



Kulturdepartementet
Klikk her for adresse.
postmottak@kud.dep.no

Vår dato 26.03.2021
Deres dato 18.12.2020
Vår referanse
Deres referanse

Innspill til gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet mv. i norsk rett

Mediebedriftenes Landsforening (MBL) er mediebedriftenes bransje- og utgiverorganisasjon. MBL skal bidra til å styrke og verne ytringsfriheten, pressefriheten og informasjonsfriheten som grunnleggende verdier i et demokratisk og åpent samfunn. MBL skal arbeide for gode og stabile rammebetingelser som fremmer et mangfold av økonomisk sunne medier. MBL har rundt 330 medlemmer fra alle typer medier, herunder 151 lokale mediehus. MBL er en landsforening i NHO.

Kulturdepartementet ba 18.12.2020 om innspill til gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet mv. i norsk rett. Vi vil kommentere noen av departementets spørsmål knyttet til digitalmarkedsdirektivet ((EU) 2019/790), som har som formål å gjennomføre en ytterligere harmonisering av regelverket om opphavsrett og nærstående rettigheter i det indre marked, særlig når det gjelder digital og grensekryssende bruk av beskyttet innhold.

Overordnet

Ytringsfrihet, pressefrihet og informasjonsfrihet er sentrale og nødvendige verdier i et demokratisk samfunn. Sammen med tillit og åpenhet, både mellom folk og mellom folk og samfunnsinstitusjoner, er dette svært viktige verdier som er under press mange steder, ofte hjulpet av desinformasjon og konspirasjonsteorier som spres hos de globale nettaktørene.

Mediebransjen har etter hvert en god del erfaring med å konkurrere mot disse aktørene, og selv om de også gir muligheter for mediene er det svært krevende når man konkurrerer på ulike vilkår gjennom at disse aktørene vokser uten noen effektiv regulering av deres bruk av innhold. Det svekker selvsagt mediene, og siden redaktørstyrte, journalistiske medier er sentrale i demokratiets infrastruktur så svekkes også demokratiet. Samfunnet trenger økonomisk sunne medier, som kan fungere som arenaer for fri informasjon, samfunnskritikk og debatt.

Derfor er tiltak som bidrar til å styrke mediene viktige, noe vi overordnet mener Art. 15 – 17 bidrar til.

Vi viser for øvrig til det danske lovforslaget som ble fremlagt 26. mars. Etter rask vurdering av forslagene fremstår løsningene knyttet til Art. 15 og 17 som fornuftige, herunder muligheten for å benytte avtalelisens. En avtalelisensordning forutsetter at det er mulig for en organisasjon som representerer en betydelig andel av utgivere på feltet å inngå slike avtaler.

Innspill til Art. 15 – 17

Vi kommenterer her departementets spørsmål knyttet til Art. 15 – 17.

34. Hvilken praktisk betydning vil det nye vernet få?

I dag har utgivere av pressepublikasjoner et vern gjennom åndsverkloven § 3, så fremt det som publiseres har verkshøyde, og utgiver har ervervet rettigheter. Dette gir blant annet vern mot informasjonssamfunnstjenesters bruk av pressepublikasjoner, så fremt det som brukes utgjør opphavsrettskrenkelse. I disse tilfellene vil det nye vernet ha begrenset rettslig betydning.

Det nye vernet kan likevel ha praktisk betydning i tre dimensjoner: (i) hvem som besitter rettigheten, (ii) rettighetens gjenstand, og (iii) om det foreligger en krenkelse. I praksis vil derfor de nye rettighetene kunne gi grunnlag for økt vederlag fra bruk av pressepublikasjoner.

Artikkel 15 gir originært vern til utgiverne. Etter dagens åndsverklov vil man ved vurderingen av hvem som innehar opphavsretten til en pressepublikasjon foreta en konkret vurdering. For eksempel kan bildene i artikkelen kan være underlagt fotobyråets opphavsrett og teksten i artikkelen kan være underlagt frilansjournalistens opphavsrett. Det nye vernet vil derimot sikre utgiveren rettigheter uavhengig av om utgiveren har ervervet opphavsretten til enhver del av publikasjonen, ut fra en erkjennelse av at utgiverens innsats i seg selv er beskyttelsesverdig. Den praktiske betydningen vil kunne være en enklere håndheving av informasjonssamfunnstjenesters rettsstridige utnyttelse av pressepublikasjoner.

Artikkel 15 verner enhver pressepublikasjon. Etter dagens åndsverklov vil man ved vurderingen av rettighetenes gjenstand i prinsippet foreta en konkret vurdering av om hver pressepublikasjon har verkshøyde. I praksis vil det være tilfellet for de aller fleste pressepublikasjoner. Eksempelvis ble det av partene og retten i sak 18-107547TVI-OTIR/06 (Retriever-saken) generelt lagt til grunn at alle pressepublikasjonene hadde verkshøyde. Direktivets artikkel 15 vil likevel kunne ha praktisk betydning fordi den overflødiggjør en eventuell diskusjon av om pressepublikasjoners verkshøyde. Sett i sammenheng med direktivets artikkel 17 legges det derfor opp til en enklere og mer effektiv rettighetsforvaltning overfor tilbydere av informasjonssamfunnstjenester.

Artikkel 15 gir vern mot enhver bruk av en pressepublikasjon av en informasjonssamfunnstjeneste, med unntak av enkeltord eller veldig korte ekstrakter. Etter dagens åndsverklov vil man ved vurderingen krenkelse i prinsippet vurdere om de deler av en pressepublikasjon som publiseres på en informasjonssamfunnstjeneste representerer de opphavsrettslig beskyttede elementene i publikasjonen. I praksis vil det typisk være tilfellet, fordi bruk av overskrifter, ingresser, brødtest og thumbnails, alene eller kombinasjon, representerer krenkelse, og også fordi eventuell bakenforliggende crawling og indeksering representerer krenkelse. Direktivets artikkel 15 vil likevel kunne ha praktisk betydning fordi den overflødiggjør en eventuell diskusjon av om de deler av en pressepublikasjon som publiseres på en informasjonssamfunnstjenester representerer en opphavsrettskrenkelse eller ikke.

Etter dagens regelverk vil informasjonssamfunnstjenester kunne benytte ovennevnte dimensjoner som argumentasjon for å unndra seg eller redusere plikten til rettighetsklarering.

I dagens klareringsavtaler kan det ha vært gitt "rabatter" basert på en viss uenighet om ovennevnte tre dimensjonene. En innføring av direktivets artikkel 15 vil derfor gi et enda mer solid fundament for rettighetshåndheving og dermed kunne gi økt vederlag for bruken av pressepublikasjoner.

Ved gjennomføringen av bestemmelsen i norsk rett kan det likevel være behov for enkelte presiseringer:

Artikkel 15 nr. 1 tredje ledd fastsetter generelt at vernet ikke skal gjelde ved lenking. Etter gjeldende opphavsrett anses lenking som en tilgjengeliggjøringshandling som faller innenfor rettighetshavers enerett, dog slik at det ikke krever rettighetshavers samtykke med mindre det lenkes til en new public. Artikkel 15 nr. 1 tredje ledd bør etter MBLs syn tolkes slik at lenking til en new public er en handling som krever utgivers samtykke etter direktivets artikkel 15. Dette vil for eksempel være tilfelle ved lenking som omgår en betalingsmur. Under enhver omstendighet må ikke artikkel 15 nr. 1 tredje ledd forstås som *lex specialis* i forhold til opphavsretten; det må fortsatt kreve samtykke for lenking til en new public der pressepublikasjonen nyter vern som åndsverk. Dette kan med fordel presiseres i forarbeidene.

Artikkel 15 nr. 1 fjerde ledd fastsetter at vernet ikke gjelder for bruken av individuelle ord eller veldig korte utdrag. Bestemmelsen kan ikke forstås som *lex specialis* i forhold til opphavsretten; det må fortsatt kreve samtykke for bruk av veldig korte utdrag om dette utgjør en opphavsrettskrenkelse. Dette kan med fordel presiseres i forarbeidene.

Artikkels nr. 4 fastslår at rettighetene skal utløpe to år etter at pressens publikasjon er publisert. Det burde presiseres i forarbeidene at dette ikke påvirker vernet for publikasjonene som alminnelige åndsverk. Dette kan med fordel presiseres i forarbeidene.

35. Bør artikkel 16 gjennomføres i norsk rett og i så fall hvordan?

Etter MBLs oppfatning bør artikkel 16 gjennomføres i norsk rett. MBL viser til, og kan i det vesentlige slutte seg til, Forleggerforeningens forslag knyttet til gjennomføringen av artikkel 16. Etter dagens åndsverk har ikke utgiver en ubetinget rett til en andel av vederlaget selv om rettigheter er ervervet eller lisensiert. I dag kan vederlagsretten, for eksempel kompensasjon for privatkopiering og eksamensvederlag, beholdes av originær rettighetshaver til tross for at en utgiver har ervervet eller lisensiert rettighetene. Tilsvarende vil det skape en trygghet for at de avtalelisenssystemer vi har i dag med fordeling av vederlag mellom opphavere og utgivere vil kunne bestå. I og med at utgivernes innsats er avgjørende for verdien av de pressepublikasjoner som skapes, er det positivt at det nedfelles i norsk rett at utgivernes rettighetserverv utgjør et egnet grunnlag for en andel av kompensasjon.

36. Departementet har registrert at flere aktører på rettighetshaversiden har store forhåpninger til at bestemmelsen vil generere økte inntekter. Hvilke analyser ligger til grunn for en slik vurdering?

Det er ikke tvilsomt at det i dag foregår en stor mengde rettstridig bruk av verk på delingstjenester, uten at det klareres og betales for. Det er imidlertid krevende å håndheve rettighetskrenkelser mot de enkelte brukere. Rettighetshaver er i praksis derfor avhengig av å kunne holde tilbyderne av delingstjenester ansvarlig. Etter dagens regelverk kan det være ulike oppfatninger av om tilbyder av delingstjenester begår opphavsrettslige relevante handlinger når den tillater brukere å dele rettighetsbeskyttet innhold på sin tjeneste. Artikkel 17 stadfester at tilbyder begår en tilgjengeliggjøringshandling når den gir allmenheten tilgang til rettighetsbeskyttet innhold på sin tjeneste.

Artikkel 17 tydeliggjør rettighetshavers grunnlag for å håndheve bruk av rettighetsbeskyttet innhold på delingstjenester, herunder gjennom lisensavtaler. Lisensavtaler vil typisk inneholde bestemmelser om vederlag. På den måten vil bestemmelsen kunne generere økte inntekter.

39. Delingstjenester skal deaktivere tilgang til materiale som rettighetshaver har varslet om og hindre fremtidig opplasting, jf. artikkel 17 nr. 4 bokstav c, samtidig som de ikke skal hindre at lovlig materiale lastes opp av brukerne, jf. artikkel 17 nr. 7. Visse metoder for å hindre tilgang til ulovlig materiale, vil i praksis også kunne hindre opplasting av lovlig materiale. Direktivet legger derfor opp til at det må gjøres en interesseavveining ved bruk av metoder for hindre tilgang til ulovlig materiale (artikkel 17 nr. 4 bokstav c) opp mot vernet av brukernes rettigheter (artikkel 17 nr. 7). Hva er relevante utgangspunkter og momenter i en slik interesseavveining?

Vi viser til redegjørelsen for de juridiske utgangspunktene for selve monitoreringen under nr. 40.

40. I hvilken grad tillater direktivet at delingstjenester bruker automatiserte løsninger, herunder identitets- og filtreringsteknologi, til å hindre tilgang til materiale som rettighetshaver har varslet om, jf. artikkel 17 nr. 4 bokstav c? Er det risiko for at slike automatiske løsninger i praksis vil kunne hindre opplasting av lovlig materiale, jf. artikkel 17 nr. 7?

MBL mener direktivet tillater at delingstjenester bruker automatiserte løsninger, herunder identitets- og filtreringsteknologi, til å hindre tilgang til materiale som rettighetshaver har varslet om. For det første forbyr ikke direktivet bruk av slike løsninger. For det andre vil bruk av slike løsninger kunne være et premiss for en effektiv forvaltning av de forpliktelser artikkel 17 pålegger tjenestetilbyderen. For det tredje presiserer artikkel 17 nr. 7 at bestemmelsen ikke skal påvirke brukerens tilgjengelighet av lovlige materiale og brukerens lovlige bruk av materiale.

MBL anerkjenner risikoen for at automatiske løsninger i praksis vil kunne hindre opplasting og bruk av lovlig materiale. Dette kan for eksempel være tilfellet der materialet inngår som en del av lånereglene i åndsverkloven, eller der brukeren/tjenestetilbyderen har en rett eller lisens fra opphaveren til å benytte innholdet, uten at slike nyanser fanges opp av de automatiserte løsningen. MBL forventet at det overlates til aktørene i bransjen å utvikle og finne gode løsninger som respekterer artikkel 17 nr. 7 og 8.

Videre må slike automatiske løsninger tilpasses begrensingene som oppstilles i GDPR (herunder bestemmelsene om automatiske beslutningsprosesser) og den enkeltes grunnlovfestede menneskerettigheter slik som rett til privatliv og kommunikasjon. Artikkel 17 kan ikke i seg selv gi grunnlag for å tolke enkeltpersoners rettigheter innskrenkende, jf. artikkel 17 nr. 8.

Automatiske løsninger er i bruk i dag. Det må antas at utbredelsen vil bli større når artikkel 17 trer i kraft. MBL mener at det i lov ikke bør spesifiseres nærmere retningslinjer for slike automatiserte løsninger. Grensene for hvordan slike løsninger kan implementeres er etter MBLs syn tilstrekkelig ivaretatt av eksisterende gjeldende rett.

41. Unntakene i opphavsretten for sitat, kritikk, anmeldelser, samt bruk i karikatur, parodi eller pastisj har tidligere blitt ansett som frivillige for medlemsstatene å implementere. Unntakene gjøres nå obligatoriske innenfor direktivets rammer. Krever unntakene i artikkel 17 nr. 7 andre ledd endringer i den norske åndsverkloven?

Etter MBLs oppfatning vil unntakene i artikkel 17 nr. 7 andre ledd neppe kreve endringer i den åndsverkloven. Unntakene det er vist til i direktivet er allerede dekket gjennom lovens eksisterende bestemmelser.

Gjennom åndsverklovens sitatregel er artikkel 17 nr. 7 bokstav (a) om sitat ivaretatt. Det samme mener MBL at er tilfellet for kritikk og anmeldelser. Direktivbestemmelsen kan neppe forstås som å åpne opp for enhver bruk av rettighetsbeskyttet materiale i kritikk eller anmeldelser; det må forutsettes at det kun brukes i samsvar med god skikk og i den utstrekning det er nødvendig for formålet, altså innenfor rammene av dagens sitatregel.

Karikatur, parodi og pastisj er ikke eksplisitt regulert i åndsverkloven, men er langt på vei adressert gjennom ulovfestet rett ved en tolkning av åvl. § 6 andre ledd om hva som skal anses som et nytt selvstendig verk. Ved vurderingen må man se hen til om bearbeidelsene er tilstrekkelig løsrevet fra originalverket, jf. HR-2017-2165A avsnitt 74. Selv om karikaturene, parodiene og pastisjene må over en viss terskel for at det ikke skal foreligge en krenkelse etter dagens åndsverklov, er terskelen neppe høyere enn slik karikatur, parodi og pastisj må forstås i direktivets forstand.

Det vil også lovteknisk ville være uheldig om det skulle innføres en særskilt bestemmelse som angikk disse unntakene kun for virkeområdet til artikkel 17. Det ville skapt en krevende og fragmentert rettstilstand om man har avvikende regler for sitat, kritikk, anmeldelser, karikatur, parodi og pastisj for nettbaserte delingstjenester.

42. Sett hen til at artikkel 17 ikke er nevnt i artikkel 23 som lister opp ufravikelige bestemmelser, har delingstjenester mulighet til å helt eller delvis avtale, for eksempel i sine brukervilkår, at andre vilkår gjelder for bruk av deres tjenester enn det som følger av artikkel 17?

Artikkel 23 gir neppe en fullstendig oppstilling av ufravikelig bestemmelser når det gjelder hvilke rettigheter og forpliktelser som pålegges opphavere, brukere og tjenestetilbydere ved avtale og gjennom lov.

Det antas at spørsmålet primært sikter til avtaler i relasjon mellom delingstjenesten og brukeren av delingstjenesten. Delingstjenester og opphavere/utgivere kan seg imellom inngå gjensidige lisensavtaler som fastsetter mindre strenge krav enn det som følger av artikkel 17.

MBL er av den klare oppfatning at delingstjenester ikke har mulighet til å ensidige fastsette noe i brukervilkår som påvirker vernet artikkel 17 oppstiller. En slik forståelse har ingen forankring i lovens ordlyd og vil medføre at det vern artikkel 17 oppstiller blir illusorisk.

Det må likevel antas at delingstjenesten i sine brukervilkår helt eller delvis kan lempe ansvaret overfor på brukerne, med mindre slike vilkår er urimelig. En slik ansvarsallokering vil kun gjelde inter partes mellom bruker og tilbyder av delingstjeneste, og vil ikke frata tilbyder ansvaret vis-à-vis rettighetshaver.

43. Hvordan bør mekanismen for alternativ tvisteløsning etter artikkel 17 nr. 9 gjennomføres? Hvem bør bære kostnaden knyttet til saksbehandlingen?

MBL har ingen særskilte synspunkter om hvordan mekanismen burde gjennomføres, men det å ha en effektiv mekanisme vil være viktig for at både brukere og rettighetshavere skal kunne beskytte sine rettigheter. En mekanisme for alternativ tvisteløsning etter artikkel 17 nr. 9 kan

struktureres slik at det gjennomføres i form av en klage til tjenesteleverandøren som selv kan behandle klagen i et internt organ. Dersom brukeren eller rettighetshaveren ikke er enig i resultatet, kan det legges opp til at saken kan påklages videre. Om dette er en nemd, et uavhengig organ eller en domstol har ikke MBL noen sterk oppfatning om. Dersom det velges en alternativ tvisteløsningsmekanisme, bør dens vedtak være endelig bindende uten videre ankemuligheter, slik at mekanismens effektivitet ikke blir illusorisk.

Utdyping

Vi bidrar om ønskelig gjerne til en nærmere dialog om og utdypning av synspunktene.

Vennlig hilsen

MEDIEBEDRIFTENES LANDSFORENING



Randi S. Øgrey

Adm. dir.