 21.

Når avtalelisensbestemmelsen vedrørende fremstilling av eksemplar til bruk i undervisningsvirksomhet utvides til å omfatte enhver type eksemplarfremstilling, ligger det i bestemmelsens

formål at avtalelisensen også skal omfatte tilgjengeliggjøring av eksemplarene på den måte som er knyttet til den aktuelle eksemplartypen, således at digitale eksemplar skal kunne stilles til rådighet i datanett. Ut fra departementets merknader i høringsnotatet synes hensikten å være at også tilgjengeliggjøring eksternt gjennom nett til deltakerne i undervisningen, skal omfattes. Det er ikke presisert i motivene, men ut fra hvordan begrepet undervisningsvirksomhet er utlagt i eldre lovmotiver, må det være en forutsetning at det er tale om et organisert undervisningsopplegg med bestemte deltakere og med en hvis varighet, i motsetning til undervisning som henvender seg til allmennheten i sin brede alminnelighet eller som har karakter av en enkeltbegivenhet. Sammenlign i den forbindelse at adgangen etter § 21 til offentlig fremføring i undervisning ikke omfatter fremføring ved kringkasting, og at denne begrensning videreføres i høringsutkastet.

Forslaget i høringsnotatet går altså ut på at tilgjengeliggjøring gjennom nett til personer som befinner seg utenfor undervisningsinstitusjonen, skal tillates. Slik utkastet til ny § 13b er formulert, ved at tilgjengeliggjøringsregelen omfatter også "andre utgitte verk", er det uklart om tilgjengeliggjøringsadgangen som det tas sikte på her, skal gjelde også tilgjengeliggjøring av verk som skjer ved hjelp av andre eksemplar enn dem som er fremstilt med hjemmel i avtalelisensen.

Lovteknisk og pedagogisk er det uheldig om avtalelisensbestemmelsen etter § 13b skal omfatte også tilgjengeliggjøring ved hjelp av andre eksemplar enn dem som er fremstilt med hjemmel i avtalelisensen. Slik tilgjengeliggjøring bør i tilfelle reguleres i § 21 som omfatter offentlig fremføring i undervisning i sin alminnelighet.

Gjeldende § 21 tillater offentlig fremføring ved undervisning gjennom trådløs eller trådbunden overføring til allmennheten på annen måte enn ved kringkasting. Dersom det er slik at departementet i lys av direktivet artikkel 5.3(a) som tillater unntak for fremføring i undervisning bare når denne har et ikke-kommersielt formål, vil innføre en avtalelisensbestemmelse for tilrådighetsstillelse av verk i undervisning som skjer i ervervsøyemed, bør dette gjennomføres i form av en særskilt avtalelisensbestemmelse for slik bruk av verk. Derved blir systematikken med hensyn til regulering av fremføring i undervisningsvirksomhet den samme enten undervisningen skjer med eller uten et ervervsmessig formål, og uavhengig av om det benyttes egenfremstilte eksemplar eller andre eksemplar. En slik bestemmelse vil kunne plasseres som en ny § 21a i loven.

Adgangen til fremføring av verk ved hjelp av eksemplar som er fremstilt med hjemmel i en avtalelisensbestemmelse, følger etter gjeldende rett av avtalelisensbestemmelsens formål, men er underlagt de regler som avtalen i så måte fastsetter. For så vidt overlates det til den organisasjonen som inngår avtalen og forhandlingene med undervisningsinstitusjonene hvordan eksemplarene som fremstilles etter avtalen hhv. avtalelisensen kan benyttes. Avtalelisensbestemmelsen omfatter bare bruk innenfor vedkommende undervisningsvirksomhet. Med tanke på fjernundervisning er det sentrale poenget at lovmotiverne ikke legger en føring i retning av at utkastet § 13b ikke omfatter fremstilling av eksemplar for det formål å stille dem til rådighet for undervisningsinstitusjonens studenter og elever på en slik måte at de får tilgang til dem også fra andre steder enn i institusjonens lokaler.

Så langt departementet finner at § 13b skal inneholde bestemmelser om tilgjengeliggjøring, bør disse uansett omformuleres for at det skal være klart hva som omfattes. Dessuten må utkastet til § 13b omformuleres av rent språklige grunner. Utkastet § 13b er bl.a. noe misvisende ved at det kan synes som om også verk som inngår i kringkastingssending, antas å være utgitte, noe man ikke uten videre kan regne med. Dessuten synes som nevnt etter departementets formulering tilgjengeliggjøringsadgangen ifølge denne bestemmelsen å omfatte også tilgjengeliggjøring ved hjelp av eksemplar som ikke er fremstilt med hjemmel i avtalelisensen.

I lys av ovenstående foreslås at ny § 13b første ledd gis følgende ordlyd – her med eventuelle regler om tilgjengeliggjøring i hakeparentes:

”Til bruk i egen undervisningsvirksomhet kan det fremstilles eksemplar av utgitt verk samt gjøres opptak av verk som inngår i kringkastingssending, [og ved hjelp av disse eksemplar kan verkene gjøres tilgjengelig for deltakerne i undervisningen,] når betingelsene for avtalelisens etter § 36 er oppfylt. Bestemmelsen gir ikke rett til å fremstille eksemplar av filmverk som må oppfattes som bestemt også til annen bruk enn fremføring gjennom fjernsyn, med mindre bare mindre deler av verket gjengis. [Bestemmelsen gjør ingen innskrenkning er i retten til fri bruk etter § 21.] ”

Teksten illustrerer problemet med å ta inn i avtalelisensbestemmelsene om eksemplar-fremstilling også uttrykkelige regler om tilgjengeliggjøring av verkene ved hjelp av eksemplar som er fremstilt med hjemmel i bestemmelsen. Eksempelvis vil eksemplar som er fremstilt med hjemmel i utk. § 13b, i likhet med eksemplar fremstilt etter gjeldende § 13, bare kunne brukes innenfor vedkommende undervisningsinstitusjon og de vil ikke kunne overlates til andre undervisningsinstitusjoner. Bestemmelsene i § 21 beskjefter seg over hodet ikke med hvilke eksemplar som benyttes ved en fremføring, noe som bl.a. har den virkning at man kan benytte ved undervisning eksemplar som opprinnelig er fremstilt for privat bruk (så lenge dette ikke var hensikten da eksemplaret ble fremstilt). Ut fra hensynet til lovens systematikk og oppbygging, er det derfor neppe ønskelig å gi en indikasjon i § 13b med hensyn til rekkevidden av § 21, selv om regelen gis det foreslåtte innhold.

Avtalelisensordningen bygger på den tilnærming at det overlates til avtalen mellom bruker og forvaltningsorganisasjon å fastsette nærmere rammer for eksemplar-fremstillingen og bruken av eksemplarene, innenfor den ramme som avtalelisensbestemmelsen gir. Det vil bryte med systemet og medføre en rekke praktiske problemer, om reglene skal være forskjellige avhengig av om eksemplaret er fremstilt med hjemmel i avtalen eller i avtalelisensbestemmelsen. Dersom det er departementets intensjon at avtalen ikke skal kunne inneholde bestemmelser som innebærer at eksemplarene fremstilt med hjemmel i avtalen eller avtalelisensen ikke fritt skal kunne benyttes for fremføring i undervisning etter bestemmelsene i § 21, må dette fastsettes i § 21, f.eks. ved en tilføyelse avslutningsvis som følger: ”Denne bestemmelse kan ikke fravikes ved avtale som utløser avtalelisens etter § 13b.”

Dersom hensikten med departementets forslag i § 13b er at det skal være tillatt etter en avtalelisens ved fremføring i undervisning som skjer i ervervsøyemed å bruke Internett og databaser fremstilt av andre, bør dette fastsettes i sammenheng med øvrige regler som gjelder fremføring i undervisning, sml. utkastet § 21.

3.3.5 Avtalelisens for bruk av verk i institusjoner, ervervsvirksomheter m.v. – utkastet § 14

I høringsnotatet foreslås en utvidelse av adgangen til eksemplarfremstilling til å omfatte ikke bare fotokopiering, men også fremstilling av eksemplar i annen form, så som i digital form for tilgjengeliggjøring gjennom et virksomhetsinternt datanett (intranett). Hjemmelen gjelder fremstilling av eksemplar av utgitt verk. Bemerkningene foran til utkastet § 13b, særlig vedrørende begrepet utgitt og vedrørende filmverk, gjelder tilsvarende her.

Et særskilt spørsmål her er om ikke avtalelisensbestemmelsene i § 14 bør utvides til i likhet med gjeldende § 13 (utkastet § 13b) å innbefatte opptak av verk som inngår i kringkastingssending, all den tid adgangen til å gjøre slike opptak er etterspurt innenfor offentlig så vel som privat virksomhet, bl.a. med sikte på å fange opp omtale av egen virksomhet og temaer av særskilt betydning for den aktuelle virksomheten. Dette må være et mer påtrengende behov enn å kunne fremstille eksemplar av utgitte filmverk for eksempel, som forslaget vil åpne for.

Som for § 13b anbefales at man regulerer adgangen til tilgjengeliggjøring gjennom angivelsen av formålet for den eksemplarfremstilling som tillates etter bestemmelsen. Hvis departementet fastholder å ville angi særskilt i bestemmelsen også adgang til å tilgjengeliggjøre verket ved hjelp av de eksemplar som fremstilles, bør § 14 første ledd første punktum lyde:

”Offentlige og private institusjoner, organisasjoner og ervervsvirksomheter kan til bruk innenfor sin virksomhet fremstille eksemplar av utgitt verk [*og ved hjelp av disse eksemplarene gjøre verket tilgjengelig der*], når de oppfyller betingelsene for avtalelisens etter § 36”.

3.3.6 Eksemplarfremstilling i helseinstitusjoner m.v. – § 15

Det er vanskelig å ta stilling til om departementets vurdering er korrekt når departementet antar at den skaden som påføres rettighetshaverne gjennom opptaksvirksomheten med hjemmel i åvl. § 15, er ”minimal” og derfor ikke foranlediger vederlag, jf. direktivets fortale punkt 35.

3.3.7 Eksemplarfremstilling i arkiv, bibliotek m.v. – § 16 og ny § 16a

Rettighetshaverne bør i utgangspunktet være generelt tilfredse med departementets tilnærming til spørsmålet om eksemplarfremstilling i bibliotek m.v. Likevel foranlediger lovforslagene her enkelte bemerkninger.

Departementet foreslår en utvidelse av gjeldende § 16 som gjelder kopiering fra samlingene i arkiv, bibliotek og museer, til også å gjelde for *undervisningsinstitusjoner*. Så langt det er tale om kopiering for tilsvarende formål som de som er aktuelle for arkiv, bibliotek og museer, og ikke også for kopiering til bruk i undervisningsvirksomheten som sådan, synes denne utvidelsen å ha liten praktisk betydning for så vidt som undervisningsinstitusjoner under enhver omstendighet vil kunne organisere seg slik at institusjonens samlinger blir styrt som en egen avdeling og denne vil kunne gis status som bibliotek. Dersom undervisningsinstitusjoner ved forskrift skal gis adgang til å fremstille eksemplar på linje med bibliotek og museer, bør det være et krav at institusjonens samling er avgrenset og kan identifiseres, slik at ikke reglene benyttes for kopiering også av annet materiale.

Det savnes imidlertid i denne forbindelse en drøftelse av forholdet til avtalelisensbestemmelsene i utkastet §§ 13b og 14. Det må forutsettes at forskriften etter § 16 ikke skal hjemle kopiering som ellers ville kunne skje på basis av avtalelisensbestemmelser. Forholdet mellom de nevnte avtalelisensbestemmelsene og forskriftshjemmelen er særlig vesentlig når det gjelder forskning (og evt. studier) som utføres av institusjonsansatte og av studenter eller elever, for så vidt denne aktiviteten har en slik tilknytning til institusjonens egen virksomhet hhv. til undervisningsopplegget at kopieringen ikke kan skje med hjemmel i åvl. § 12. Sammenlign i den forbindelse at biblioteket etter gjeldende forskrift § 1–9 kan fremstille eksemplar for utlevering til låntakere bare for ”*særskilt* forsknings- eller studieformål” (uthevet her) samt bemerkningene foran til § 12 ad kopiering til ”personlig yrkesmessig bruk”. En utvidelse av § 16-hjemmelen må ikke medføre en innskrenkning av virkeområdet for avtalelisensbestemmelsene vedrørende eksemplarfremstilling i undervisningsvirksomhet, sammenholdt med dagens ordning.

Det foreslås i høringsnotatet at formålet for forskriftshjemmelen i § 16 – ”*konserverings- og sikringsformål og andre særskilte formål*” – erstattes med ”*nærmere angitte formål*”. I høringsnotatet er ikke redegjort for hva slike nærmere angitte formål skal være, bortsett fra forsknings- og studieformål. Det synes betenkelig å overlate til departementet – uten nærmere føringer i lovmotivene – å fastsette for hvilke formål eksemplarfremstillingen skal kunne skje. Gjeldende formålsangivelse, eventuelt supplert med *særskilte* forsknings- og studieformål (sml. forskriften § 1-9) må, så lenge departementet ikke i lovforarbeidet har maktet å redegjøre for andre mulige formål, antas å være tilstrekkelig.

Det er foreslått et nytt annet ledd i § 16, som skal tillate *tilgjengeliggjøring av verk i samlingen over terminaler i institusjonens lokaler*. En slik tilgjengeliggjøring er etter gjeldende rett i utgangspunktet betinget av opphavsmannens samtykke for så vidt den innebærer en tilgjengeliggjøring for allmennheten. I anledning høringsnotatets redegjørelse side 80 skal dog bemerkes at for så vidt som det er spørsmål om digitale eksemplar som er fremstilt av institusjonen med hjemmel i forskriftene til § 16, må det antas at tilgjengeliggjøringen er hjemlet i § 16. M.a.o. omfatter § 16 ikke bare rett til å *spre* slike fremstilte eksemplar, som departementet påpeker, men også å gjøre dem tilgjengelig på annen måte innenfor de rammer som følger av formålet med vedkommende forskriftsbestemmelse som hjemler eksemplarfremstillingen. Det nye med det foreslåtte tillegget i annet ledd er da at slik tilgjengeliggjøring også vil kunne omfatte digitale eksemplar som biblioteket har anskaffet utenfra til sine samlinger. Hvor langt det er behov for en lovhjemmel for å fange opp disse tilfellene, er uklart. Sammenlign at departementet her også tar det forbehold at slik tilgjengeliggjøring må skje innenfor rammen av avtalevilkår som måtte gjelde for de anskaffede eksemplarene.

I ny § 16a foreslås en avtalelisensbestemmelse for bibliotek, som dekker både fremstilling av eksemplar av verk og tilgjengeliggjøring av verk. Etter sin ordlyd er forslaget ikke begrenset til å gjelde fremstilling av eksemplar av verk som biblioteket har i sine samlinger, og tilgjengeliggjøring av slike eksemplar. Denne manglende begrensning er ikke kommentert av departementet i høringsnotatet. Intensjonen med forslaget er ifølge motivene primært å åpne for tilgjengeliggjøring over nett, uten at rammene for en slik tilgjengeliggjøring er nærmere beskrevet. Det antas at det iallfall er hensikten å åpne for en ordning tilsvarende det tyske Subito-systemet, slik at bibliotek kan tilby lånere etter bestilling over nett på grunnlag av elektroniske kataloger som er gjort tilgjengelig der, å levere artikler m.v. gjennom forsendelse av fotokopi, telefaks eller

over nett som e-postvedlegg. Det antas at tanken her er at hjemmelen skal være begrenset til verk som biblioteket har i sine egne samlinger, samt formidling fra andre biblioteks samlinger, for så vidt i tråd med gjeldende forskriftsbestemmelser om fjernlån. Om det skal gjelde en slik begrensning, bør den fremgå av lovteksten og ikke bare overlates partene som forhandler avtale.

Ifølge høringsnotatet ser departementet ”ingen grunn til å utvide adgangen til å fremstille eksemplar av pliktavleverte dokumenter”. Denne adgangen er beskrevet som begrenset til adgang til å fremstille eksemplar når en mottaksinstitusjon etter lov om avleveringsplikt ikke har et verk i sine samlinger og verket ikke kan skaffes på utsalgssted eller fra utgiver, importør eller produsent. Hvilke konsekvenser som skal trekkes av denne uttalelsen for så vidt gjelder mottakerinstitusjonenes adgang til å kopiere fra pliktavleverte eksemplar som omfattes av ordinære bokutgivelser eller tilsvarende, fremgår ikke. Av hensyn til praktisering av en avtalelisensbestemmelse på området er det ønskelig at lovmotivene angir klarere hvilke begrensninger pliktavleveringsloven innebærer med hensyn til utnyttelse av eksemplar som nevnt innenfor en avtalelisensordning.

Den foreslåtte avtalelisensbestemmelsen er ikke begrenset til fremstilling av eksemplar av utgitte – eller iallfall offentliggjorte – verk. Departementet bør redegjøre for hvorfor denne avtalelisensbestemmelsen, i motsetning til øvrige avtalelisensbestemmelser, ikke er begrenset i så henseende. Bibliotek mottar i en viss utstrekning dokumentsamlinger som omfatter verk som ikke er utgitt eller endog ikke er offentliggjort. Hvor langt deponeringen i biblioteket innebærer en offentliggjøring, vil bero på deponeringsavtalen, eventuelle testamentariske bestemmelser osv. Slike klausuler skal selvfølgelig respekteres, noe som vil kunne presiseres i avtalen som utløser avtalelisens. I og med at vedkommende bibliotek vil være part i avtaler som her gjelder, liksom i avtaler som måtte gjelde bruken av andre eksemplar i bibliotekets samlinger, som f.eks. digitale eksemplar, vil dette være tilstrekkelig. Man bør likevel overveie om det skal tas inn forbehold herom i selve lovteksten, sml. kommentarene nedenfor vedrørende avtalelisens for bruk av verk i samleverk – utkastet § 18.

3.3.8 Bruk av verk for funksjonshemmede – utkastet §§ 17 til 17b

Gjeldende § 17 ”Eksemplarfremstilling for funksjonshemmede” foreslås erstattet med tre bestemmelser om ”Bruk av verk for funksjonshemmede”. Denne overskriften tyder på at det er verket som er laget for den funksjonshemmede, ikke at det er tale om fremstilling av særskilte eksemplar for funksjonshemmede. Den nye § 17 bør beholde overskriften ”Eksemplarfremstilling for funksjonshemmede”. Paragraf 17a kan da gis overskriften ”Tvangslisens for fremstilling av opptak for funksjonshemmede” og § 17b overskriften ”Avtalelisens for opptak for funksjonshemmede”. For øvrig er det ikke den funksjonshemmedes bruk av verkene som er gjenstand for bestemmelser om fri bruk, tvangslisens eller avtalelisens – det er eksemplarfremstillingen; den enkelte funksjonshemmedes bruk er opphavsrettslig nøytral.

Det skal bemerkes at den funksjonshemmedes tilstand er en funksjonshemning, ikke en ”funksjonshemming” som er forløpet som har ført til tilstanden.

I § 17 og § 17a er presisert at bestemmelsen ikke gjelder for ”ervervsmessig eksemplarfremstilling”. Det bør overveies om ikke denne formuleringen bør erstattes med ”fremstilling av eksemplar i ervervsøyemed”, slik at det ikke blir det ervervsmessige ved selve eksemplar

fremstillingen, men ved tilgjengeliggjøringen av det fremstilte eksemplar, som kommer i fokus (sml. artikkel 5.3(b)). Selve fremstillingen som sådan vil jo ikke gi et økonomisk utbytte – dette vil i tilfelle være knyttet til formidlingen av eksemplarene – samtidig som fremstillingen som sådan ofte vil være ervervsmessig i den forstand at den som foretar denne, må kunne ta betalt for fremstillingsarbeidet.

3.3.9 Avtalelisens for bruk i samleverk – § 18

Gjeldende tvangslisens i åvl. § 18 som gir rett til å gjengi verk i samleverk bestemt til bruk ved undervisning eller gudstjeneste, foreslås erstattet med en generell bestemmelse om avtalelisens for gjengivelse i samleverk, uansett hva samleverket er bestemt for. Denne utvidelsen er i notatet bare begrunnet med et ønske om en enklere klareringsform også utenfor områdene gjengivelse bestemt for bruk ved undervisning eller gudstjeneste. Departementet synes ikke å ha noen motforestillinger mot å etablere en avtalelisensordning på områder som i dag – iallfall blant profesjonelle brukere – dekkes opp ved individuelle avtaler og individuell vederlagsfastsettelse, og begrunner ikke nærmere behovet for en slik ordning. Forslaget vil bl.a. hjemle opprettelse av elektroniske og andre databaser bestående av et stort antall verk (så langt databasen kvalifiserer som samleverk) i kraft av avtalelisens. Kravet om at det skal være en sammenstilling av verk av et større antall opphavsmenn og – i særdeleshet – at sammenstillingen skal kvalifisere som samleverk, bør understrekes i lovmotivene.

Tross rekkevidden av dette forslaget drøfter departementet ikke om opphavsmannen hhv annen rettighetshaver i loven bør sikres en rett til å nekte gjengivelsen. Det forhold at foreliggende avtaler med forlag eller andre produsenter ofte innebærer at opphavsmann hhv utøvende kunstner selv er avskåret fra å gi samtykke til slik bruk er ikke nevnt, og hvordan dette forhold kan og bør hensyntas i en avtalelisensordning, er ikke omtalt.

Dette er et meget langtgående forslag som ikke kan sies å være tilstrekkelig begrunnet i høringsnotatet. Det bemerkes også at forslaget er særnorsk for så vidt som hverken den danske endrede opphavsretsloven, proposisjonen til endringer i den finske opphavsretsloven eller det svenske høringsutkastet inneholder en slik generell avtalelisensbestemmelse. Ordningen er neppe forenlig med tretrinnsstenen ifølge Bernkonvensjonen artikkel 9 (2) hhv. TRIPS-avtalen artikkel 13, idet kravet om at avgrensingsbestemmelsen skal gjelde ”visse spesielle tilfelle”, nok ikke kan anses oppfylt.

Velger departementet likevel å foreslå innført en slik vid avtalelisensordning, bør rettighetshaver i loven sikres en rett til å forby den aktuelle bruken unntatt når det er tale om gjengivelse i samleverk bestemt til bruk ved undervisning. Ikke bare er det her et spørsmål om å kunne holde orden i forhold til inngåtte avtaler; en rettighetshaver kan ha høyst begrunnede meninger om i hvilke sammenhenger han eller hun ønsker å se sine verk eller arbeider gjengitt, og skal i den henseende ikke være begrenset til bare å kunne påberope de rammer som åvl. § 11, jf. § 3, trekker vedrørende krenkende bruk.

Det skal tilføyes at på grunn av eksisterende avtaler som begrenser den enkelte opphavsmanns adgang til å inngå avtaler om bruk av verket eller mindre deler av det i annen sammenheng, vil en avtalelisensordning her gjøre et langt større inngrep i eksisterende avtaleforhold enn gjeldende tvangslisensbestemmelse som har et svært begrenset formål, og som unntar fra

tvangslisensbestemmelsen verk som er utarbeidet til bruk ved undervisning. Dessuten begrenses etter forslaget ikke avtalelisenshjemmelen til å gjelde verk som er utgitt hhv. offentliggjort for mer enn fem år siden. Men det er vel tanken at det kan overlates til forvaltningsorganisasjonen å sette den slags grenser om ønskelig.

Det er lovens ordning at kapittel 2-bestemmelsene ikke kan settes til side av opphavsmannen – hverken ved ensidig forbehold eller ved avtale – med den virkning at bruk som angitt i kapittel 2-bestemmelsen vil innebære en opphavsrettskrenkelse. Dette er en del av bakgrunnen for det nettopp omtalte unntaket for verk utarbeidet til bruk ved undervisning. Mellom partene i en avtale som avviker fra lovens kapittel 2-bestemmelser, vil avtalen gjelde med den virkning at overtredelse av avtalen bare medfører kontraktsrettslige sanksjoner. En avtaleklausul som gjør unntak fra en kapittel 2-bestemmelse, innebærer ikke at dersom en avtalepart gjør bruk av verket i samsvar med vedkommende kapittel 2-bestemmelse, begår han eller hun en opphavsrettskrenkelse. Avtalen har dessuten ingen virkning i forhold til tredjemann. Det innebærer at dersom en opphavsmann har inngått avtale hvorved et forlag får enerett til utgivelse av et verk, vil denne avtalen ikke kunne gjøres gjeldende overfor tredjemann som bruker verk med hjemmel i en avtalelisensbestemmelse eller med hjemmel i den avtalen som utløser avtalelisensbestemmelsen.

Dette problemet kan i prinsippet løses ved at den avtaleinngående forvaltningsorganisasjonen påser at avtalen inneholder bestemmelser som utelukker fra avtalelisens bruk som ikke er forenlig med avtaler som vedkommende opphavsmann har inngått. Det sier seg selv at i praksis vil forvaltningsorganisasjonen og brukeren ikke ha noen mulighet til å kjenne til slike avtaleklausuler – i særdeleshet ikke klausuler som gjelder etter avtaler mellom parter som ikke er tilsluttet forvaltningsorganisasjonen. En avtale som utløser avtalelisens vil i det praktiske liv bare kunne operere med generelle unntak, tilsvarende det unntak som i dag gjelder etter § 18 første ledd i.f. Skal brukeren eller organisasjonen henvises til å undersøke hvilke avtaler som gjelder mellom opphavsmannen og dennes forlag eller utgiver, er et vesentlig poeng med avtalelisens – nemlig forenklet rettighetsklarering – nærmest fjernet. Derfor bør avtalelisensbestemmelsen i loven inneholde en adgang for opphavsmannen til å nedlegge forbud mot den aktuelle bruken, med eventuelt unntak som i gjeldende § 18 første ledd i.f. Også av den grunn at avtalelisensbestemmelsen etter forslaget omfatter kommersiell utnyttelse innenfor et nærmest ubegrenset felt, bør lovbestemmelsen sikre opphavsmannen en slik rett.

Begrunnelsen for samleverksbestemmelsen i gjeldende § 18 er at man for undervisnings- og gudstjenesteformål skal være sikret tilgang til verk uavhengig av samtykke fra opphavsmannen. Man skal altså ikke kunne risikere at opphavsmannen ”sensurerer” bruk av verk i undervisning og i gudstjenestøyemed. Dette skulle tilsi at man opprettholdt tvangslisensen for så vidt gjelder analog anvendelse, slik at de nevnte hensyn i et minstemål er imøtekommet.

Skal avtalelisensbestemmelsen omfatte gjengivelse i samleverk bestemt til annet enn bruk ved undervisning (eller gudstjeneste) bør den suppleres med en rett for opphavsmannen og dennes rettsetterfølger til å nedlegge forbud mot utnyttelsen, unntatt for så vidt gjelder gjengivelse i verk bestemt til bruk ved undervisning.

Departementet kommenterer heller ikke spørsmålet om, eller i hvilken utstrekning opphavsmannen etter en avtalelisensordning her, bør sikres krav på individuelt vederlag tilsvarende som

etter en tvangslisens. Riktignok kan vurderingen av dette avhenge av det aktuelle samleverkets karakter og andre omstendigheter, men en viss veiledning ville være på sin plass.

Det antas å være en inkurie når avtalelisensen ikke er begrenset til *utgitte* litterære eller vitenskapelige verk og musikkverk hhv. *offentliggjorte* kunstverk og fotografisk verk. Utelatelsen av denne type kvalifikasjoner samt utelatelsen av femårsgrensen som gjelder etter gjeldende § 18, er ikke kommentert av departementet. Heller ikke er kommentert at man ikke har videreført bestemmelsene om at hjemmelen ikke kan brukes for å gjengi verk som er utarbeidet til bruk ved undervisning, men på dette punkt bør man vel kunne føle seg trygg på at forvaltningsorganisasjonene tar inn adekvate begrensninger i avtaler om fremstilling av samleverk.

For øvrig bemerkes at departementet har begrenset denne avtalelisensbestemmelsen til gjengivelse i samleverk uten å presisere at slike samleverk kan gjøres tilgjengelig for allmennheten, sml. merknadene foran punkt 3.1. Det er ikke begrunnet at denne bestemmelsen her er gitt en annen utforming i så måte enn øvrige avtalelisensbestemmelser som tillater eksemplarframstilling m.v.

3.3.10 Fremføring av verk i undervisning m.v. – § 21

Det vises til bemerkningene foran under punkt 3.3.4. I tillegg bemerkes at tilsvarende som for § 17 bør unntakene for ”erhvervsmessig undervisning” omformuleres slik at det ikke er undervisningens avvikling, men dens formål som unntakene knyttes til (sml. direktivets artikkel 5.2 (c) som knytter unntaket til undervisningsinstitusjonens formål og artikkel 5.3(a) som knytter unntaket til *undervisningens* formål). Paragraf 21 tredje ledd kan også i andre henseender forenkles, slik:

”Denne paragraf gjelder ikke for filmverk, scenisk fremføring av sceneverk og fremføring ved kringkasting. Videre gir den ikke rett til annen overføring til allmennheten og til offentlig fremføring av databaser, når denne skjer i undervisning som har ervervsmessig øyemed. Adgangen til fremføring i undervisning gjelder ikke fremføring innen rammen av organisert konsertvirksomhet.”

3.3.11 Gjengivelse av kunstverk, fotografiske verk og byggverk m.v.

Departementet foreslår i høringsnotatet at gjeldende bestemmelse i *åvl. § 23 første ledd første punktum* om fri gjengivelse av offentliggjort kunstverk og fotografisk verk i tilslutning til teksten i kritisk eller vitenskapelig fremstilling som ikke er av allmennopplysende karakter, videreføres med den begrensning at gjengivelse bare kan skje ”i den utstrekning *det ikke-erhvervsmessige* formålet betinger”. Denne kvalifikasjonen begrunnes med bestemmelsene i direktivets artikkel 5.3(a) som gjelder gjengivelse ved undervisning og i forskningssammenheng, hvoretter adgangen til gjengivelse bare gjelder så langt det ikke-erhvervsmessige formålet med undervisningen hhv. forskningen rekker. Det er noe uklart hvordan dette kriterium forholder seg til publisering av slike fremstillinger. Publiseringen som sådan må vel antas å skje i ervervsmessig øyemed, uansett at publikasjoner av denne art ofte ikke er regningssvarende, men den opprinnelige gjengivelsen har jo ikke publisering for øye. I mangel av nærmere retningslinjer må man formodentlig legge til grunn at forslaget innebærer at brukeren (forlaget) i disse tilfelle alltid vil være henvist til avtalelisensbestemmelsen i utkastet § 24 første ledd a) – alternativt avtale med vedkommende rettighetshavere selv.

Bestemmelsen i åvl. § 23 første ledd første punktum må ses i sammenheng med den alminnelige sitatretten i åvl. § 22, som gjelder åndsverk i sin alminnelighet og antas i en viss utstrekning å hjemle gjengivelse av kunstverk og fotografiske verk (sml. Ot.prp. nr. 15 (1994–95) s. 127 f). Sitatretten etter § 22 er ikke kommentert av departementet, men må åpenbart være hjemlet i direktivets alminnelige sitatbestemmelse i artikkel 5.3(d), som i likhet med § 22 er verksnøytral og ikke begrenset til gjengivelse som ikke skjer i ervervsmessig øyemed.

Gitt denne sammenheng med den alminnelige sitatretten og formålet med en bestemmelse om fri bruk ved gjengivelse i kritisk eller vitenskapelig fremstilling, savnes i høringsnotatet en drøftelse av hvorvidt det ut fra en formålsbetragtning kunne være ønskelig å opprettholde gjeldende bestemmelser om fri bruk så langt det er tale om gjengivelse i analog form.

Åvl. § 23 første ledd annet punktum inneholder en tvangslisens for gjengivelse av offentliggjort fotografisk verk i kritisk eller vitenskapelig fremstilling av allmennopplysende karakter og til klargjøringen av teksten i skrifter bestemt til bruk i opplæring. Også disse tvangslisensbestemmelsene foreslås erstattet med avtalelisensbestemmelser (utkastet § 24 første ledd b) og c)). Når det gjelder gjengivelser i kritisk eller vitenskapelig fremstilling av allmennopplysende karakter, er det grunn til å stille de samme spørsmål som nevnt foran (og i punkt 3.1) til rekkevidden, praktikabiliteten og ønskeligheten av å satse alene på avtalelisensbestemmelser her, og ikke opprettholde tvangslisensbestemmelser for analog bruk.

Med hensyn til gjengivelse av offentliggjort fotografi i *skrifter* bestemt til bruk i opplæring, har departementet ikke gitt noen nærmere begrunnelse for hvorfor slik gjengivelse skal undergis en avtalelisens, mens bestemmelsen om gjengivelse av offentliggjort fotografi i skrift av biografisk innhold fortsatt skal kunne skje uten samtykke av opphavsmannen (og uten vederlag) etter forslaget § 23 annet ledd. Som begrunnelse for sistnevnte forslag er angitt at det er tale om å opprettholde en bestemmelse for analog bruk. Denne tilnæringsmåten er derimot ikke drøftet når det gjelder gjengivelse av fotografiske verk i skrifter bestemt til bruk i opplæring, som er det som avtalelisensbestemmelse i § 24 første ledd c) gjelder for.

For øvrig bemerkes når det gjelder gjengivelse av personbilder i skrift av biografisk innhold, at da man i 1995 overførte til åndsverkloven bestemmelsene i fotografiloven om gjengivelse av personbilder i skrift av biografisk innhold, valgte man bevisst å likestille kunstverk med fotografiske verk og bilder. Departementet har i høringsnotatet ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor man nå ønsker å gå vekk fra denne likestillingen.

Sett i lys av at avtalelisensbestemmelsene i utkastet § 24 (med unntak av litra a) erstatter tvangslisensbestemmelser hvor den enkelte rettighetshaver er gitt krav på individuelt vederlag, savnes en drøftelse av spørsmålet om hvorvidt et slikt krav bør lovfestes i avtalelisensbestemmelsene i § 24.

3.3.12 Kringkastingsbruk

3.3.12.1 Avtalelisens for bruk i kringkasting – § 30

Departementet foreslår en endring i gjeldende avtalelisensbestemmelse – åvl. § 30 – for å bringe den mer på linje med de øvrige avtalelisensbestemmelsene. Departementet begrunner ikke

behovet for en slik tilnærming, når bortses fra at departementet ønsker å innføre en ordning med meglings i tilfelle avtale mellom kringkastingsforetaket og rettighetshaverorganisasjonene ikke oppnås. Endringen vil innebære at de organisasjoner som inngår avtale med kringkastingsforetaket, må oppfylle vilkårene etter § 38b med hensyn til representativitet og godkjenning av departementet, for at deres avtaler skal få avtalelisensvirkning. I sammenhengen er verdt å minne om at godkjenningsordningen har sin vesentlige begrunnelse i at organisasjon som inngår avtale som omhandlet i §§ 36 og 37, har adgang til å kreve inn og forvalte vederlag også i forhold til utenforstående opphavsmenn.

Bestemmelsen om at avtalelisensen innebærer at kringkastingsforetak har rett til ”mot vederlag” å kringkaste, opprettholdes. I motivene forutsettes at kringkastingssselskapets plikt til å betale individuelt vederlag ikke endres som følge av de øvrige endringene i avtalelisensbestemmelsen. Samtidig fjernes imidlertid henvisningen til § 30 i åvl. § 35. Denne henvisningen tjener til å løse tvist mellom kringkastingsforetaket og opphavsmannen om vederlagets størrelse. Etter gjeldende ordning fastsettes det tariff i avtalene som inngås mellom kringkastingsforetaket og de enkelte rettighetsorganisasjonene og som utløser avtalelisens. I praksis brukes denne tariffen også i forhold til utenforstående opphavsmenn. Men i prinsippet kan altså den enkelte opphavsmann kreve vederlag av annen størrelse. Eller det kan bli tvist om hvordan tariffen skal anvendes i det konkrete tilfellet.

For så vidt departementet har forutsatt at det fortsatt skal være slik at kringkastingsforetaket er pliktig til å betale individuelt vederlag direkte til den enkelte opphavsmann, er det på grunn av partskonstellasjonen behov for å opprettholde henvisning til reglene etter § 35 første ledd. Tvisteløsningsbestemmelsene i åvl. § 38 gjelder bare mellom parter i avtale som utløser avtalelisens, og tar ikke sikte på tvister om størrelsen av individuelle vederlag, hva enten vedkommende rettighetshaver er tilsluttet organisasjonen som inngår avtalen som utløser avtalelisensen, eller er en utenforstående rettighetshaver. Førstnevnte rettighetshaver formodes antakelig å få ivare tatt sine rettigheter gjennom organisasjonens interne systemer. For utenforstående rettighetshavere gjelder etter § 37 annet ledd at krav om individuelt vederlag bare kan rettes mot forvaltningsorganisasjonen, og etter § 37 annet ledd i.f. kan hver av partene kreve vederlagets størrelse fastsatt etter regler som Kongen gir. Slike regler er fastsatt i kapittel 4 i forskriften til åndsverkloven og er de samme reglene som for tvister etter åvl. § 35 første ledd. M.a.o. er resultatet når departementet foreslår fjernet henvisningen i § 35 til § 30, at samme regler for tvisteløsning fortsetter å gjelde, med mindre departementet har tatt mål av seg til å endre forskriften på dette punkt, noe intet tyder på, sml. at forskriftshjemmelen i åvl. § 37 annet ledd i.f. som nevnt ikke omfatter tvister mellom bruker og rettighetshaver.

Nå kan det være departementets intensjon, sml. godkjenningskravet omtalt foran, at gjeldende ordning for håndtering av vederlag for utnyttelse av avtalelisens etter åvl. § 30 skal endres dit hen at organisasjonen skal innkreve vederlaget for utbetaling til den enkelte opphavsmann, med den virkning at den enkelte rettighetshaver ikke lenger kan kreve kringkastingsforetaket for vederlaget, men bare kreve forvaltningsorganisasjonen. I så fall bør nok det fremgå gjennom en endring i lovteksten og nevnes uttrykkelig motivene. I lovteksten kan i tilfelle en slik intensjon markeres ved at § 30 første ledd endres slik :

”Norsk rikskringkasting og etter Kongens bestemmelse andre kringkastingsforetak har rett til å kringkaste et utgitt verk når betingelsene for avtalelisens etter § 36 er oppfylt. *Opphavsmannen har krav på vederlag, som avregnes av organisasjon som inngår avtalen som utløser avtalelisens etter § 36.*”

En slik endring vil i tilfelle innebære en betydelig ansvarsforskyvning fra kringkastingsforetaket til rettighetshaverorganisasjonene. Ansvarsforskyvningen synes ubegrunnet tatt i betraktning at de aktuelle kringkastingsforetakene er profesjonelle aktører som burde kunne håndtere forholdet til rettighetshavere direkte, på linje med hva andre produsenter forutsettes å gjøre. Den vil innebære at det sikres at det betales vederlag for all kringkasting som skjer med hjemmel i bestemmelsen. Det må påregnes at organisasjonene for så vidt disse overlates ansvaret, vil måtte kreve høyere vederlagsatser, skal vedkommende organisasjon få dekket sine omkostninger og den individuelle opphavsmann samtidig komme like godt ut av det som før. Hvor langt dette vil oppveies av bortfall av administrative kostnader for kringkastingsforetakene vites ikke. Disse økonomiske konsekvenser av forslaget er ikke belyst i høringsnotatets kapittel 4 om økonomiske konsekvenser av endringsforslagene.

3.3.12.2 Avtalelisens for bruk av verk i kringkasternes samlinger – ny § 30a

Departementet foreslår i høringsutkastet innført en avtalelisensbestemmelse for bruk av verk som inngår i kringkastingsforetakets egne offentliggjorte produksjoner. Formodentlig siktes det med dette til opptak gjort for bruk i kringkastingssendinger, som kringkastingsforetaket har oppbevart etter at sendingen fant sted. Dette er opptak som er gjort enten etter avtale med rettighetshaver eller med hjemmel i åvl. § 31 om efemere opptak. Ifølge forskriften § 2–6 kan sistnevnte type opptak ikke oppbevares lenger enn i ett år, med mindre opptaket gjelder verk av norsk statsborger eller annet avtales med opphavsmannen eller opptaket har dokumentarisk karakter. Disse reglene om oppbevaring har sin bakgrunn i Bernkonvensjonen artikkel 11 bis (3) som tillater at kringkastingsforetak ved bruk av egne hjelpemidler gjør efemere opptak for bruk i sine egne sendinger, og at slike opptak oppbevares i ”offentlige arkiv” når de har uvanlig dokumentarisk interesse (sml. også direktivet artikkel 5.2(d)).

Så langt den foreslåtte avtalelisensbestemmelsen bare tar sikte på å utnytte verk skapt av norske statsborgere eller andre som er hjemmehørende i Norge, skal forslaget om avtalelisens ikke støte på problemer i forhold til Bernkonvensjonen og TRIPS-avtalen. Hva gjelder utøvende kunstnere er tilsvarende reservasjon relevant i forhold til Roma-konvensjonen og WPPT.

Opptak som er gjort med hjemmel i bestemmelsen om efemere opptak (lovens § 31) og som gjengir verk eller prestasjon av rettighetshaver som har krav på beskyttelse etter de nevnte konvensjoner, vil ikke kunne utnyttes for formålene angitt i utkastet § 30a. Det må antas at de respektive konvensjonsbestemmelser om slike opptak er uttømmende.

For norske verk og prestasjoner synes hensynet til det forhold at opptakene opprinnelig, med hjemmel i § 31 eller i avtale, er gjort for bruk ved kringkastingssending – et flyktig forehavende – ikke for mer varig bruk, å være tilstrekkelig varetatt ved at bestemmelsene inneholder en reservasjonsadgang for opphavsmannen tilsvarende den som gjelder etter § 30, og en tilsvarende reservasjonsadgang for utøvende kunstner og eventuell produsent.

Bestemmelsen foreslås av departementet plassert som ny § 30a. I lys av at avtalelisensbestemmelsen her dels berører opptak gjort med hjemmel i § 31, og at den gjelder etterfølgende bruk, bør bestemmelsen plasseres som ny § 33, og nåværende § 32 som gjelder andres bruk av kringkastingssendinger, flyttes til § 33 som erstatning for den nåværende § 33 som departementet foreslår at oppheves, hvilket riktignok er uteglemt i selve lovutkastet.

4. Nærstående rettigheter

4.1 Rettighetenes innhold

Departementet foreslår at utøvende kunstnere og film- og fonogramprodusenter skal ha rett til å gjøre opptakene sine tilgjengelige for allmennheten. Derved går departementet lengre enn det informasjonssamfunnsdirektivet (og WPPT) krever, med den begrunnelse at man tilstreber nordisk rettsenhet.

Omfanget av rettighetene med hensyn til lydopptak fremstår i høringsnotatet som noe uklart. Departementet omtaler (høringsnotatet s. 22 til 23) utøvende kunstners og tilvirkers rett her som en ”generell rett”, samtidig som ”Paragraf 45b foreslås videreført som en begrensning i eneretten med hensyn til lydopptak. For offentlig fremføring av vernede lydopptak skal det fortsatt gjelde en vederlagsrett – ingen enerett.” I spesialmotivene til § 45b heter det (høringsutkastet s. 88): ”Etter gjeldende bestemmelse har utøvende kunstnere og tilvirkere en vederlagsrett ved offentlig fremføring av lydopptak som de har medvirket til/tilvirket. Det foreslås at denne retten videreføres i *første ledd første punktum*, men at tvangslisensen ikke gjelder ved overføring på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket”, jf. første ledd nytt *siste punktum*.” Bildet blir ytterligere forvirrende når det i avsnittet om fondsloven (høringsnotatet s. 23) heter: ”Når påforespørselsretten tas ut av § 45b og gjøres om til en enerett, skal dette fortsatt holdes utenfor avgiftsplikten.”

Departementet foreslår etter dette endringer av rettighetsangivelsene i § 42 annet ledd og § 45 første ledd og en endring i § 45b, samt en endring i fondsloven § 3. I utkastet § 42 annet ledd i.f. og § 45 første ledd i.f. heter det at tilgjengeliggjøringsretten etter disse bestemmelser ”*gjelder ikke for offentlig fremføring av lydopptak etter § 45b*”. Mens § 45b første ledd foreslås endret slik: ”*Lydopptak av utøvende kunstners prestasjoner kan innenfor det i § 45 nevnte tidsrom gjøres tilgjengelig for allmennheten ved offentlig fremføring. Dette gjelder ikke for overføring på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket.*”

Etter dette er det heller uklart om departementet mener å forslå en tilgjengeliggjøringsrett for utøvende kunstnere og tilvirkere som ikke omfatter offentlig fremføring av lydopptak på annen måte enn ved tilrådighetsstillelse (tilgjengeliggjøring på slik måte at den enkelte selv bestemmer tid og sted for tilgang til opptaket) i kombinasjon med en videreføring av vederlagsretten etter § 45b, eller en i prinsippet altomfattende tilgjengeliggjøringsrett som dog blir gjenstand for en tvangslisens for annen offentlig fremføring av lydopptak enn i form av tilrådighetsstillelse, som bestemmes i § 45b.

Den valgte utformingen av lovtekstene tyder på det første. Den innebærer nemlig snarere en generell avgrensning av rettighetene etter § 42 hhv. § 45 (mot annen offentlig fremføring av lydopptak enn gjennom tilrådighetsstillelse) i kombinasjon med vederlagsrett etter § 45b, enn en tvangslisens som jo nettopp mot betaling av vederlag tillater bruk som ellers er omfattet av en rett etter åndsverkloven. Den gjør det dessuten ytterst utilgjengelig, om man så må si, at tilgjengeliggjøringsretten for lydopptak etter § 42 annet ledd hhv. § 45 første ledd – uten noen begrensning – omfatter retten til å overføre opptaket på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket. Dessuten medfører den uklarheter med hensyn til rekkevidden av retten til overføring på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket, når man skal se bestemmelsen i sammenheng med åvl. § 58 og forskriften til § 59.

Retten til tilrådighetsstillelse av lydopptak må fremgå direkte av § 42 annet ledd hhv. § 45 første ledd. Dersom intensjonen er at tilgjengeliggjøringsretten mht. opptak i utgangspunktet skal være generell også for lydopptak, men gjenstand for en tvangslisens hva gjelder offentlig fremføring av lydopptak på annen måte enn ved tilrådighetsstillelse, bør de nevnte paragrafledd formuleres slik:

Paragraf 42 annet ledd:

”Er en utøvende kunstners fremføring tatt opp som nevnt i første ledd bokstav a), må det ikke fremstilles eksemplarer av opptaket, og opptaket må ikke gjøres tilgjengelig for allmennheten, uten kunstnerens samtykke, før 50 år er gått etter utløpet av det år innspillingen fant sted. Dersom opptaket i løpet av dette tidsrom offentliggjøres, varer vernet i 50 år etter utløpet av det år opptaket første gang ble offentliggjort. For offentlig fremføring av lydopptak gjelder dog bestemmelsene i § 45b eller lov av 14. desember 1956 nr. 4, med mindre fremføringen skjer på en slik måte at den enkelte kan velge tid og sted for tilgang til opptaket.”

Paragraf 45 første ledd siste punktum bør da gis ordlyden:

”For offentlig fremføring av lydopptak gjelder dog bestemmelsene i § 45b eller lov av 14. desember 1956 nr. 4, med mindre fremføringen skjer på en slik måte at den enkelte kan velge tid og sted for tilgang til opptaket.”

Hvorvidt det er bevisst fra departementets side at det ikke er foreslått noen endring av gjeldende § 42 siste ledd som henviser så vel til § 45b som til fondsloven, vites ikke. Også med departementets tekstforslag vil det være nødvendig å endre denne bestemmelsen eller fange opp en henvisning til fondsloven tilsvarende som i forslaget her.

Er det derimot departementets hensikt at man skal innføre en tilgjengeliggjøringsrett som ikke skal omfatte offentlig fremføring av opptak på annen måte enn ved tilrådighetsstillelse, bør § 42 annet ledd hhv. § 45 første ledd avsluttes slik:

”Bestemmelsen omfatter ikke annen offentlig fremføring av lydopptak enn overføring på en slik måte at den enkelte kan velge tid og sted for tilgang til verket. For slik annen offentlig fremføring gjelder det som er bestemt i § 45b og i lov av 14. desember 1956 nr. 4.”

Begge forslagene mht. § 42 annet ledd forutsetter at gjeldende § 42 siste ledd oppheves.

Departementet foreslår at henvisningen til åvl. § 2 i så vel § 42 femte ledd som § 45 tredje ledd endres slik at den i stedet for bare å vise til § 2 tredje ledd, skal vise til hele paragrafen. Dette begrunnes med at man innfører en rett for utøvende kunstner hhv. produsent til å gjøre opptaket tilgjengelig for allmennheten. Poenget med *gjeldende* henvisninger til § 2 tredje ledd er å fange opp definisjonen av hva som anses som spredning av eksemplar. Denne henvisningen vil fortsatt være tilstrekkelig for å angi hva som menes med å gjøre tilgjengelig for allmennheten. Henviser man til hele § 2, oppfanges også annen utnyttelse av prestasjonen enn direkte bruk av det enkelte opptaket, sml. at etter § 2 første ledd angis opphavsmannens enerett å omfatte fremstilling av eksemplar og tilgjengeliggjøring av verket i ”opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk”. Da ingen av de nærstående rettigheter har et så vidt innhold, er det konsekvent – i paragrafene om utøvende kunstners og tilvirkeres vern, så vel som i paragrafene om rettigheter til databaser hhv. om retten til fotografisk bilder (§ 43a) som begge omfatter også rett til tilgjengeliggjøring – ikke vist til § 2 første ledd. De to sistnevnte bestemmelsene viser til ”§ 2 andre og tredje ledd”.

Departementet foreslår ingen endring i henvisningene i de to sistnevnte bestemmelsene, men derimot altså at det i § 42 og § 45 skal henvises til hele § 2. Ettersom det fortsatt ikke er meningen å innføre for utøvende kunstnere og tilvirkere av lydopptak og film en enerett av samme omfang som opphavsretten (som omfatter bl.a. plagiatvernet), må denne løsningen på det sterkeste frarådes. En slik henvisning kan heller ikke antas å være nødvendig av hensyn til å fange opp at som eksemplar regnes så vel permanente som midlertidige eksemplar. I så fall skulle man jo ha samme behov for å endre henvisningene til § 2 i §§ 43 og 43a.

For så vidt som det er ønskelig i §§ 42 og 45 å angi nærmere hva som regnes som eksemplar-fremstilling, bør man her, i likhet med i §§ 43 og 43a, vise til § 2 annet ledd som bør gi den fulle definisjonen av hva som regnes som eksemplarfremstilling, sml. bemerkningene om dette foran under punkt 2.1. Etter dette bør det i §§ 42 og 45 vises til § 2 andre og tredje ledd, ikke til § 2 i dens helhet.

4.2 Rettighetenes rekkevidde

Departementet har i høringsnotatet ikke uttalt seg om rekkevidden av den nye tilgjengeliggjøringsretten for utøvende kunstnere og tilvirkere. Det foreslås ingen endringer i åvl. § 58 som angir når bestemmelsene i §§ 42 og 45 får direkte anvendelse.

I mangel av forslag her må legges til grunn at det er departementets intensjon at retten til tilgjengeliggjøring av opptak, med unntak av spredningsretten, skal gjelde for norsk statsborger eller person som er bosatt her i riket og selskap som har norsk styre og sete her i riket, jf. § 58 første ledd.

Åvl. § 58 annet ledd første punktum lyder: ”Bestemmelsene i § 42 og i § 45a gjelder dessuten også for fremføringer og kringkastingssendinger som finner sted i Norge.” Siden gjeldende § 42 annet ledd ikke omfatter rett til fremføring av opptak, omfatter bestemmelsen i dag kun utøvende kunstners rettigheter til levende fremføringer etter § 42 første ledd (samt kringkasters rett etter § 45a). Med mindre intensjonen er at retten til tilgjengeliggjøring av opptak etter § 42 annet ledd og § 45 første ledd skal gjelde enhver offentlig fremføring i Norge, uten slike vilkår

med hensyn til utøvende kunstners eller tilvirkers tilknytning til riket som gjelder etter § 58 første ledd, bør § 58 annet ledd første punktum endres slik at henvisningen til § 42 gjøres til en henvisning til § 42 første ledd.

Utøvende kunstnere og tilvirkere som er hjemmehørende i et EØS-land vil ha rettigheter i kraft av forskriften § 6–1, jf. åvl. § 58 første ledd. Norges forpliktelser etter WPPT vil bli gjennomført ved tilføyelser i forskriften til § 59.

Det bemerkes at for retten til vederlag etter § 45b gjelder bestemmelsene i § 58 første ledd, forskriften § 6–1 og forskriften § 6–12, og at vederlagsrettens rekkevidde ikke berøres av ovenstående.

5. Nytt kapittel 6 a – bestemmelser til vern for tekniske beskyttelsessystemer og elektronisk rettighetsinformasjon

Motivene vedrørende dette kapitlet er til dels vanskelig tilgjengelige, forståelig nok sett på bakgrunn av bestemmelsene i direktivet artikkel 6 og 7 og WIPO-traktatens bestemmelser om samme tema. I motivene er en del setninger ganske uleselige. Teksten må altså gjennomarbeides vesentlig før den kan tas inn i en proposisjon og være et hjelpemiddel for brukere av loven.

Noen uttalelser i forarbeidene er materielt sett villedende. Således heter det i høringsutkastet side 61 siste hele avsnitt, apropos at man ikke ønsker å skille mellom tilfelle der verket er inkorporert i fysiske produkter og tilfelle hvor det ikke er det: *”Videre må det kunne legges til grunn at tilfeller hvor bruker ikke har lovlig tilgang til verket vil fanges opp av straffelovens bestemmelser, og det er vel også i strafferetten disse tilfeller best hører hjemme. At en på Internett skaffer seg ulovlig tilgang til et verk ved å ”bryte seg inn” i eksemplaret som der er lagt ut, sammenlignes vel best med den klassiske tyverisituasjonen...”* Dette er noe forvirrende sett i lys av at det etter redegjørelsen for straffelovens bestemmelser synes ytterst uklart hvor langt disse kommer til anvendelse i de aktuelle tilfelle (sml. side 58 til 60).

På side 65 sier departementet under avsnittet ”Særlig om privatbrukskopiering” følgende: *”Adgangen til privatbrukskopiering er en fravikelig bestemmelse, og det vil f.eks. etter § 12 ikke være adgang til å ta kopi til privat bruk dersom dette er forbudt gjennom avtaler mellom erverver/bruker og rettighetshaver.”* Denne uttalelsen kan forstås dit hen at hvis en avtale som begrenser den adgangen som brukeren ellers har til å ta kopi til privat bruk, brytes, skjer det en opphavrettskrenkelse, med den konsekvens at handlingen kan være straffbar og erstatningsbetingende. Imidlertid er situasjonen den at det i tilfelle bare vil foreligge et avtalebrudd, med de sanksjoner som måtte følge av avtalen og alminnelig kontraktsrett. Dette utgjør den alminnelige forståelsen av kapittel 2-bestemmelsene. Se ellers bemerkninger til dette temaet foran, særlig under pkt. 3.3.9. Skal det gjelde et unntak i så måte for tilfellene omtalt foran, må det uttrykkelig angis i lovteksten at avgrensingsbestemmelsen viker for annen avtale.

Når det innledningsvis under punkt 3.5.2 om elektronisk rettighetsinformasjon heter at *”digitale eksemplarer av åndsverk kan utstyres med informasjon som identifiserer verket som original”* spør leseren seg om det menes at verkseksemplarer kan utstyres med informasjon om hvem som har

retten til verket (og annen rettighetsinformasjon) eller om det er tale om informasjon som identifiserer verkseksemplaret som et eksemplar som er fremstilt med rettighetshavers tillatelse.

På side 70 nederst står det mysteriøst: ”Artikkel 7 krever at det innføres en rettslig beskyttelse av elektroniske rettighetsinformasjon som er føyd til åndsverk når denne handlingen skjer som ledd i en opphavsrettslig krenkelse”. Hvilken handling man tar sikte på må man kanskje gjette seg til av sammenhengen, men setningen gir ingen mening. Dette er bare ett av flere eksempler på tekstlige merkverdigheter i de alminnelige motivene og spesialmerknadene til utk. §§ 53a til 53d.

Lovtekstene i utk. §§ 53a, b og d er heller ikke lett tilgjengelige, modellert som de er etter direktivets bestemmelser om samme tema.

I direktivets artikkel 6.3 er ”effective technological measures” definert på en slik måte at det ikke kan være tvilsomt at beskyttelsessystemene som ikke skal tillates omgått uten samtykke, omfatter så vel systemer for adgangskontroll som systemer for kontroll med bruken av verket. M.a.o. omfattes også rene adgangskontrollsystemer, uaktet det forhold at selve det å skaffe seg adgang til et verk ikke er en opphavsrettslig relevant handling, i og med at en slik handling ikke etter § 2 krever samtykke fra rettighetshaver. Det er først den etterfølgende bruk, enten den består i fremføring eller i eksemplarframstilling, som kan være opphavsrettslig relevant. I sammenhengen er det grunn til å være oppmerksom på at det ikke ad teknisk vei (som ved hjelp av adgangskontroll) er mulig å skille mellom fremføring som skjer innenfor det private område og således faller utenfor eneretten etter § 2, og offentlig fremføring. Beskyttelsessystemet som skal være forbudt å omgå osv. etter reglene i artikkel 6.1 og 6.2, er ifølge artikkel 6.3 beskyttelsessystemer som rettighetshaverne har tatt i bruk for å ”prevent or restrict acts, in respect of works or other subject matter, which are not authorized by the rightsholder of any copyright or any right related to copyright as provided for by law or the *sui generis* right provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC”. Her refereres ikke til eneretten, bare til gjenstanden for den opphavsrettslige eller tilsvarende beskyttelse.

Etter artikkel 6.1 og 6.2 skal medlemsstatene gi ”adequate legal protection” mot de der nevnte handlinger. Når det gjelder handlingene omfattet av artikkel 6.2 er det tvilsomt at dette kravet vil være tilfredsstillt dersom det skal være tillatt å fremby m.v. innretninger, produkter eller komponenter eller tjenester som muliggjør omgåelse av et adgangskontrollsystem, under henvisning til at det tilbudte produktet m.v. muliggjør fremføring innenfor det private område. Når det gjelder artikkel 6.1 kan det kanskje være grunnlag for en annen vurdering. Om man for disse tilfelle vil begrense omgåelsesforbudet til å gjelde omgåelse med det formål å begå en opphavsrettslig relevant handling som man ikke har rettighetshavers samtykke til, bør denne begrensningen imidlertid fastsettes i lovteksten som et særskilt unntak, istedenfor som i høringsutkastet å være lagt inn som en avgrensning av omgåelsesforbudet. Ellers vil denne åpningen for den enkelte bruker kunne smitte over på forbudet i annet ledd mot markedsføring m.v. av omgåelsesinnretninger og lignende.

Med sikte på å legge teksten i utk. § 53a nærmere opp til direktivteksten, og kanskje gjøre den lettere tilgjengelig, foreslås at paragrafen gis følgende ordlyd:

”Det er forbudt uten samtykke fra rettighetshaveren å omgå tekniske beskyttelsessystemer som denne benytter for å hindre eller kontrollere bruken av et vernet verk [alternativt:

handlinger knyttet til et vernet verk]. [Unntatt fra denne bestemmelsen er omgåelse som skjer utelukkende for å muliggjøre bruk som ikke er omfattet av eneretten angitt i § 2 jf. § 11a.]

Videre er det forbudt å fremstille, innføre, reklamere eller fremby for salg eller utleie samt å selge, leie eller på annen måte spre eller formidle, og for ervervsmessig formål å besitte, innretninger, produkter eller komponenter, som

- a) markedsføres, averteres eller frembys for det formål å omgå tekniske beskyttelsessystemer [som nevnt i første ledd],*
- b) kun har begrenset kommersiell nytte for annet formål enn å omgå [slike] tekniske beskyttelsessystemer, eller*
- c) hovedsakelig er utviklet, fremstilt eller tilpasset for å muliggjøre eller forenkle slik omgåelse.*

Bestemmelsen i annet ledd gjelder tilsvarende for tjenesteytelser.

Bestemmelsen i første ledd gjelder ikke omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer, som skjer i forbindelse med forskning i kryptologi.

For tekniske innretninger til beskyttelse av et datamaskinprogram gjelder i stedet det som er bestemt i § 53c.”

Forbudet i første ledd første punktum definerer hvilke beskyttelsessystemer som omfattes, sml. definisjonen i direktivet artikkel 6.3 av ”effektive beskyttelsessystemer”. Varianten innenfor hakeparentes ligger nærmest direktivteksten. Innskuddet ”eller den som han har gitt samtykke” i departementets utkast til ny § 53a første ledd er overflødig i og med at loven benytter begrepet rettighetshaver, hvilket etter lovens system omfatter også den som har fått overført retten til seg, med mindre annet fremgår av sammenhengen i den enkelte paragrafen. En presisering i så måte er heller ikke gjort i direktivet.

Hakeparentesen omkring første ledd annet punktum markerer det mulige unntak for brudd på adgangskontroll som er omtalt foran. Hakeparentesene i annet ledd markerer tekstledd som antagelig er overflødige.

Begrepsbruken i høringsutkastet § 53a annet ledd synes bare å dekke tilgjengeliggjøring av fysiske gjenstander, sml. at det der heter ”Det er videre forbudt for *spredning* til allmennheten å produsere ... *innretninger, produkter eller komponenter* som ...” I åndsverklovens terminologi omfatter spredning bare overlatelse av fysiske eksemplarer. Det bør i selve lovteksten fremgå klarere at tilgjengeliggjøring av opplysninger som setter brukeren i stand til å omgå tekniske beskyttelsessystemer hhv. som gjør tilgjengelig programvare med samme egenskaper, omfattes. Tatt i betraktning at et vesentlig formål med bestemmelsen er å kunne straffesanksjonere forskjellige tilbud om innretninger m.v. som kan brukes til omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer, kan det synes tvilsomt om bestemmelsen i tredje ledd om at annet ledd gis ”tilsvarende anvendelse” for tjenesteytelser, tilstrekkelig klart fanger opp det å stille til rådighet over nett programvare som muliggjør omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer som nevnt. Legger man til grunn at programvare dekkes av begrepet produkter, er en mulighet å legge til

alternativet å formidle ved siden av handlingene å selge, leie ut eller spre, slik som i teksten foreslått foran. Er det hensikten at disse tilfelle skal fanges opp av tredje ledd, bør nok denne bestemmelsen utbygges noe for å klargjøre dette.

Intensjonen i direktivet artikkel 6.4 synes å være at rettighetshaverne skal ha anledning til å etablere frivillige ordninger før det eventuelt gripes inn for å sikre adgangen til slik bruk som der er nevnt. Denne intensjonen fremkommer dårlig i utk. § 53b. Bl.a. synes man i første ledd å legge til grunn at enhver som har lovlig tilgang til et vernet verk, også skal kunne bruke verket etter samtlige der angitte kapittel 2-bestemmelser. Hensikten med bestemmelsen må imidlertid være å legge til rette for at rettighetshaver besørger at den som er berettiget etter den enkelte kapittel 2-bestemmelsen, kan benytte verket slik vedkommende bestemmelse tillater. Av hensyn til dette og med sikte på muligens å gjøre teksten i ny § 53b lettere tilgjengelig, foreslås at bestemmelsen gis denne ordlyd:

”Dersom rettighetshaver ikke frivillig etter å ha mottatt forespørsel fra den som har lovlig tilgang til et verk som er omfattet av et teknisk beskyttelsessystem som omhandlet i § 53a, besørger at denne kan gjøre slik bruk av verket som han har adgang til etter §§ 13, 13a, 15, 16, 17, 17a, 21, 26 til 28, 31 eller 39h fjerde eller femte ledd, kan rettighetshaver pålegges å sette den berettigede i stand til å utøve slik bruk. Pålegg besluttet, etter begjæring fra den berettigede, av en nemnd opprettet etter regler som Kongen gir. Om nødvendig kan pålegget også omfatte at rettighetshaver skal gi informasjon eller utlevere midler som muliggjør omgåelse av det tekniske beskyttelsessystemet. Nemnda kan i tillegg til pålegg som nevnt bestemme at den som er berettiget etter nevnte bestemmelse, uten hinder av § 53a kan omgå anvendte tekniske beskyttelsessystemer dersom rettighetshaver ikke overholder den frist nemnda setter for etterlevelse av pålegget.

Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke der vernet verk på avtalte vilkår ved overføring stilles til rådighet for allmennheten på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.

Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke for datamaskinprogram.”

Velger man å opprettholde den foreslåtte oppbygningen av § 53b, bør bestemmelsen omskrives slik at teksten klarere fanger opp forutsetning om frivillighet og blir mer presis og enklere tilgjengelig. Dette kan oppnås ved at første ledd og annet ledd første punktum omskrives som følger:

”Rettighetshaver skal påse at den som har lovlig tilgang til et verk, uten hinder av tekniske beskyttelsessystemer benyttet av rettighetshaver, settes i stand til å gjøre slik bruk av verket som han er berettiget til etter §§ 13, 13a, 15, 16, 17, 17a, 21, 26 til 28, 31 eller 39 fjerde eller femte ledd.

Dersom rettighetshaver ikke oppfyller sin plikt etter første ledd, kan han etter begjæring fra den som er berettiget etter en bestemmelse som nevnt ovenfor, pålegges å utlevere informasjon eller nødvendige midler for å muliggjøre den der tillatte bruken av verket.”

Av språklige grunner bør paragraf 53d annet ledd lyde:

”Det er ikke tillatt å gjøre tilgjengelig for allmennheten verk der elektronisk rettighetsinformasjon som nevnt i første ledd er fjernet eller endret uten rettighetshavers samtykke.”

6. Overgangsbestemmelser

Departementet foreslår en endring i åvl. § 60 som følge av at departementet fjerner kriteriet ”utenfor det private område” i § 2. Det vises for så vidt til bemerkningene foran under punktet 2.5, som begrunner hvorfor denne endringen ikke er tilrådelig.

Etter overgangsregelen i III.2b skal loven ikke gjelde der hvor eksemplarfremstilling er igangsatt før loven trådte i kraft, så langt selve eksemplarfremstillingen er avsluttet innen år 2005. Som nevnt foran (se punkt 3.1) er dette neppe en tilfredsstillende overgangsregel der hvor gjeldende bestemmelse om fri bruk eller tvangslisens erstattes med avtalelisensbestemmelser.

For det første er det tvilsomt at overgangsperiodens lengde er tilstrekkelig for å sikre at nødvendige avtalesystemer er kommet på plass. Det er her ellers særlig nærliggende å sammenligne med overgangsbestemmelsene i de to endringslovene av 1995. Således er det spørsmål om det ikke bør være tilstrekkelig at det innen lovendringen trer i kraft er foretatt vesentlige forberedelser for fremstilling av eksemplar med hjemmel i en av de nå gjeldende tvangslisensbestemmelser eller fribruksbestemmelser. Videre er det spørsmål om man ikke bør tillate at det i en overgangsperiode fremstilles nye opplag av samleverk som er basert på tvangslisensen i § 18, hhv. av fremstillinger eller skrifter hvor kunstverk eller fotografiske verk er gjengitt med hjemmel i bestemmelsene i åvl. § 23 første ledd. Her kan overgangstiden settes til eksempelvis ut år 2004 eller 2005.

Uten nærmere begrunnelse foreslås i pkt. III.2c en hjemmel for Kongen til å gi ytterligere overgangsregler. En slik hjemmel bør ikke gis uten at det i lovproposisjonen gis et minimum av føringer mht. hva hjemmelen kan tenkes brukt til. Bl.a. bør regler som er av betydning for rekkevidden av gjeldende privatrettslige avtaler, ikke fastsettes ved forskrift.

Med vennlig hilsen
KOPINOR



John-Willy Rudolph
administrerende direktør