

Arbeidsnotat nr. 20/06

**Rettsvern mot omgåelse av DRM-teknologi
– en trussel mot opphavsretten?**

av
Thomas Rieber-Mohn

SNF prosjekt 1303
”Konvergens mellom IT, medier og telekommunikasjon: Konkurrans- og mediepolitiske
utfordringer”

Prosjektet er finansiert av Norges forskningsråd

CASE – Centre for Advanced Studies in Economics

SAMFUNNS- OG NÆRINGSLIVSFORSKNING AS
BERGEN, FEBRUAR 2006
ISSN 1503 - 2140

© Dette eksemplar er fremstilt etter avtale med KOPINOR, Stenergate 1, 0050 Oslo. Ytterligere eksemplarfremstilling uten avtale og i strid med åndsverkloven er straffbart og kan medføre erstatningsansvar.

CASE – CENTRE FOR ADVANCED STUDIES IN ECONOMICS

CASE - Centre for Advanced Studies in Economics - er et felles senter for Norges Handelshøyskole (NHH), Stiftelsen for samfunns- og næringslivsforskning (SNF) og Universitetet i Bergen (UiB). CASE arbeider med alle typer spørsmål med basis i samfunnsøkonomisk teori og metode, og har særskilt kompetanse på områdene internasjonal økonomi, næringsøkonomi, arbeidsmarked, handel, faktorbevegelse, økonomisk integrasjon, næringspolitikk, internasjonal makroøkonomi, skattepolitikk og maritim forskning.

Internasjonal økonomi og skattepolitikk

På fagområdet *internasjonal økonomi og skattepolitikk* har man ved CASE særlig fokus på internasjonal realøkonomi (handel, faktorbevegelser, økonomisk integrasjon og næringspolitikk), internasjonal makroøkonomi og internasjonal skattepolitikk. Forskningen ved senteret har i den senere tid vært dominert av prosjekter som har til hensikt å bidra til økt innsikt i globale, strukturelle problemer og virkninger av regional økonomisk integrasjon. Videre deltar man også aktivt i prosjekter som omhandler offentlig økonomi og næringspolitikk.

Næringsøkonomi

Et annet sentralt arbeidsområde for CASE er næringsøkonomi. SNF har en lang tradisjon innen dette fagfeltet. Gjennom store rammeprogrammer fra NFR og store, norske foretak er det produsert en rekke enkeltstudier av norske næringer. Fokus har ligget på strategisk bedriftsatferd i næringer med få aktører der konkurranseeffekter modelleres og analyseres. Studiene har gitt viktig strukturell og empirisk innsikt i dereguleringseffekter innenfor næringer som for eksempel luftfart, tele og energi, og gitt viktig input til norsk konkurransepolitikk. Forskergruppen omfatter en rekke fagpersoner fra både UiB og NHH, og har et utstrakt internasjonalt nettverk.

Arbeidsmarked og utdanning

Arbeidsmarkedsgruppen ved CASE fokuserer hovedsakelig på to forskningsområder. Et sentralt emne er utdanning og familieøkonomi. Et viktig aspekt er analyse av utvikling av menneskelig kapital; betydningen av familie, nabolag, forskoler og skoler for hvordan en bygger opp menneskekapital og dermed for hvordan en klarer seg i arbeidslivet. Det andre hovedområdet omfatter analyse av bedrifters resultater og restrukturering av arbeidskraft til bedrifter. Studiene inkluderer bedrifters resultater, tilpasningskostnader, omplasseringskostnader inklusive kostnader relatert til helse, virkningen av teknologisk endring og internasjonal handel samt analyse av organisatorisk endring.

Kompetansebase

CASE er en nettverksbasert organisasjon der de fleste medarbeiderne er professorer ved Institutt for samfunnsøkonomi ved NHH og Institutt for økonomi ved UiB, samt ledende internasjonale økonomer som er knyttet til senteret gjennom langsiktige forbindelser. Den vitenskapelige staben representerer spisskompetansen både nasjonalt og internasjonalt på sine forskningsområder, og flere av medarbeiderne har ledet eller deltatt i store, offentlige utvalg knyttet til viktige samfunnsproblemer. I løpet av de siste årene har man fått frem flere doktorgrader, og staben inkluderer for tiden doktorgradsstipendiater.

Nettverk

CASE deltar i et "Scandinavian Network of Excellence" i arbeidsøkonomi, og er involvert i et større EU-prosjekt innen internasjonal økonomi. Senteret samarbeider med sentrale forsknings- og utdanningsinstitusjoner over hele Europa, og har spesielt nær kontakt til London School of Economics, University of Strathclyde, Universitetet i München, Universitetet i Uppsala, Handelshøyskolen i Århus Handelshøyskolen i Stockholm, Statistisk Sentralbyrå og Frischsenteret ved UiO. Den vitenskapelige staben ved CASE er knyttet opp mot de viktigste internasjonale forskningsnettverkene CESifo, CEPR, CEP og IZA, og har vært blant de fremste i Europa til å ta initiativ til dannelse av nettverk.

Rettsvern mot omgåelse av DRM-teknologi – en trussel mot opphavsretten?

Av Thomas Rieber-Mohn

Da EUs Opphavsrettsdirektiv i 2005 ble implementert i norsk rett, forårsaket det noe så uvanlig som en allmenn samfunnsdebatt om opphavsrettslige spørsmål. Det som satt sennene i kok var først og fremst innføringen av et generelt forbud mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer (DRM) som kontrollerer tilgangen til og bruken av digitalt materiale. Denne artikkelen undersøker hvordan bruken og rettsbeskyttelsen av slik DRM-teknologi virker inn på opphavsretten og de hensyn den er ment å ivareta.

1. Innledning

Med virkning fra 1. juli 2005 har Norge implementert det kontroversielle og meget omdebatterte Opphavsrettsdirektivet.¹ Dette EU-direktivet fra 2001 stiller krav til harmonisering av visse aspekter ved medlemslandenes opphavsrettslovgivning i informasjonssamfunnet.² Det har forårsaket nokså opphetede debatter i så å si samtlige medlemsland, så også i Norge. Kontroversene skyldes først og fremst direktivets krav om etablering av et generelt rettsvern mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer (DRM)³ som rettighetshavere har anvendt for å beskytte opphavsrettslig vernet materiale. Mange har hevdet at slik rettsbeskyttelse av DRM-teknologi er en fare for opphavsretten, ved at den truer med å *overbeskytte* og dermed fortrenge den såkalte ”opphavsrettsbalansen”, en betegnelse som ofte benyttes for å beskrive det fenomenet at opphavsretten som sådan utgjør et grunnleggende og nyansert kompromiss mellom ulike motstridende rettighetshaver- og samfunnshensyn.

Denne artikkelens formål er å sette leseren i stand til å få øye på denne potensielle konflikten og – ikke minst – forstå hvorfor dette er en samfunnsmessig viktig problemstilling. Artikkelen vil innledningsvis beskrive hvordan opphavsretten er bygget opp, herunder hvilke viktige

¹ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Tilgjengelig online på <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32001L0029&model=guichett>

² Norge var forpliktet til å implementere direktivet på grunnlag av EØS-avtalen.

³ DRM er akronymet for den engelske betegnelsen Digital Rights Management.

samfunnshensyn den som regulatorisk instrument er ment å ivareta. Deretter vil den kort gjennomgå hva som menes med tekniske beskyttelsessystemer, før den beskriver bakgrunnen for og innholdet i det nye regelverket som forbyr omgåelse av slik teknologi. Avslutningsvis vil det, på bakgrunn av de nevnte drøftelser, foretas en analyse av hvilke konsekvenser det nye omgåelsesforbudet kan få for opphavsretten og de samfunnsinteresser den er ment å ivareta.⁴

2. Opphavsrettens begrunnelse og oppbygning

Spørsmålet om opphavsrettens begrunnelse er tosidig: For det første kan man spørre seg hvorfor rettsordenen i det hele tatt skal tilby et opphavsrettslig vern; hvorfor utnyttelsen av slike frembringelser som opphavsretten gjelder skal være forbeholdt rettighetshaveren, og ikke fri for alle. For det annet, når det tas utgangspunkt i at rettsordenen faktisk tilbyr et opphavsrettslig vern, kan det spørres hvorfor opphavsrettsbeskyttelsen skal være begrenset slik den er under dagens regelverk (hvor den begrenses i flere nivåer). Som fremstillingen nedenfor viser henger disse to spørsmålene sammen.

Når det gjelder å beskrive begrunnelsen for selve opphavsrettsbeskyttelsen, foreligger det historisk sett to skoler: På den ene siden har vi den kontinentaleuropeiske tradisjon som er inspirert av naturrettslige tanker og ideer fra 17- og 1800-tallets Europa. Her ses opphavsretten som et selvinnlysende, naturgitt rettsvern som, ved siden av grunntanken om at enhver bør få høste fruktene av sitt eget arbeid (prinsippet om den ”åndelige eiendomsrett”), hviler på en forestilling om verkets nære tilknytning til opphavsmannen og hans person.⁵

⁴ Den offentlige debatten i forbindelse med den norske implementeringen av Opphavsrettsdirektivet var dessverre preget av at uforholdsmessig mye spalteplass ble viet nokså tabloidiserte og ureflekterte ytringer, og mye av det som fremkom var derfor direkte misvisende. Illustrerende i så måte er tilnavnet åndsverkloven fikk: ”Mp3-loven”. Dette tilnavnet har sin bakgrunn i en – for loven – nokså perifer debatt knyttet til lovligheten av å omgå tekniske beskyttelsessystemer for å kunne konvertere musikk fra CD til mp3. Åndsverkloven har imidlertid aldri vært en lov om det elektroniske filformatet mp3, og den har ikke engang en egen paragraf om dette. Filformatet mp3 er sågar ikke nevnt med et eneste ord i noen av lovens bestemmelser.

⁵ Det er i sistnevnte sammenheng et paradoks at det som senere skulle utvikle seg til et opphavsrettslig vern startet som et privilegium for *trykkeriene* i de store europeiske byene. Etter oppfinnelsen av boktrykkerkunsten i 1450 – en hendelse som var helt avgjørende for den etterfølgende utvikling av opphavsrett – ble det etter hvert en praksis at trykkerier ble tildelt privilegier – eneretter – til å utøve boktrykkerkunst innenfor bestemte geografiske områder. Slike privilegier var blant annet vanlig i Venezia fra slutten av 1400-tallet. Først noen hundre år senere gikk dette privilegiesystemet over til å bli en enerett for *opphavsmannen* – forfatteren. Den engelske Statute of Queen Anne fra 1709 regnes som det første eksempelet på egentlig opphavsrettslig lovregulering (selv om denne loven bygger på tidligere *ulovfestet* rett – Common Law – fra så tidlig som rundt år 1600).

På den andre siden har vi den amerikanske tradisjonen, hvor opphavsretten rettferdiggjøres ut fra en mer utilitaristisk argumentasjon. I det amerikanske perspektivet er opphavsrettens (eneste) funksjon å sikre størst mulig samfunnsnytte. Opphavsmannens person er av underordnet betydning; det er overbevisningen om at det vil resultere i økt samfunnsnytte – i form av økt produksjon og distribusjon av åndsverk – som gjør at opphavsmannen skjenkes visse eneretter. Opphavsretten skal med andre ord være incentiv til kreativt virke i samfunnet. Samfunnsinteressen i økt (fremtidig) produksjon og distribusjon av åndsverk – det man ønsker å oppnå ved å forbeholde visse utnyttelsesformer for opphavsmannen – må imidlertid avstemmes mot allmennhetens interesse i fri tilgang til eksisterende verk. Enerettene kan således ikke være ubegrensede, men må innskrenkes hvis den største samfunnsnytteten oppnås gjennom fri tilgang – og ikke gjennom en enerett for opphavsmannen.⁶ Den utilitaristiske tankegang åpner således i større grad for en interesseavveining når opphavsrettens grenser skal trekkes opp.

De to skolene har imidlertid påvirket hverandre, og selv om de ikke har smeltet sammen, er utvilsomt opphavsretten i flere europeiske land - herunder Norge - i dag i stor utstrekning også basert på utilitaristiske overlegninger. Med den enorme økonomiske betydning opphavsretten etter hvert har fått, kan man ikke lenger nøye seg med å vise til prinsippet om den ”åndelige eiendomsrett” når opphavsrettens berettigelse settes på prøve. I likhet med andre immaterielle rettigheter, for eksempel patentretten, varemerkeretten og designretten, er opphavsretten konkurranseshemmende. I et samfunn som ellers preges av markedsliberalisme og fri konkurranse, krever slike skranker en mer konkret og samfunnsorientert forankring. Koktvedtgaard har beskrevet denne forankringen på en utmerket måte:⁷

”Samfundets interesse i litteratur og kunst er af ideel beskaffenhed og kan derfor ikke måles i penge. Ønsker man tilgang af nye værker – og det gør man – er det imidlertid klart, at der også foreligger et økonomisk problem: Dels må ophavsmændene have et levebrød, dels må den fysiske produktion af deres værker (tryking, distribution etc.) være rentabel. Problemet er således mangesidigt. Focuserer man på de egentlige ophavsmænd, kan man i princippet enten vælge at lade dem leve af deres værker via markedsmekanismene, hvilket forudsætter en stærk og effektiv ophavsret, eller man kan vælge at forsørge dem af de offentlige kasser, statslønsprincippet. Dette valg er klart politisk. I vor kulturkrets har man valgt markedsmekanismene, og man må da acceptere en veludbygget ophavsret.”

⁶ Det er i denne sammenheng viktig at enerettene ikke innskrenkes så mye at incentivet til produksjon av åndsverk går tapt. Man må altså finne grenseverdien for hvor mye man kan innskrenke enerettene ut fra andre *samfunnsnyttige* hensyn, uten å forringe incentivvirkningen dramatisk.

⁷ Mogens Koktvedtgaard, ”Lærebok i immaterialret”, Jurist- og Økonomforbundets forlag 2002, s 8.

Hvis en så tar som utgangspunkt at rettsordenen tilbyr et opphavsrettlig vern, blir spørsmålet hvorfor vernet skal begrenses slik det er under dagens regelverk. Det er altså begrunnelsen for å begrense opphavsrettsbeskyttelsens vi nå søker. Med et utilitaristisk utgangspunkt vil svaret i stor utstrekning gi seg selv: Beskyttelsen strekker seg så langt som samfunnsnytteargumentet bærer – ikke lenger. Ytterligere begrunnelse trengs ikke. Med et naturrettslig utgangspunkt, derimot, krever begrensningene sin begrunnelse. Den forklaringen som oftest fremheves er at opphavsrettsbeskyttelsen legger sterke bånd på samfunnets kulturelle utfoldelse, noe som bare kan tåles innenfor visse grenser.

Den første avgrensningen foretas allerede ved inngangsporten: Opphavsrettsbeskyttelsen er forbeholdt en bestemt type frembringelser, nemlig dem vi kaller *åndsverk*. Som åndsverk regnes *litterære, vitenskapelige og kunstneriske verk* av enhver art, uavhengig av form og uttrykksmåte.⁸ En fullstendig analyse av åndsverkbegrepet ville føre for langt her. For våre formål er det tilstrekkelig, utover det som allerede er nevnt, å fastslå at åndsverkskriteriet stiller krav til originalitet; verket må være skapt av opphavsmannen selv, og ikke kopiert fra andres frembringelser. Åndsverkbegrepet er dessuten slik å forstå at det ikke omfatter ideen bak verket, bare *den konkrete utforming* ideen er gitt gjennom det frembrakte verket. Dette siste er en naturligvis meget viktig begrensning: Thorbjørn Egner kan ikke hindre meg i å skrive historier om en liten syngende mus og hans venner i et fredelig lite samfunn i skogen, så lenge jeg ikke kopierer hans ”Klatremus og de andre dyrene i hakkebakkeskogen”.

De eneretter opphavsmannen får når det han har frembrakt utgjør et åndsverk i lovens forstand, er videre ikke ubegrensede. De opphavsrettslige eneretter er definert ved to positivt angitte beføyelser, eneretten til å fremstille eksemplarer av verket og eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Handlinger som faller utenfor disse to beføyersene er fri for alle. Et eksempel på en slik handling er fremføring av et beskyttet verk innenfor den private sfære.⁹ Jeg trenger altså ikke noe samtykke fra Jan Erik Wold for å kunne deklamere hans dikt innenfor husets fire vegger.

⁸ Jf. åndsverkloven § 1 annet ledd.

⁹ Opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring – en samlebetegnelse som også omfatter fremføring – gjelder som nevnt kun tilgjengeliggjøring *for allmennheten*.

Heller ikke innenfor de to enerettsbeføyelsene har opphavsmannen full kontroll med utnyttelsen av verket. Dette skyldes de såkalte ”lånereglene”, som fritar enkelte former for eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring til allmennheten fra opphavsmannens enerett. Lånereglene bygger på en sammensatt gruppe hensyn, som har det til felles at de taler imot at utnyttelsen av verket, i nærmere bestemte situasjoner, skal være underlagt opphavsmannens enerett. De interesser som ligger til grunn for lånereglene omfatter bl.a. hensynet til ytringsfrihet (i vid forstand), hensynet til personvern og privatlivets fred, hensynet til spredning av kunnskap i samfunnet og hensynet innarbeidet bransjepraksis og fri konkurranse

En mye omtalt låneregel er § 12 som gir en viss adgang til å fremstille eksemplarer av vernede verk til privat bruk. Her står hensynet til personvern og privatlivets fred sentralt. Fra et samfunnsperspektiv er nok andre låneregler mer sentrale enn privatkopieringsadgangen, for eksempel sitatretten, adgangen til å gjengi bilder og fotografiske verk i forbindelse med nyhetsformidling, kringkastingsforetaks rett til å gjøre såkalte efemere opptak, arkivers, bibliotekers og museers adgang til å fremstille eksemplarer av verk for konserveringsformål o.s.v. Felles for lånereglene er altså at de gir adgang til bruk som ellers – uten lånereglene – ville forutsatt tillatelse fra rettighetshaveren.¹⁰

Opphavsrettsbeskyttelsen er endelig begrenset i tid og opphører etter norsk rett 70 år etter utløpet av opphavsmannens dødsår.

3. Tekniske beskyttelsessystemer

Vi hører ofte om hvordan den ”digitale revolusjon” – med Internett i spissen – dramatisk har øket risikoen for *misbruk* av opphavsrettsbeskyttet materiale.¹¹ Digital kopieringsteknologi kombinert med kommunikasjonskanalen Internett gjør det mulig å massekopiere digitale verk og spre dem globalt – i løpet av sekunder – og uten nevneverdig kostnad. Slike rammebetingelser er selvsagt truende for dem som har sitt levebrød i omsetning av digitalt innhold. Representanter for norsk platebransje har uttrykt det slik at hvis man slipper løs *ett*

¹⁰ Enkelte låneregler krever dog at det betales for bruken (men man slipper altså å be om tillatelse).

¹¹ Med ”misbruk” siktes det i denne sammenheng primært til *uautorisert* bruk.

ubeskyttet eksemplar av en låt i de digitale omgivelser, så har man i realiteten mistet varelageret sitt for den aktuelle innspillingen.¹²

Dette går imidlertid hånd i hånd med tilsvarende forbedrede muligheter til *beskyttelse* av digitalt innhold, ved hjelp av såkalt DRM-teknologi. Dette er teknologi som benyttes til å regulere – i praksis begrense – tilgangen til og utnyttelsen av digitalt lagret innhold. Slike tekniske beskyttelsessystemer kan benyttes både hvor innholdet formidles over fysiske bærere, for eksempel CD, DVD etc., og når det formidles gjennom digitale nettverk som Internett. De aller fleste har i dag møtt på tekniske beskyttelsessystemer i praksis, i form av kopibeskyttelse på CD eller DVD. Slike systemer representerer imidlertid bare begynnelsen av en utvikling hvor teknologien etter hvert vil sette rettighetshavere i stand til å regulere brukerens utnyttelse av innholdet ned til den minste detalj.

En slik utvikling gir naturligvis misbruksmuligheter også for rettighetshaversiden: Teknologien kan benyttes til å beskytte innholdet langt ut over de grenser som opphavsretten setter, for eksempel ved å beskytte frembringelser som ikke er åndsverk (og dermed ikke har opphavsrettslig vern); å stenge for utnyttelsesformer som ellers ville ha vært lovlig i kraft av de nevnte lånereglene, eller fordi de ikke rammes av noen av de to enerettene; eller å hindre utnyttelsen av verk som ikke lenger er opphavsrettsbeskyttet fordi vernetiden er utløpt. Når opphavsrettens begrensninger på denne måten kan elimineres ved bruk av tekniske hjelpemidler, står naturligvis de interesser som avgrensingsreglene skal ivareta i fare.

DRM-teknologien *i seg selv* er imidlertid ikke en uoverkommelig trussel i et opphavsrettslig perspektiv, fordi den kan omgås. Prinsipielt sett kan man tenke seg at brukere som mener seg berøvet for rettmessige utnyttelsesformer, kan omgå de tekniske sperrene for å oppnå slik utnyttelse. I den utstrekning brukeren selv ikke innehar nødvendige ferdigheter eller ressurser for å omgå teknologien, kan han få hjelp fra venner og bekjente eller kjøpe assistanse fra kommersielle tilbydere. Det er således først når muligheten til å omgå de tekniske sperrene fjernes – i vårt tilfelle gjennom et lovforbud – at det virkelig kan bli problematisk. *Hvor* problematisk beror på hvordan omgåelsesforbudet er utformet.

¹² Den implisitte påstanden – som ikke er empirisk belagt – er selvsagt at ingen vil ønske å bruke penger på å kjøpe innspillingen når den likevel finnes gratis tilgjengelig i fildelingsnettverk eller gjennom andre kanaler på Internett.

4. Omgåelsesforbudets bakgrunn og utforming

Det nye omgåelsesforbudet i åndsverkloven kap 6a har sin bakgrunn i internasjonale overenskomster som forplikter statene til å innføre nærmere bestemte regler i sin interne rett. Direkte er reglene en implementering av artikkel 6 i Opphavsrettsdirektivet av 2001. Opphavsrettsdirektivets bestemmelser bygger igjen på to WIPO¹³-traktater av 1996.¹⁴ Det finnes også andre regler, både nasjonalt og internasjonalt, som på ulike måter rammer omgåelse av tekniske sperrer – enten direkte eller indirekte. De ulike regelverkene vil således kunne overlappe hverandre. Denne artikkelen omhandler imidlertid kun Opphavsrettsdirektivets regler og de regler i norsk rett som er utledet derfra. Det er primært rundt disse reglene at debatten har rast, både i den faglige diskurs og i media, de siste årene.

Den *faktiske* bakgrunnen for innføringen av slike forbudsregler var en erkjennelse av at DRM-systemer aldri ville bli tilstrekkelig sikre til å kunne bære kommersialiseringen av digitale innholdstjenester, uten at det ble etablert et rettslig forbud mot å omgå de tekniske sperrene som innholdet skulle beskyttes med. Denne erkjennelsen kommer klart til uttrykk f.eks. på EU-hold, i forbindelse med prosessen som ledet frem til Opphavsrettsdirektivet.¹⁵

“Digitalisation not only brings about new risks for the rightholders of copyright and related rights, it also makes it potentially easier to administer and control acts of exploitation by means of access control, identification and anti-copying devices. A successful large-scale introduction of such systems or devices which are under development or have already been developed by the private sector will depend upon the implementation of measures that provide for the legal protection in relation to such acts such as circumvention, violation or manipulation of these systems.”

Det norske omgåelsesforbudet er, som de fleste andre slike regelverk, delt i to: Dels forbys selve det å *omgå* vernede tekniske beskyttelsessystemer (omgåelseshandlingen). Dels forbys det å *legge til rette for* at andre skal kunne omgå slik teknologi, ved bl.a. å tilby omgåelsesverktøy eller -tjenester. At begge disse handlemåte rammes av forbudet er nødvendig for at vernet skal bli effektivt. De to forbudene er straffesanksjonerte. Det innebærer at den som ikke overholder reglene risikerer å bli straffet, i tillegg til å bli møtt med økonomiske sanksjoner i form av erstatning og inndragning.

¹³ World Intellectual Property Organization,

¹⁴ World Copyright Treaty (WCT) og World Performing Artists and Phonogram Producers Treaty (WPPT).

¹⁵ EU Communication IP/96/1042 av 20. november 1996, s 3

Etter den norske loven er omgåelsesforbudet knyttet til teknologi som regulerer bruken av opphavsrettsbeskyttet materiale, og i utgangspunktet bare så langt teknologien regulerer handlinger som faller innenfor de opphavsrettslige eneretter. Lovteksten i § 53a forutsetter således at beskyttelsessystemet anvendes for å kontrollere enten *eksemplarfremstilling* eller *tilgjengeliggjøring for allmennheten* (jf. gjennomgangen av enerettene over). Fordi teknologien ofte gjør det vanskelig å utforme beskyttelsen slik at den følger de rettslige grensedragningene (for eksempel lovens sonndring mellom *tilgjengeliggjøring for allmennheten* og *tilgjengeliggjøring* (dvs. fremføring) *innenfor den private sfære*), har lovgiver falt ned på at også såkalte ”kombinerte sperrer” – teknologi som samtidig regulerer handlinger både innenfor og utenfor enerettene – er beskyttet. Dette innebærer at også tekniske beskyttelsessystemer som *overbeskytter* i forhold til opphavsretten i utgangspunktet vil oppnå vern.

På bakgrunn av de regler som er beskrevet over vil det lett kunne oppstå situasjoner hvor omgåelsesforbudet beskytter teknologi som hindrer utnyttelsesformer opphavsretten ville tillatt. Loven har derfor regler som skal harmonisere omgåelsesforbudet med opphavsretten for å unngå at de opphavsrettslige avgrensingsregler – lånereglene i særdeleshet – utviskes. Om disse harmoniseringsbestemmelsene er *gode nok* er et av kjernespørsmålene i den faglige debatten på dette feltet, ikke bare i Norge men også globalt.

I den norske loven er harmoniseringen foretatt i to nivåer. For det første har lovgiver etablert enkelte unntak fra omgåelsesforbudet. Det viktigste av disse er unntaket i § 53a tredje ledd annet punktum, som opphever forbudet¹⁶ i den utstrekning omgåelse er nødvendig for å kunne tilegne seg verket på såkalt ”relevant avspillingsutstyr” innenfor den private sfære.¹⁷

For det annet har loven etablert en sikkerhetsmekanisme som skal sørge for at brukergrupper som er tilgodesett under enkelte av lånereglene, ikke skal hindres i sin berettigede bruk som følge av tekniske sperrer. Bestemmelsen er ikke utformet som et unntak, slik som det nevnte unntaket for privat tilegnelse. En bruker som opplever at teknologien hindrer ham i slik bruk

¹⁶ Unntaket gjelder kun forbudet mot omgåelse, ikke forbudet mot tilretteleggelse.

¹⁷ Den tidligere nevnte ”mp3-debatten”, som blant annet ga åndsverkloven et nytt tilnavn i mange aviser, gjaldt nettopp denne unntaksregelen. Spørsmålet var om mp3-spillere skal anses som ”relevant avspillingsutstyr” i forhold til musikk kjøpt på CD, slik at CD-ens eventuelle kopisperre lovlig kunne omgås hvis den sperret for avspilling på en mp3-spiller (noe den normalt vil gjøre, fordi slik avspilling forutsetter at musikken konverteres – og derved *kopieres* – til filformatet mp3). Som nevnt ble svaret på dette spørsmålet til slutt ja.

som den aktuelle låneregelen gir adgang til, kan således ikke ubetinget omgå sperren. Derimot må han klage forholdet inn for en spesialoppnevnt nemnd som, hvis den finner klagen begrunnet, blant annet har muligheten til å bestemme at omgåelse skal være lovlig.

Ved utformingen av harmoniseringsbestemmelsene har den norske lovgiveren vært bundet av sterke føringer i Opphavsrettsdirektivet, og bestemmelsene har derfor ikke fått en optimal utforming sett fra et opphavsrettslig ståsted. Den beskrevne klageordningen gjelder for eksempel bare enkelte utvalgte låneregler. I tilfeller hvor den neglisjerte låneregelen *ikke* omfattes, må derfor de tekniske sperrer respekteres – med de konsekvenser det kan få for de underliggende samfunnsinteresser. På den annen side representerer de norske reglene en klart sterkere grad av harmonisering enn de tilsvarende bestemmelser i Opphavsrettsdirektivet.¹⁸

5. Avslutning

Hvilke konsekvenser forbudet mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer får for opphavsretten beror altså i stor utstrekning på hvordan – og hvor godt – de to regelverkene er harmonisert. Internasjonalt er det store variasjoner mellom de ulike lands løsninger på dette punktet, likeså mellom de ulike overnasjonale regelverk. De norske reglene går relativt langt i å harmonisere, men har like fullt klare svakheter. I den utstrekning opphavsretten blir berørt, er det særlig lånereglene og de hensynene disse bygger på, det går ut over. Det er her verdt å merke seg at de norske harmoniseringsreglene ikke beskytter låneregler som for eksempel privatkopieringsadgangen, sitatretten, adgangen til bruk av bilder og fotografiske verk i forbindelse med nyhetsrapportering.¹⁹

I et litt videre perspektiv kan det spørres om de forhold som er beskrevet i denne artikkelen får konsekvenser for opphavsrettens *regulatoriske* funksjon. Som påvist over, er opphavsretten dels begrunnet i at den – med de muligheter enerettene gir til å profitere økonomisk på verket – antas å fremme produksjon og distribusjon av åndsverk i samfunnet, noe som er ønskelig. Om denne incitamentsvirkningen vil påvirkes av den beskrevne tekniske

¹⁸ Om den norske lovgiveren har holdt seg innenfor den tillatte skjønnsmargin, eller gått for langt i forhold til direktivet, har EFTAs overvåkningsorgan ennå ikke tatt stilling til.

¹⁹ Når det gjelder privatkopiering er brukeren likevel til en viss grad hjulpet av det nevnte unntaket for privat tilegnelse på relevant avspillingsutstyr, som også gir en begrenset adgang til kopiering hvis det er nødvendig *for å kunne tilegne seg* verket på slikt utstyr. Kopiering for sikkerhetsformål (sikkerhetskopier) gir dette unntaket imidlertid ikke adgang til.

og rettslige utvikling, er foreløpig umulig å si noe sikkert om. Jeg vil derfor nøye meg med noen mer generelle refleksjoner.

Først og fremst må det slås fast at utvikling og lovregulering av digital teknologi generelt har liten eller ingen betydning for åndsverk som ikke er digitale eller digitaliserbare. Opphavsrettens incitamentsvirkning i forhold til produksjon av fullt ut ”analoge” verk, som for eksempel skulpturer, arkitektoniske verk, klassisk brukskunst etc. er således trolig like sterkt nå som før.

Når det gjelder virkningen for de digitale og digitaliserbare åndsverkene, er det som sagt foreløpig umulig å si noe sikkert. Det er også vanskelig å spå, fordi den digitale konteksten på mange måter rommer en grunnleggende selvmotsigelse på dette punkt: På den ene siden har man de tilnærmet ubegrensede mulighetene for kopiering og distribusjon av digitalt innhold, som truer med å slå bunnen ut av ethvert marked som baserer seg på kommersialisering av slikt innhold. I den utstrekning dette aspektet blir dominerende, vil naturligvis utsiktene til å kunne profitere økonomisk på produksjon og distribusjon av digitale åndsverk minke og incitamentsvirkningen synke.

På den andre siden har man DRM-teknologien, som ikke bare gir muligheter for å gjenvinne en tilsvarende kontroll over utnyttelsen av verket som den i den klassiske (analoge) verden, men som sammen med omgåelsesforbudet gir muligheter for å gå mye lenger i å regulere brukerens utnyttelsesmuligheter. Dette medfører økte muligheter for differensiering av produkt- og prisspektre, noe som igjen kan øke utsiktene til profitt. En slik utvikling vil kunne styrke opphavsrettens incitamentsvirkning. Økt teknologisk kontroll kan imidlertid samtidig redusere mulighetene for *gjenbruk* av verk eller verkselementer i kreative prosesser. Blant annet vil det bli vanskeligere for kunstnere å legge inn referanser til tidligere verk i egne verk, for eksempel i form av ”sampling” innen musikkens verden. Dette vil redusere om ikke incitamentet, så i alle fall *mulighetene* til å være kreativ på denne måten, noe svært mange vil oppleve som et tilbakeskritt.

Bildet er altså nokså broket. Selv har jeg mest tro på at DRM-teknologien etter hvert vil ”seire” over pirateriet, og at utsiktene til å kunne profitere på produksjon av digitale eller digitaliserbare verk i hvert fall ikke vil minke.