

Kultur- og kirkedepartementet
Postboks 8030 Dep
0030 OSLO

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

Vår ref.
200302879 ES
TMØ/CSV/TKE/

Dato
03.07.2003

Utkast til endringer i åndsverkloven m.m. som følge av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF – høring

Vi viser til Kultur- og kirkedepartementets (KKD) høringsbrev 2. april 2003 og senere forlengelse av høringsfristen til 7. juli 2003, jf. telefonsamtale mellom Camilla Vislie og Constance Ursin 27. juni 2003.

1. INNLEDNING

Justisdepartementet har vurdert enkelte av de strafferettslige aspektene ved forslagene. I den forbindelse har vi særlig sett nærmere på gjennomføringen av direktivets artikkel 7, se nærmere punkt 3. I tillegg har vi enkelte merknader til forslaget til ny § 11 a, se punkt 2.

Vi vil videre påpeke at enkelte av forslagene i høringsnotatet bør vurderes i forhold til yringsfriheten, og har i denne forbindelse følgende bemerkninger:

Som ledd i gjennomføringen av direktiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet foreslås det i høringsutkastet at enerettighetene presiseres og styrkes på enkelte punkter. Ytringsfrihetskommisjonen peker i sin utredning på at yringsfrihet og konflikt kan komme i konflikt under visse omstendigheter, jf. nærmere NOU 1999: 27 s. 136, og særskilt vedlegg nr. 1 til NOU 1999: 27 s. 276 flg. Ytringsfrihetskommisjonen viser i denne forbindelse til at en gjennomføring av direktivet om harmonisering av visse aspekter ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet vil kunne

medføre en innsnevring av åndsverklovens sitatregler (åvl. § 22), regler for gjengivelse av kunstverk (åvl. §§ 22 og 23) og regler for gjengivelse av offentlige forhandlinger. I brev 29. november 2002 fra Justisdepartementet til Kultur- og kirke departementet pkt. 5, er det vist til at enkelte av de opphavsrettslige problemstillinger Ytringsfrihetskommisjonen tar opp, bør nevnes i stortingsmeldingen.

Etter det vi kan se, er det ikke foreslått endringer i sitatreglene i åvl. § 22, eller i bestemmelsen om gjengivelse av offentlige forhandlinger i åvl. § 26. Vi antar at Kultur- og kirke departementet vil komme tilbake til forholdet mellom de endringer som er foreslått i §§ 23 og 24 og andre deler av åndsverkloven, og hensynet til ytringsfrihet, i forbindelse med arbeidet med stortingsmeldingen, jf. ovenfor. Vi gjør oppmerksom på at de foreslåtte lovendringer også må vurderes i forhold til den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 10, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.

2. MERKNADER TIL ENKELTE BESTEMMELSER I UTKASTET

§ 2 fjerde ledd om offentlig fremføring

Justisdepartementet er enig i at det er hensiktsmessig å presisere at formidling gjennom nettverk og kringkasting faller inn under fremføringsbegrepet, og at den løsning som er valgt i lovutkastet, er mer hensiktsmessig enn å innføre en ny type beføyelse som enerett til overføring.

I tilknytning til nederste avsnitt i de alminnelige merknadene på s. 21 kan det nevnes at også Ytringsfrihetskommisjonen er inne på at begrepet "offentlig" bør tolkes innskrenkende i bestemmelser som henviser til dette begrepet, slik at det fremgår klarere at det virkelig dreier seg om en offentlig ytring.¹ Det er mulig at forholdet mellom den nye begrepsdefinisjonen i § 2 og den nåværende § 8, som regulerer når et åndsverk er "offentliggjort", bør avklares i merknadene.

§ 11 lovlig kopieringsgrunnlag:

Justisdepartementet støtter forslaget om å innføre et krav om lovlig kopieringsgrunnlag ut fra hensynet til å opprettholde rettighetshaverens legitime interesser i å beskytte sine økonomiske rettigheter. Generelt må det antas at det også vil være i samsvar med ytringsfriheten å forby eksemplar fremstilling som er i konflikt med opphavsmannens normale utnyttelse av verket, eller som er til urimelig skade for opphavsmannen.

Et spørsmål som etter vår oppfatning bør omtales i proposisjonen, er om den som utelukkende bidrar til teknisk videreformidling av opphavsrettslig vernede ytringer som

¹ For eksempel straffeloven § 7 nr. 2, som har betydning for anvendelsen av en rekke bestemmelser i straffeloven, avgrensningen av eksemplar fremstillingsbegrepet i åndsverkloven (åvl. § 8), og i ærekrenkelsessaker. Se NOU 1999: 27 blant annet s. 28, annen spalte.

ikke har lovlig kopieringsgrunnlag, kan holdes ansvarlig som medvirker etter åndsverkloven § 54 annet ledd. Denne problemstillingen er ikke særegen for opphavsrettsbrudd, men vil ikke minst ha praktisk betydning i slike tilfelle. Spørsmålet er også omtalt i den svenske Ds Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., pkt. 7.3.2. Vi antar at den videre lovforberedelsen vil bli koordinert med Nærings- og handelsdepartementets endringsproposisjon om gjennomføring av e-handelsdirektivet artikkel 12-14, jf. også nedenfor. Vi gjør oppmerksom på at forholdet til ytringsfriheten og den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 10 er behandlet i Særskilt vedlegg til NOU 1999: 27 på s. 281 flg.

Kopiering til privat bruk i kombinasjon med en kompensasjonsordning

Departementet er enig i at adgangen til kopiering til privat bruk bør videreføres, i kombinasjon med en kompensasjonsordning. I den forbindelse synes det mest nærliggende og hensiktsmessig at kompensasjonen finner sted gjennom en privatrettslig vederlagsordning (Forslag A), slik tilfellet er i de fleste EU-land, jf. høringsutkastet s. 30. Det gjøres imidlertid oppmerksom på at departementet foreslår at den kollektive andelen settes til 35 %, jf. høringsutkastet s. 31, samtidig som det heter i lovforslaget til ny § 12 b annet ledd at "[e]n tredjedel av oppkrevet vederlag skal fordeles kollektivt".

3. GJENNOMFØRING AV ARTIKKEL 5.1 BOKSTAV A

Forslaget til ny § 11 a, når det gjelder alternativet i bokstav b, er ikke kommentert nærmere i spesialmerknaden til bestemmelsen, jf. høringsutkastet s. 76-77.

I de alminnelige merknadene berører imidlertid KKD artikkel 5.1, som § 11 a tar sikte på å gjennomføre, og forholdet til direktiv 2000/31/EF (e-handelsdirektivet) artikkel 12 til 14 i noen grad, jf. høringsutkastet s. 16-17. Som kjent fastslår artikkel 5.1 bl.a. at eksemplarer som er fremstilt tilfeldig eller flyktig, og som utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess hvis eneste formål er å muliggjøre en overføring i nettverk av en mellommann på vegne av tredjeparter, ikke omfattes av eneretten. Dette gjelder likevel bare der eksemplarfremstillingen må anses å være uten selvstendig økonomisk betydning.

Det er uklart hva slags videreformidling i nettverk forslaget til ny § 11 a tar sikte på å omfatte. Er det bare tale om ren videreformidling, såkalt mere conduit (e-handelsdirektivet artikkel 12), eller også såkalt server-caching (e-handelsdirektivet artikkel 13). I begge tilfelle vil det finne sted en midlertidig lagring av informasjon. Uttrykket "overføring i nettverk av en mellommann på vegne av tredjeparter" i § 11 a bokstav b gir etter vår oppfatning grunnlag for atskillig tvil. Forholdet bør derfor omtales nærmere i den forestående proposisjonen.

I den nærmere utformingen av bestemmelsen anbefaler vi også på dette punkt at arbeidet koordineres med Nærings- og handelsdepartementets endringsproposisjon om gjennomføring av e-handelsdirketivet artikkel 12-14, som er under utarbeidelse.

4. GJENNOMFØRING AV ARTIKKEL 6, NYTT KAPITEL 6 A

Justisdepartementet er enig i forslaget om å innføre en bestemmelse som forbyr omgåelse mv. av tekniske beskyttelsessystemer (ny § 53 a), og i at det bør være en særlig bestemmelse om dette i åndsverkloven. Forslaget synes å balansere opphavsmennes og brukernes interesser på en tilfredsstillende måte, blant annet siden det er begrenset til omgåelse av beskyttelse mot digital eksemplarframstilling, og ikke relaterer seg til avspillingsmuligheter innenfor det private område. Vi er for øvrig enig i at industrien selv på dette område må ha et ansvar for å finne gode tekniske løsninger, jf. høringsnotatet på s. 54.

Når det gjelder forholdet til straffeloven § 145 annet ledd, vises det til Straffelovkommisjonens innstilling NOU 2002: 4 Ny straffelov med forslag blant annet til en ny bestemmelse om brudd på informasjonsbeskyttelse (utkastet § 23-3), som i hovedsak svarer til den nåværende § 145 annet ledd. Bestemmelsene er omtalt på s. 321-322. Straffebudet vil tilsvare konvensjon 23. november 2001 om datakriminalitet artikkel 2 om ulovlig tilgang ("illegal access"). Den foreslåtte endringen innebærer blant annet at den som har et berettiget krav på informasjon, ikke dermed har lovlig adgang til å skaffe seg denne informasjonen ved brudd på informasjonsbeskyttelse.

5. GJENNOMFØRINGEN AV ARTIKKEL 7

Justisdepartementet mener, i likhet med KKD (jf. høringsutkastet s. 69), at det er nødvendig å innføre uttrykkelige regler om forbud mot endring eller fjerning av elektronisk rettighetsinformasjon for å oppfylle direktivets forpliktelser etter artikkel 7. Det er videre hensiktsmessig at reglene plasseres i åndsverkloven, jf. forslaget til ny § 53 d og til endring i § 54 første ledd bokstav b.

Det må imidlertid klargjøres hvilke skyldkrav artikkel 7.1 gir anvisning på.

Når det gjelder handlingene som beskrives i artikkel 7.1 bokstav a og b, følger det av innledningen i artikkelen at gjerningspersonen bl.a. må handle "bevisst". Det er ikke problematisert nærmere i høringsutkastet om begrepet innebærer et alminnelig krav til forsett eller eventuelt noe mer, jf. høringsutkastet s. 67 og s. 93. Basert på en alminnelig språklig forståelse av begrepet, legger Justisdepartementet til grunn at artikkelen gir uttrykk for at gjerningsmannen (som et minimum, jf. nedenfor) skal holdes strafferettslig ansvarlig når han har utvist forsett i forhold til gjerningsbeskrivelsen i artikkel 7.1 bokstav a og b. Det samme synspunktet synes å være gjennomført i dansk rett, jf. den danske ophavsretloven § 78 jf. § 75 e.

Det er et spørsmål om statene er forpliktet til bare å ramme forsettlige overtredelser, eller om de kan velge å gi et sterkere vern enn direktivet gir anvisning på ved også å straffe uaktsomme eventuelt grovt uaktsomme overtredelser. Det svenske forslaget til ny 52 g § i lagen (1960:729) om upphovsrätt til litterära och konstnärliga verk (URL), som tar sikte på å gjennomføre artikkel 7, rammer også grovt uaktsomme overtredelser, jf. forslaget til ny 57 b §, se Upphovsrätten i informationssamhället (Ds 2003:35). Justisdepartementet antar at direktivet ikke stenger for at uaktsomme overtredelser av handlingene som beskrives i artikkel 7.1 bokstav a og b straffbelegges, ettersom opphavsmannen således vil oppnå større beskyttelse enn det direktivet selv foreskriver.

På bakgrunn av at vi ikke kan se tungtveiende grunner for at skyldkravet etter forslaget til ny § 53 d skal være et annet enn for andre overtredelser av åndsverkloven, jf. åvl. § 54, ber vi KKD vurdere nærmere hvorvidt det er grunnlag for å opprettholde unntaket. Vi viser i den forbindelse til vårt alternative forslag til ny § 53 d nedenfor, som klart vil være å foretrekke i et lovteknisk perspektiv fremfor forslaget i høringsnotatet.

I tillegg må gjerningspersonen ha utvist en form for uaktsomhet når det gjelder handlingens følger, jf. uttrykket "når personen vet eller har rimelig grunn til å vite at" i artikkel 7.1 i.f. Det følger av høringsutkastet s. 67 at KKD mener uttrykket innebærer et krav om utvist (simpel) uaktsomhet. Det kan diskuteres om formuleringen gir anvisning på en strengere skyldform, jf. strl. § 349 annet ledd der uttrykket "uten å ha rimelig grunn" muligens innebærer et krav om grov uaktsomhet, jf. Anders Bratholm og Magnus Matningsdal (red.): Straffeloven med kommentarer Tredje del (1998) s. 102. Vi er likevel, under noe tvil, enig i KKD's fortolkning av direktivet på dette punkt og viser i den forbindelse til den danske gjennomføringsbestemmelsen i ophavsretsloven § 75 e stk. 2 som gir anvisning på et alminnelig uaktsomhetskrav. Det svenske forslaget til ny 52 g § jf. 57 b § gir på sin side anvisning på et krav om grov uaktsomhet i denne sammenheng, jf. Ds 2003:35 s. 368-369. Vi understreker således at løsningen ikke er sikker. Ut fra vår antagelse om at direktivet åpner for et sterkere vern av opphavsmannens rettigheter, mener vi at begge løsninger kan godtas.

Vi antar videre at direktivet ikke forplikter oss til å innføre et krav om såkalt subjektivt overskudd som ledd i gjennomføringen av artikkel 7.1, slik KKD har lagt opp til i sitt forslag, jf. passusen "vet eller har rimelig grunn til å vite at handlingen foranlediger, muliggjør, letter eller skjuler en krenkelse av opphavsrett": Det stilles krav til lovbrüterens skyld som ikke relaterer seg til et tilsvarende objektive vilkår. Samtidig har passusen et klart objektive element ved at lovbrüterens kunnskap skal relatere seg til at handlingen *har* visse følger; ikke at den *kan få* disse følgene. Subjektive overskudd bør bare brukes der det er gode grunner for det. I dette tilfellet kompliserer det lovteksten og reiser spørsmål om forholdet til det generelle skyldkravet i § 54, som etter sin ordlyd også skal gjelde for overtredelser av den nye § 53 a. Ved å gjøre vilkåret til et alminnelig objektive vilkår vil lovteksten forenkles. Samtidig vil det neppe ha noen betydning for realiteten. Det svenske utkastet har valgt den samme løsningen.

På denne bakgrunnen tillater vi oss å fremsette følgende og foreløpige alternativ til KKD's forslag i høringsnotatet til ny § 53 d:

"Det er forbudt uten rettighetshaverens samtykke

a) å fjerne eller endre elektronisk rettighetsinformasjon som rettighetshaveren har føyet til et vernet verk,

og som enten inngår i et eksemplar eller fremtrer i forbindelse med at verket gjøres tilgjengelig for allmennheten, eller

b) å innføre for spredning, omsette eller på annen måte gjøre et vernet verk tilgjengelig for allmennheten der elektronisk rettighetsinformasjon er

fjernet eller endret i strid med bokstav a

dersom handlingen i bokstav a eller b foranlediger, muliggjør, letter eller skjuler en krenkelse av opphavsrett."

Forslaget ligger tett opp til det svenske forslaget til ny 52 g § URL og inneholder en ren gjerningsbeskrivelse som i likhet med blant annet forslaget til ny § 53 a må ses i sammenheng med den generelle straffebestemmelsen i åvl. § 54.

Justisdepartementet understreker at forslagets ordlyd ikke er gjennomarbeidet og at vi således vil komme tilbake til forslaget (dersom KKD følger det opp) og de øvrige lovforslagene i høringsnotatet ved den lovtekniske gjennomgåelsen av proposisjonen.

Med hilsen

Camilla Vislie e.f.
rådgiver

Thomas Keiserud
førstekonsulent

Kopi: PAA