



Vern av tekniske beskyttelsessystemer etter åndsverkslovens
§53a.

av Andreas Norum

*Stor masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet*

Våren 2008

Innholdsfortegnelse

1. Innledning.....	2
1.1 Problemstilling.....	2
1.2 Historikk.....	4
1.3 Rettskildebildet.....	8
1.4 Begrepsforklaringer.....	10
1.5 Avgrensninger.....	11
1.6 Veien videre.....	12
2. Hva er et teknisk beskyttelsessystem.....	12
2.1 Generelt.....	12
2.2 Typer beskyttelsessystemer.....	13
2.3 Vern av beskyttelsessystemer i andre lover.....	16
Straffeloven §145.....	17
Straffeloven §262.....	22
3. Vilkår for vern.....	23
3.1 Generelt.....	23
3.2 Krav til rettighetshaver og verket.....	25
3.3 Funksjonskravet.....	28
Opphavsmannens eksklusive rettigheter.....	30
Funksjonskravet i forhold til omgåelsesforbudet.....	36
Funksjonskravet i forhold til adgangskontroll og kopisperrer.....	38
Adgangskontroll.....	38
Kopisperrer.....	39
Passive beskyttelsessystemer.....	39
3.4 effektivitetskriteriet.....	40
Hvor sterkt må beskyttelsessystemet være.....	44
I hvor stor grad kan et system begrense brukerens tilegnelse av verket.....	49
3.5 Når skal man regne effektiviteten fra.....	54
3.6 Kunnskap om at en handling utgjør en omgåelse.....	60
3.7 Hva skal til for at et beskyttelsessystem blir utdatert.....	63
Er css et effektivt beskyttelsessystem.....	71
4. Befatning med omgåelsesverktøy	76
4.1 Generelt.....	76
4.2 Hva er et omgåelsesverktøy.....	79
Hva er en omgåelse etter åvl §53a.....	79
Hva er et verktøy etter åvl §53a.....	83
4.3 De tre alternative vilkårene.....	88

Frembys i det formål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystem.....	88
Begrenset ervervsmessig nytte.....	91
Hovedsak er utviklet i den hensikt å omgå et effektivt teknisk beskyttelsessystem.....	95
4.4 Omgåelsesverktøyets forhold til beskyttelsessystemet.....	96
4.5 Dersom man omgår et beskyttelsessystem med et annet hjelpemiddel enn et omgåelsesverktøy er dette en omgåelse.....	99
5 Virkningen av at et åndsverk er belagt med et teknisk beskyttelsessystem?.....	101
5.1 Er det å pålegge verket et beskyttelsessystem å regne som et avtaleforbehold	102
5.2 Privatbrukskopiering.....	104
5.3 Adgang for sitering.....	111
6 Avsluttende bemerkninger.....	115
Kildeliste.....	117

1. Innledning

1.1 Problemstilling

I denne oppgaven vil jeg redegjøre for og drøfte vilkårene for at et beskyttelsessystem skal være vernet etter åndsverksloven §53a, i tillegg vil jeg ta for meg visse virkninger av forbudet mot omgåelse av slike beskyttelsessystemer.

Vernet av tekniske beskyttelsessystemer er et forholdsvis nytt bidrag til opphavsretten som ble innført i det norske rettssystemet ved lov nr. 97 av 2005. Dette var en endringslov i lov om opphavsrett til åndsverk, lov av 12 mai. nr. 2. 1961, heretter åvl. Denne lovendringen ble foretatt for i den hensikt å inkorporere opphavsrettsdirektivet i norsk lov¹.

Bestemmelsen i åvl §53a lyder som følgende:

«§ 53a. Det er forbudt å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer som rettighetshaver eller den han har gitt samtykke benytter for å kontrollere eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten av et vernet verk.

Det er videre forbudt å:

- a) selge, leie ut eller på annen måte distribuere,*
- b) produsere eller innføre for distribusjon til allmennheten,*

¹ Directive 29/2001/EC

c) reklamere for salg eller utleie av,
d) besitte for ervervsmessige formål, eller
e) tilby tjenester i tilknytning til
innretninger, produkter eller komponenter som frembys med det formål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer, eller som kun har begrenset ervervsmessig nytte for annet enn slikt formål, eller som i hovedsak er utviklet for å muliggjøre eller forenkle slik omgåelse.

Bestemmelsen i denne paragraf skal ikke være til hinder for forskning i kryptologi. Bestemmelsen i første ledd skal heller ikke være til hinder for privat brukers tilegnelse av lovlig anskaffet verk på det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr. For tekniske innretninger til beskyttelse av et datamaskinprogram gjelder i stedet det som er bestemt i § 53c.

Bestemmelsene i første ledd skal ikke være til hinder for eksemplarframstilling etter § 16.»

Det jeg ønsker å rette fokus på i denne oppgaven er hva kreves det av et beskyttelsessystem for at dette skal omfattes av vernet som er satt for slike i åvl §53a. Jeg vil også se på virkningen forbudet mot omgåelse har hatt for adgangen til privatbrukskopiering og sitatretten. Jeg har valgt å trekke ut disse to unntakene spesielt. Fordi disse unntakene har hatt viktige funksjoner i opphavsretten, og deres stilling slik rettstilstanden idag er uviss.

Vernet av beskyttelsessystemer har også en del følger i forhold til andre aspekter innen opphavsretten. Jeg ønsker spesielt å belyse hvordan det skilles mellom bruksmulighetene i forhold til verk som er ikke er belagt med et beskyttelsessystem og de som er det. Med bruksmuligheter mener jeg da de unntakene til opphavsmannens eksklusive rettigheter som følger av åvl, jeg vil spesielt trekke frem privatbrukskopiering og sitatretten.

En annen virkning av innføringen av vern av beskyttelsessystemer er forbudet mot omgåelsesverktøy. Slike omgåelsesverktøy henger nært sammen med beskyttelsessystemene de er laget for å omgå, og hvorvidt beskyttelsessystemene er omfattet av loven eller ikke. Jeg vil derfor se på hva som kvalifiserer noe til å være et omgåelsesverktøy og hva det vil si at et beskyttelsessystem er omgått.

1.2 Historikk

Opphavsretten har eksistert siden midten av 1400 tallet. Det som fremmet utviklingen av retten til immaterielle goder var oppfinnelsen av trykkpressen. Grunnen til at det var på dette tidspunktet at

opphavsrett oppsto var at det var sterke økonomiske interesser for å opprette et vern rundt åndsverk. Bakgrunnen for dette igjen var å beskytte investeringen til de som opprettet trykkerier. Å starte med boktrykking var en stor utgift, og i den første tiden der det ikke var noe vern rundt produktet deres var det usikkert hvorvidt det var mulig å tjene inn den forholdsvis store investeringen det var å starte opp med boktrykking. Boktrykkerne var meget utsatt for urettmessig kopiering som reduserte mulighetene deres for inntjening.

Resultatet var et system med privilegier gitt av statsmakten som ga enkelte enerett til å trykke opp bøker. Ordningen med privilegier gjorde at det var mulig for trykkeriene å sikre investeringene sine ved at de fikk eneretten til å trykke opp visse bøker. Dermed var boktrykkerne sikret inntjening på bøkene sine². Disse privilegiene ble gitt i England og Frankrike av deres respektive kongemakter og i Tyskland av hver region sin prins.

Mot slutten av 1600 tallet økte kritikken mot privilegie systemet. Denne kritikken førte til i 1709 at i England ble «the statute of Anne» godkjent. Denne loven sikret forfattere retten til eksemplar fremstilling og retten til å tilgjengeliggjøring. Denne retten kunne avhendes, noe som også var vanlig at forfatteren solgte denne retten til bokhandlere. Varigheten av denne beskyttelsen var i 14 år etter den første utgivelsen, og som ble fulgt av en ny periode med beskyttelse som varte i 14 ytterligere år dersom forfatteren fortsatt var i live. Denne beskyttelsen var avhengig av registrering av verket og overlevering av verket for bruk i biblioteker og på universiteter.

Gjennom 1700 tallet gikk det en iherdig diskusjon om hvorvidt det fantes en «common law» rett i tillegg til den retten gitt i «statute of Anne». Denne diskusjonen angikk prinsipalt om det overhodet har fantes en slik rett, og dersom det gjorde det hvorvidt denne retten ble utfylt av statutten eller om

2 WIPO, Kluwer Law international, 1997

«common law» retten ble erstattet av statuten³. Striden om dette ble avgjort i 1774 i saken Donaldson v. Becket som slo fast at en forfatter etter «common law» hadde enerett til fremstilling av eksemplarer og tilgjengeligjøring, men etter at verket var utgitt var denne retten ene og alene regulert av «the statute of Anne»⁴.

I Frankrike ble systemet med privilegier fjernet på slutten av 1700 tallet. Dette var i sammenheng med den franske revolusjonen der alle de kongelige privilegieordningene ble fjernet. Disse ble byttet ut med et vern av forfatteres rettigheter, som var retten til eksemplarframstilling og tilgjengeligjøring. Denne retten varte frem til forfatterens død, og etter 1793, i ti år etter hans død. Denne beskyttelsen hadde ingen formelle krav om registrering eller lignende.

Hittil hadde opphavsretten blitt sett på omtrent som et rent økonomisk gode. Denne retten ble gitt for å sikre inntjening til produsenter av kultur. Dette synet ble endret i den neste utviklingen innen opphavsrett. Denne endringen skjedde i Tyskland og ble fremmet av tyske filosofer blant annet Immanuel Kant, som argumenterte for at retten til immaterielle goder var mer enn kun eiendomsrett som skulle sikre økonomiske interesser, men en utvidelse av forfatterens personlighet⁵. Dette synet på retten til åndsverk som ble fremmet da var annerledes enn det som hadde rådet tidligere. Før dette var opphavsretten sett på som en ren økonomisk rett. De tyske filosofene mente derfor at retten til åndsverk fortjente beskyttelse som en del av forfatterens person. Forfatterens ideelle rett, eller droit morales, har blitt sterkt preget av disse tankene.

Senere mot slutten av 1800 tallet utviklet det seg et mer internasjonalt syn på opphavsretten. Før denne tiden hadde vært land sitt system som beskyttet verk skapt innenfor hvert lands grenser. Opphavsretten

3 For en nærmere gjennomgang av denne debatten se boken Rethinking Copyright, av Ronan Deazley, Edward Elgar publishing, inc. 2006.

4 WIPO, Kluwer Law international, 1997

5 Kant, «On the wrongfulness of unauthorized publication of books», tilgjengelig i, Immanuel Kant Practical philosophy, Cambridge University press, 1996.

stoppet da ved landets grenser. Slik at det var fritt frem for, for eksempel en franskmann å trykke opp en engelsk bok uten at den som eide rettighetene til denne boken i England kunne gjøre noe med saken.

Den første store multilaterale konvensjonen innen opphavsrett var Bern konvensjonen som trådte i kraft i 1886. Norge ratifiserte denne traktaten den 13. april, 1896. Hovedelementet i denne konvensjonen var opprettelsen av en union av stater. De landene som ratifiserer konvensjonen og går inn i denne unionen forplikter seg til å gi det samme vernet til verk som originerer fra andre land i unionen som det gir til verk produsert i eget land. I tillegg var det et krav i Bern konvensjonen at det ikke skulle være formelle krav for opphavsrett, altså at det ikke skulle være noen krav for at opphavsmannens rettigheter i verket skulle beskyttes. Før Bern konvensjonen var ordninger med registrering eller deponering av eksemplarer av verket utbredt for at opphavsretten skulle anerkjennes. I skrivende stund er det 163 stater som har ratifisert konvensjonen.

I nyere tid har opprettelsen av WIPO, World Intellectual Property Organisation, ført til ytterligere lovharmonisering på den internasjonale arena. WIPO er et FN organ dedikert til beskyttelse av immaterielle rettigheter.

Den Europeiske union har også arbeidet for regelharmonisering innenfor det europeiske økonomiske fellesskapet. Det har blitt produsert mange direktiver dedikert til å samkjøre vernet av opphavsretten innenfor EU. Den nyeste av disse er «Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society», heretter kalt opphavsrettsdirektivet.

Et av de mer kontroversielle innslagene i dette direktivet var vern av tekniske beskyttelsessystemer. Dette vernet er et brudd med den tradisjonelle tenkningen innen opphavsrett der fokuset har vært på de

rettighetene som ligger hos forfatteren og hvilke unntak som finnes til disse. Mens etter innføringen av vernet av beskyttelsessystemer så er dette rettet mot det middelet forfatteren kan bruke til å verne om sine rettigheter. Denne endringen har høstet en viss kritikk.

«Adequate legal protection» er det Norge er pålagt å sette inn mot omgåelse av effektive tekniske beskyttelsessystemer⁶. Dette er også det de kontraherende stater som har ratifisert WIPO traktatene WCT og WPPT er pålagt. Denne formuleringen i opphavsrettsdirektivet er hentet fra disse traktatene for regelharmonisering på dette feltet. Dette følger og av opphavsrettsdirektivets fortale nr 15. Denne formuleringen er relativt vag. På grunn av denne vagheten her det blitt en del forskjeller mellom landene som implementert vern av beskyttelsessystemer.⁷

Det som med sikkerhet kan sies er at det kreves i det minste at det opprettes et vern av beskyttelsessystemer. Hvor sterkt dette vernet skal være avhenger av det enkelte lands tolkning av det dokumentet som dette landet er tilknyttet. I tillegg er det opp til hvert land å fastsette reaksjonen som skal inntre dersom noen omgår et effektivt beskyttelsessystem.

1.3 Rettskildebildet

Som jeg har nevnt tidligere er den sentrale loven for opphavsrett åvl. Denne loven er et resultat av et skandinavisk lovsamarbeid som har pågått siden begynnelsen av 1900 tallet, noe den forrige loven også var. Det er bestemmelsen i åvl §53a jeg vil fokusere på i denne oppgaven.

I denne oppgaven vil forarbeidene stå som sentrale rettskildefaktorer. Grunnen til det er at temaet for denne oppgaven omhandler nye rettsregler som enda ikke er blitt prøvd for domstolene. Det er derfor en mangel på dommer eller andre sedvaner. I tillegg vil opphavsrettsdirektivet også stå som en sentral

6 Directive 29/2001/EC.

7 Ivir, 2007, s.81-94.

kilde for å tolke loven.

Jeg vil bruke noen dommer i denne oppgaven, dette er betaltvdommen⁸, smartkortdommen⁹, dvd-Jondommene¹⁰ og en finsk tingrettsdom¹¹. Ingen av disse dommene har direkte virkning som rettskildefaktorer når man skal tolke regelen i §53a, men jeg vil trekke inn disse dommene som illustrasjoner og støttemomenter. Betaltv-, smartkort-, og dvd-Jondommene er avsagt før opphavsrettsdirektivet ble innført. Den finske dommen får ikke direkte virkning som rettskildefaktor, men vil kunne fungere som et støttemoment av hensyn til regelharmonisering innen det europeiske økonomiske fellesskap.

Opphavsrett er et rettsområde som er veldig preget av internasjonalisering og samarbeid mellom stater. Dette preget av internasjonalisering har bare økt i moderne tid grunnet økt grad av kommunikasjon mellom folk fra forskjellige land. I tillegg har et økt ønske om regelharmonisering mellom statene ført til at det både innen EU, og ellers finnes et stort antall traktater og konvensjoner som skal fremme opphavsretten på den internasjonale arena.

De sentrale internasjonale avtalene i forhold til denne oppgaven er først og fremst opphavsrettsdirektivet. Direktivet har blitt implementert i norsk rett i samsvar med EØS¹² avtalen art. 3. Direktiver er særskilt nevnt i EØS art. 7 bokstav b, det er opp til avtalepartens myndighet å bestemme formen og midlene for gjennomføringen av direktiver. Det er likevel visse begrensninger innenfor friheten den enkelte kontraherende stat har i forhold til hvordan den ønsker gjennomføre direktivet. EU rettens ulovfestede krav til gjennomføring av direktiver må tolkes inn i denne friheten. Det vil si at det er et krav om at gjennomføringen resulterer i at rettsregelen er klar og utvetydig. En slik regel vil også hjelpe på forutberegneligheten for borgerne i forhold til deres rettstilling¹³. Dette ulovfestede kravet er

8 Rt. 1994 side 1610.

9 Rt. 1995 side 35.

10 TOSLO 2002 s. 507, og RG 2004 s. 414.

11 Helsingfors tingrätts dom 07/4535.

12 Direkte implementert i lov av 27. November nr. 109. 1992.

13 Sejersted, Fredrik, Universitetsforlaget, 2004, s. 279.

etablert gjennom praksis i EF domstolen.

Deler av opphavsrettsdirektivet er et forsøk på gjøre opphavsretten innen EU lik med WIPO traktatene;- «World copyright treaty» (WCT) og «WIPO performance and phonograms treaty» (WPPT)¹⁴. Norge har imidlertid ikke i skrivende stund ratifisert disse traktatene. På grunn av den tilknytning som er mellom WCT og WPPT og opphavsrettsdirektivet så er det naturlig at disse får relevans som tolkningsmomenter i forhold til direktivet og dermed indirekte også åvl.

Bern konvensjonen har også en viktig og sentral rolle i forhold til opphavsretten generelt og også i forhold til min oppgave.

Innen tolkning av åvl vil også reelle hensyn gjøre seg gjeldende som relevante faktorer. For å verne om og oppfordre til åndsproduksjon er det viktig med et sterkt vern om opphavsmannens rettigheter. Dette er kjent som «incentiv teorien». Det vil si å sikre produksjon og utvikling innen kultur ved at samfunnet verner om opphavsmannens rettigheter. Ved å sikre disse rettighetene så vil det lønne seg økonomisk å drive med kreativ virksomhet og vil stimulere aktørene til å ønske fortsette med dette, på den måten legger man grunnlaget for videre samfunnsutvikling¹⁵.

Delvis i motsetning til hensynet for sterkt vern om opphavsmannens rett er hensyn til allmennhetens adgang til verket. Det kan være i samfunnets interesse at åndsverk i størst mulig grad er tilgjengelig. Det vil ikke gagne samfunnet som en helhet dersom begrensningene som legges på bruk av åndsverk er så store at det ikke er mulig for potensielle brukere å benytte seg av det som er skapt¹⁶.

1.4 Begrepsforklaringer

Denne oppgaven omhandler prinsipielt beskyttelsessystemer som er anvendt for å verne om opphavsmannens eksklusive rettigheter. Beskyttelsessystemer kan likevel anvendes på et meget større

14 Directive 29/2001/EC, fortalen nr. 15.

15 Ot.prp.nr46.2004-2005, s. 8.

16 Ibid. s. 8.

område enn kun i relasjon til åndsverk. Jeg vil i all hovedsak bruke begrepet «beskyttelsessystem» som en betegnelse på et system som er benyttet for å verne om opphavsmannens rettigheter.

Etter loven brukes begrep «innretning, komponent eller produkt» som betegnelser for verktøy som brukes for å omgå et beskyttelsessystem¹⁷. I odelstingsproposisjonen¹⁸ bruker departementet betegnelsen «omgåelsesverktøy» samlende for alle disse forskjellige redskapene. Jeg vil derfor bruke omgåelsesverktøy eller bare verktøy som en samlebetegnelse på enhver gjenstand, program eller komponent som har den iboende egenskap at den kan omgå et beskyttelsessystem.

«Avspillingsutstyr» er også et begrep som anvendes i åvl §53a. Denne oppgaven omhandler verk som er lagret eller overført digitalt. Et fellesnevner for digitale åndsverk er at en bruker ikke kan tilegne seg slike uten å benytte seg av et avspillingsutstyr. Slike avspillingsutstyr kan ta flere forskjellige former, for eksempel dataprogrammer eller innretninger som muliggjør avspilling av verket. Grunnen til at det kreves et særskilt avspillingsutstyr for digitale verk, er måten eksemplaret av verket er lagret på. Et digitalt lagret eksemplar av et verk er gjerne lagret i binærkode eller tilsvarende, som det ikke er mulig for et menneske å tilegne seg direkte. Derfor er det et behov for et avspillingsutstyr for å muliggjøre at brukeren kan tilegne seg verket. Slik tilegnelse omfatter og tilfeller man normalt ikke vil betegne som avspilling, som for eksempel der en bruker leser en e-bok eller lignende.

1.5 Avgrensninger

Hvorvidt åvl og opphavsrettsdirektivet har oppfylt den tiltenkte virkningen bak vedtakelsen av bestemmelsene, krever empiriske undersøkelser av et større omfang enn det jeg har hatt kapasitet og tid til å gjennomføre for denne oppgaven.

Likevel vil jeg fort nevne undersøkelsen gjennomført av IVIR¹⁹ instituttet ved universitetet i

17 Åvl §53a annet ledd, første setning.

18 Ot.prp.nr46.2004-2005 s. 120.

19 Guibalt, Lucie mfl, IVIR. 2007, og Westkamp, Guido, m.fl, IVIR, 2007.

Amsterdam. Denne undersøkelsen ble gjennomført på oppdrag av EU rådet og ser på den praktiske implementeringen av opphavsrettsdirektivet i EU og EØS landene.

Jeg vil og i stor grad avgrense mot de spesielle reglene som gjelder for dataprogrammer og databaser i åvl §39g til §39i.

1.6 Veien videre

Videre i oppgaven vil jeg først ta for meg generelt om sikkerhetssystemer, og deres posisjon i norsk rett og historien rundt slike, jfr kapittel to.

I kapittel tre vil jeg gå nærmere gjennom vilkårene for at et teknisk beskyttelsessystem skal omfattes av vernet i åvl §53a. Vilkårene er krav til opphavsmannen og verket, funksjonskravet og effektivitetskriteriet. I sammenheng med det vernet som er satt for beskyttelsessystemer og den formen dette vernet har, er det nødvendig å drøfte skyldkravet som stilles for at en omgåelse skal være straffbar. Skyldkravet som stilles vil jeg omtale som kravet om kunnskap om at en handling er en omgåelse.

Kapittel fire omhandler forbudet mot befatning med omgåelsesverktøy. I dette kapitlet vil jeg drøfte hva som er en omgåelse samt hva som er et verktøy og hvilke funksjoner et omgåelsesverktøy skal ha.

Til sist i kapittel 5 vil jeg ta for meg hvilken virkning det vil ha for enkelte grupper brukere dersom et verk er pålagt et beskyttelsessystem. I dette kapitlet vil jeg først vurdere om det at et verk er pålagt et beskyttelsessystem i seg selv utgjør et avtaleforbehold ovenfor brukeren som setter begrensninger på hvilket handlingsrom brukeren har i forhold til verket. Deretter skal jeg behandle virkningen et beskyttelsessystem vil ha for privatpersoner som ønsker å fremstille eksemplarer til privat bruk jfr åvl §12. Avslutningsvis i dette kapitlet vil jeg drøfte hvorvidt det å pålegge et verk med et beskyttelsessystem vil påvirke retten til å sitere jfr åvl §22.

2. Hva er et teknisk beskyttelsessystem.

2.1 *Generelt.*

Et teknisk beskyttelsessystem er enhver teknologi, innretning eller komponent²⁰ som er knyttet til et åndsverk for å verne om opphavsmannens eksklusive rettigheter. Eksempler på noe som kan anvendes som et beskyttelsessystem er sikkerhetssystemet «securom»²¹. «Securom» fungerer ved hjelp av en «Electronic cd-key»²², eller elektronisk cdnøkkel. Dette systemet fungerer slik at det er en fil på cdplaten som inneholder en krypteringsnøkkel, uten denne filen så er det ikke mulig å få inngang til innholdet på platen. Videre er denne filen beskyttet på en slik måte at denne ikke lar seg kopiere. Det resulterer i at enhver kopiering av platen er forhindret siden kopiene man ender opp med er ubrukelig. Dette er i stor grad brukt som et beskyttelsessystem på dataspill²³.

Den mest vanligste formen for tekniske beskyttelsessystemer er kryptering av verket. Gjennom bruk av krypteringsteknologi skal opphavsmannens rettigheter sikres mot brudd. Et problem for denne typen aktivitet er hovedprinsippet innen krypteologi, nemlig det at det ikke finnes noen form for absolutt sikring. Alle krypteringer kan brytes, det er rett og slett snakk om hvor lang tide det vil ta å bryte dette systemet. Dette er en forutsetning som gjelder for alle typer krypteringer, også systemer brukt av opphavsmannen for å verne om sine rettigheter.

2.2 *Typer beskyttelsessystemer*

Hvordan tekniske beskyttelsessystemer fungerer varierer sterkt etter hvordan det skal oppfylle den funksjonen det er satt til. Dette kan gjøres på flere måter.

20 Ot.prp.nr46.2004-2005 s.116.

21 <http://www.securom.com/>.

22 http://www.securom.com/solution_ecdkey.asp.

23 <http://en.wikipedia.org/wiki/Securom>.

En grov inndeling av typer systemer kan gå på hvordan disse går frem for å oppnå beskyttelsesmålet. Det som omtales som tekniske beskyttelsessystemer er en samlebetegnelse på de følgende metoder og teknologier. Den vanligste sontringen er mellom adgangskontrollmekanismer og mekanismer som skal forhindre eksemplarfremstilling. I tillegg er det og vanlig med merking av verk lagret digitalt, men dette er ikke et beskyttelsessystem som er vernet etter §53a.

Begge de to typene systemer har vern etter §53a. I tillegg her de en felles faktor ved at de begge faktisk begrenser adgang til verket. «Adgangskontrollen» gjør dette på en forholdsvis direkte måte ved at brukeren ikke får tilgang til verket med mindre han oppfyller kriterier satt av rettighetshaver for hvem som skal få tilgang.

Kopisperrer skal forhindre brukeren fra å fremstille eksemplarer i strid med opphavsmannens rett etter åvl §2.

Kopisperrer kan sies å være en form for adgangskontroll, men der adgangskontrollen direkte hindrer brukeren fra å tilegne seg verket, så fungerer kopisperrer slik at de skal hindre brukeren fra å få tilgang til verket i en form som lar seg kopiere. På den måten forhindre eksemplarfremstilling.

Forskjellen mellom systemer basert på adgangskontroll og kopisperrer kan illustreres ved hjelp av en analogi. I denne analogien kan vi se for oss et museum der det henger et maleri. Dette maleriet henger i en glassboks som forhindrer folk fra å fotografere bildet og på den måten fremstille flere eksemplarer av dette bildet, mens i døra står det en sikkerhetsvakt som forhindrer uvedkommende inngang.

Sikkerhetsvakten i dette eksempelet er adgangskontrollen, han kontrollerer at det er kun er betalende gjester som får se verket, men han stopper ikke folk fra å fremstille eksemplarer. Glassboksen derimot forhindrer ikke uvedkommende adgang for å se verket, men det hindrer dem fra å ta bildet av dette og på den måten hindre at dem fremstiller eksemplarer og sprer slike til andre som ikke har betalt for å tilegne seg verket.

Denne analogien illustrerer forskjellene mellom hvordan disse to systemer fungerer. Likevel dersom man går i dybden på hvordan slike systemer fungerer, så vil man se at skillet mellom disse er til en viss grad kunstig. De aller fleste beskyttelsessystemer fungerer slik at man har en kryptering som man anvender en kode eller en nøkkel for å åpne, og dermed får tilgang til verket. Dette gjelder både for de systemer som kalles adgangskontroll og de som er ansett som kopisperrer. Om det er brukeren som taster inn en kode og dermed åpner krypteringen, eller om nøkkelen ligger sammen med verket er uvesentlig i denne sammenheng. Det reelle skillet ligger i hva man ønsker å oppnå ved bruken av krypteringen. En adgangskontroll forsøker kontrollere tilgjengeliggjøringen av verket, mens en kopisperre skal forhindre eksemplarframstilling. På grunn av denne forskjellen av funksjoner systemene skal ivareta vil jeg fortsette å benytte meg av skillet mellom adgangskontroll og kopisperre.

Adgangskontroll fungerer slik at hver bruker får en personlig identitetskode og blir bedt om å definere et passord²⁴. På denne måten kan rettighetshaveren passe på at det kun er de som har betalt eller fått tillatelse som kan tilegne seg verket. **Et eksempel på et slikt system er det anvendt av nettsiden <http://evertontv.evertonfc.com>. På denne siden betaler brukerne en fast årlig sum og får tilgang til forskjellige dokumentarer og nyhetssendinger som omhandler det engelske fotballaget Everton.**

Vern av slike beskyttelsessystemer er regulert i åvl. §53a, denne bestemmelsen tilsvarer opphavsrettsdirektivet art.6.

Kopisperrer er det som dagligtale oftest blir tenkt på som beskyttelsessystem. Slike systemer blir lagt direkte på verket og skal forhindre aktivitet som krenker opphavsmannens enerett Den mest vanlige funksjonen da er at systemet skal forhindre eksemplarframstilling. Den vanligste metoden brukt slike systemer er at verket blir kryptert.

²⁴ Guibalt, Lucie mfl, IVIR. 2007, s. 13.

Slike beskyttelsessystemer er også vernet etter åvl. §53a.

Passive sikkerhetssystemer ligger på filer og inneholder informasjon som gjør det lettere å spore denne filen²⁵. Dette er i den hensikt å forhindre urettmessig spredning. For eksempel dersom en musikkfil kjøpt gjennom Itunes butikken²⁶ eller lignende tjenester blir funnet formidlet gjennom et fildelingsnettverk, så kan denne lettere bli oppdaget slik at rettighetshaver kan stoppe denne urettmessige eksemplarframstillingen og tilgjengeligjøringen. I tillegg kan det tenkes at slike merkinger kan ha en preventiv virkning i og med at dette ofte kan spores tilbake til den personen som først kjøpte verket og begynte dele filen.

Fingerprinting er tilleggs informasjon som blir lagt på en fil slik at denne lettere kan identifiseres etter hvilket åndsverk denne filen er. Dette for lettere å føre kontroll over hvilke åndsverk som til enhver tid blir distribuert gjennom fildelingsnettverk. Watermarking legges ved informasjon om hvem som har kjøpt eksemplaret i utgangspunktet.

Forbud mot omgåelse eller endring av slike beskyttelsessystemer er satt i åvl §53d. Denne regelen er også en utledelse av opphavsrettsdirektivet art.7.

2.3 Vern av beskyttelsessystemer i andre lover

Vern av informasjon er noe som har blitt en økt prioritet i det moderne samfunn. Slikt vern er ikke forbeholdt åndsverk. Det er andre rettsregler som setter et lovfestet vern mot brudd eller omgåelse av mekanismer satt for å hindre urettmessig tilgang til informasjon. Det er mange grunner for å begrense folks tilgang til informasjon. For eksempel kan det være forretningshemmeligheter, sensitive personopplysninger, eller personlig brevveksling.

I vårt samfunn er det en utvikling som stadig går mot en mer og mer digital overføring av informasjon.

²⁵ Ibid. s. 13.

²⁶ <http://www.apple.com/itunes/store/>

Dette medfører at overføringen av informasjon går stadig raskere, som igjen medfører en økt risiko for at informasjon kommer på avveie. For at utviklingen skal kunne fortsette er det viktig med sikkerhet rundt slike transaksjoner. Det er her sikkerhetsteknologi kommer inn i bildet.

Sikkerhetsteknologi er en samlebetegnelse for de mekanismer som er laget for å sikre informasjon i vår stadig utviklende teknologiske hverdag. Dette kan være krypteringssystemer, digitale signaturer og mye mer.

Et av hensynene bak sikkerhetsteknologi er å øke sikkerheten rundt informasjon enten lagret eller under overføring. Dette er ikke en liten oppgave da forskjellene omkring oppbyggingen av systemer som skal sikres varierer like mye som måter å angripe slike systemer. Dette blir også spesielt innenfor vern av tekniske beskyttelsessystemer i åndsverksloven da vernet av slike mekanismer er avhengig av effektiviteten av hvorvidt dette systemet klarer å motstå angrep.

Et eksplisitt krav om at et system skal være effektivt er likevel ikke normen i andre lover som setter vern om datasikkerhet. Det som kreves er faktisk tilstedeværelse av en beskyttelse, med de implisitte kravene som stilles til en slik mekanisme. Dette kan sammenlignes med en lås på et hus. Selvfølgelig er det i huseierens interesse at låsen benyttet er så sterk som mulig, men det som kreves etter loven er at låsen er tilstede. Det samme gjelder for digitale «låser». Tapspotensialet kan være likt ved innbrudd i fysiske hus som ved «digitale innbrudd».

Straffeloven §145

Etter straffeloven²⁷ §145 annet ledd er det satt straff for den som «uberettiget skaffer seg adgang til data eller programutrustning som er lagret eller under overføring». I motsetning til vernet gitt i åvl §53a er dette vernet ikke avhengig av funksjonen beskyttelsessystemet er tiltenkt og vil derfor omfatte enhver

²⁷ Lov av 22.mai nr. 10 1902

uberettiget adgang.

Bestemmelsen i §145 lyder:

«§ 145. Den 1 som uberettiget bryter brev eller annet lukket skrift eller på liknende måte skaffer seg adgang til innholdet, eller baner seg adgang til en annens låste gjemmer, straffes med bøter eller med fengsel inntil 6 måneder eller begge deler.

Det samme gjelder den som uberettiget skaffer seg adgang til data eller programutrustning som er lagret eller som overføres ved elektroniske eller andre tekniske hjelpemidler.

Voldes skade ved erverv eller bruk av slik uberettiget kunnskap, eller er forbrytelsen forøvet i hensikt å skaffe noen en uberettiget vinning, kan fengsel inntil 2 år anvendes.

Medvirkning straffes på samme måte.

Offentlig påtale finner bare sted når allmenne hensyn krever det.»

For at den objektive gjerningsbeskrivelsen i strl §145 annet ledd skal bli oppfylt er det et krav at den fornærmede har gjort noe for å verne om denne informasjonen²⁸. Dette følger indirekte av lovteksten som setter straff for den som skaffer seg adgang. Gjerningsmannen må aktivt gå inn for å skaffe seg denne inngangen. Dersom han oppdager informasjonen ved et uhell er dette ikke å «skaffe seg adgang». Dette gjelder både for tilfeller der informasjonen er lagret eller under overføring. Her er det et visst krav angående funksjonen til beskyttelsens, denne skal være på plass i den hensikt å hindre uvedkommende adgang.

Et eksempel på et slikt system er «secure electronic transactions», bedre kjent som SET protokollen. Dette er et system utviklet i samarbeid mellom Visa og Mastercard for å sikre økonomiske transaksjoner over Internett. Viktigheten av et slikt system er ganske åpenbar, dersom dette ikke var tilstede så vil markedet for internettbaserte butikker reduserer betraktelig. Dette fordi det ville vært vanskeligere å gjennomføre salg der man ikke kan være trygg på at denne transaksjonen var trygg. Dette beskyttelsessystemet verner om informasjon under overføring. Mer spesifikt skal det forhindre at folks kredittinformasjon kommer på avveie i de tilfeller der slik informasjon overføres over Internett.

Dette systemet kan også fungere som et eksempel på et av de største problemene når det gjelder

28 Nou 1985-31, merknad til ny §145

sikkerhetsteknologi. Nemlig det bruk av sikkerhetssystemer gir inntrykk av å være sikkert uten at det nødvendigvis faktisk gir en like stor grad av sikkerhet som det gir inntrykk av. For å ta et eksempel, så kan vi ta en internettbasert forretning som bruker SET protokollen Dette medfører at en kundes betalingsinformasjon er sikret mens det blir overført til butikkens datamaskin. Derimot er den største lekkasjen når et gjelder folks betalingsinformasjon er nettopp slike maskiner som tilhører nettbutikker²⁹. Likevel dette er en problemstilling jeg ikke har tenkt å gå nærmere inn på.

Det sentrale vilkåret i strl §145 er «uberettiget». Vurderingen av hvorvidt adgangen er «uberettiget» eller ikke knytter seg til dataen som sådan, ikke hvordan man skaffer seg adgang til denne³⁰.

Dette vilkåret ble vurdert i saken som sto mot Jon Lech Johansen³¹, kjent gjennom media som dvd-Jon saken. I denne saken var Johansen tiltalt for medvirkning til brudd på strl §145 annet ledd. Tiltalen baserte seg på at Johansen hadde deltatt i produksjonen av et program, «De-css» som er et omgåelsesverktøy for css. Dette skjedde før opphavsrettsdirektivet ble implementert i norsk rett. Derfor var det på denne tiden ikke et forbud etter åvl §53a. Den handlingen han var tiltalt for uberettiget skaffe seg adgang til det hemmelige nøkkellageret i css krypteringen.

Etter rettens syn var det ikke uberettiget adgang da Johansen og hans medvirkende parter skaffet seg adgang til nøkkellageret på dvdfilmene, selv om denne adgangen ble gjort på en måte ikke forutsatt av produsenten. Den informasjonen de skaffet seg adgang til var lagt på et produkt de hadde kjøpt og hadde normalt tilgang til.

Et annet spørsmål som kan stilles er hvilke krav stilles det til data og programutrustning. I forhold til programutrustning er dette normalt å forstå som dataprogrammer eller lignende. Hva som er å regne som data kom opp i to dommer på midten av 90 tallet. Den første er kjent som «betal-tv dommen»³² og

29 Schneier, Ferguson, Wiley publishing inc 2003, s. 16.

30 NOU 1985:31 Datakriminalitet s. 15

31 TOSLO 2002 s. 507, og RG 2004 s. 414.

32 RT 1994 s. 1610

den andre er «smartkort dommen»³³.

I begge sakene var det reist tiltale mot to ulike personer som hadde solgt piratkopierte dekodekort for å ta inn betalingskanaler til fjernsyn. Slike kanaler opererer ved at deres signaler sendes ut kryptert og den som ønsker å se på disse kanalene må ha en dekodeboks som dekrypterer signalet slik at det er mulig å se kanalene. Dersom man ikke har en slik dekodeboks er det ikke mulig å se bildet på kanalene.

Betalingskanalene finansierte sin drift og innkjøp av rettighetene til fjernsynsprogrammer og filmer ved at folk som ønsket å se disse betalte en faste sum.

Her har man da et eksempel på data i overføring nemlig fjernsynssignalet. Dette signalet er beskyttet på den måten at dette er kryptert. Gjerningsmennene ble frikjent i begge sakene, selv om det ble funnet bevist at de begge hadde handlet slik tiltalene foreskrev. Grunnen til at de ble frikjent var at Høyesterett fant at handlingene gjerningsmennene var tiltalt for ikke oppfylte den objektive gjerningsbeskrivelsen i strl §145 annet ledd.

I den første dommen regnet ikke flertallet i Høyesterett det naturlig at data omfatter fjernsynssignaler. Denne dommen var avsagt under dissens tre mot to og mindretallet mente at data omfatter fjernsynssignaler og programmer. Flertallet i Høyesterett mente at den objektive gjerningsbeskrivelsen i strl §145 annet ledd ikke var oppfylt, fordi det handlingen gjerningsmannen hadde foretatt ikke utgjorde en uberettiget adgang til data.

Flertallet antok at rent språklig er det nærmest å forstå data som faktiske opplysninger og informasjon. Det er dermed ikke naturlig at dette skal omfatte fjernsynsprogrammer. Hvorfor fjernsynsprogrammer ikke skal regnes som data kommer ikke klart frem av førstvoterendes argumentasjon. Det som kan leses

33 RT 1995 s. 95

ut av førstevoterendes uttalelser er at man skal foreta en kvalitativ vurdering av det som er potensielle data. Det som man skal vurdere er om dette er faktisk opplysninger og informasjon. Dette selv om det i utredningen³⁴ står at det ikke for at bestemmelsen skal komme til anvendelse krav om informasjon av en kvalifisert art.

Mindretallets oppfatning var at det ikke var et grunnlag i forarbeidene for en innskrenkende tolkning av begrepet «data» og at det derfor ikke er naturlig med et kvalitativt krav for hva som skal regne som data i strl §145 annet ledd. Mindretallet gikk for den løsningen at den objektive gjerningsbeskrivelsen i strl §145 var oppfylt og den siktede oppfylte vilkårene for straff.

Flertallet sin forståelse av begrepet data i denne dommen vil kunne føre til problematiske resultater. For eksempel ville man måtte regne en dokumentarfilm som data, men ikke et vanlig underholdningsprogram. Data må forstås slik at det alt av informasjon skal omfattes, uavhengig av innholdet slik det kommer frem av forarbeidene og mindretallets vurdering i «betaltvdommen».

I «smarkortdommen» legger Høyesterett domspremissene i «betaltvdommen» til grunn, og anser at strl §145 annet ledd ikke er anvendelig tilfeller der en person produserer dekoderkort til betalingskanaler på fjernsyn. Dette er likevel en interessant dom der Høyesterett vurderer saken i forhold til reglene i åndsverksloven.

Tiltalte ble domfelt i lagmannsretten for brudd på åvl §54 jfr §2. I lagmannsretten ble saken vurdert slik at tiltaltes handlinger gjorde signalene tilgjengelig for allmennheten, og ved sin handling så krenket han de rettighetene fjernsynskanalene hadde anskaffet seg i verkene de sendte.

Høyesterett fant det ikke bevist at brukerne av de piratkopierte smarkortene hadde fremført filmene utenfor sitt eget hjem. Dermed forelå det ikke en krenkelse av åvl §2. Man kunne heller ikke si at den

34 NOU 1985:31 s. 31.

tiltalt hadde fremført verkene, dermed ble han frikjent på dette punktet også.

Straffeloven §262

Straffelovens §262 rammer også omgåelse av beskyttelsessystemer. Forbudet omfatter produksjonen og bruk av dekodingsinnretninger.

Str §262 lyder som følgende:

«§ 262. Den som

a) i vinnings hensikt framstiller, innfører, distribuerer, selger, leier ut, besitter, installerer, vedlikeholder eller skifter ut dekodingsinnretning,

b) i vinnings hensikt annonserer eller på annen måte reklamerer for dekodingsinnretning, eller

c) søker å utbre dekodingsinnretning

når hensikten er å skaffe noen uautorisert tilgang til en vernet tjeneste, eller medvirker til dette, straffes med bøter 2 eller fengsel 3 inntil 1 år.

Den som ved bruk av dekodingsinnretning påfører den berettigede et tap eller skaffer seg selv eller andre en vinning ved å få uautorisert tilgang til en vernet tjeneste, straffes med bøter eller fengsel 3 inntil 6 måneder.

Med dekodingsinnretning menes i denne paragraf ethvert hjelpemiddel, enten dette er teknisk utstyr eller programvare, som er utformet eller tilpasset, alene eller sammen med andre hjelpemidler, for å gi tilgang i forståelig form til en vernet tjeneste.

Med vernet tjeneste menes i denne paragraf

a) fjernsyns- og radiosignaler, og

b) tjenester som teleformidles elektronisk på forespørsel fra den enkelte tjenestemottaker,

når tilgang i forståelig form er avhengig av tillatelse fra tjenesteyter og ytes mot betaling, eller selve tilgangskontrollen til tjenestene nevnt i a og b, når den må regnes som en egen tjeneste.

Offentlig påtale finner ikke sted uten fornærmedes begjæring 5 med mindre allmenne hensyn krever påtale. Som fornærmet regnes også den som yter tilgangskontroll når denne må regnes som en egen tjeneste.»

Etter §262 er det forbud mot salg, produksjon og spredning av dekodingsinnretninger. Definisjonen dekodingsinnretning er i §262 tredje ledd, og lyder som følgende: «ethvert hjelpemiddel, enten teknisk utstyr eller programvare, som er utformet eller tilpasset, alene eller sammen med andre hjelpemidler, for å gi tilgang i forståelig form til vernet tjeneste».

Hva som er å regne som en vernet etter strl §262 fjerde ledd. En slik vernet tjeneste er fjernsyns- og radiosignaler, eller tjenester som teleformidler elektronisk på forespørsel fra den enkelte tjenestemottaker. Sentralt i bestemmelsen er å gi tilgang i forståelig form. Dersom man ser på betalingskanaler for fjernsyn så overføres de ofte slik at også de som ikke har betalt for disse også kan stille inn sitt fjernsyn for å få inn betalingskanalen. Likevel dersom fjernsynet ikke er koblet til en dekodingsinnretning så vil ikke denne kanalen fremstilles i en forståelig form.

Et markant skille mellom strl §262 og åvl §53a er at strl §262 krever at handlingen blir gjort i vinnings hensikt. Dette kreves ikke etter åvl §53a. Det vil si at tilfeller der folk av mer eller mindre ideologiske grunner bestemmer seg for å produsere eller spre omgåelsesteknologi så vil dette rammes av åvl §53a, men ikke etter strl §262. Eksempler på handlinger som angivelig var ideologisk begrunnet er Jon Johansen da han bidro til å bryte css, eller aktørene som drifter nettstedet <http://thepiratebay.org>³⁵. Når jeg omtaler disse som angivelig ideologiske er det fordi det ideologiske aspektet har blitt stilt under tvil ved flere anledninger.

3. Vilkår for vern

3.1 Generelt

I dette kapittelet skal jeg ta for med de vilkårene som stilles for at et beskyttelsessystem skal være vernet mot omgåelse etter åvl §53a.

Vernet av beskyttelsessystemer er utformet slik at dette er et generelt forbud mot omgåelse av beskyttelsessystemer anvendt av rettighetshaver for å verne om hans rettigheter. Forbudet mot omgåelse er plassert i åvl §53a første ledd. Etter denne bestemmelsen er det forbudt å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer som rettighetshaver eller den han har gitt samtykke benytter for å kontrollere eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring til allmennheten av et vernet verk.

³⁵ <http://thepiratebay.org/about>.

I denne bestemmelsen er det stilt opp en rekke vilkår for at Det er ikke alle sikkerhetssystemer som er vernet av åndsverkslovens §53a. Det er visse krav som stilles til de systemer som skal oppnå vern etter denne bestemmelsen. Det er dermed kun de systemer som oppfyller de vilkårene for vern etter denne bestemmelsen som er vernet mot omgåelse.

De første vilkårene jeg vil behandle er kravene som stilles til rettighetshaver og til verket som beskyttelsessystemet er lagt på.

Deretter vil jeg behandle funksjonskravet. Dette er kravet i forhold til den funksjonene beskyttelsessystemet skal verne om.

Funksjonskravet kommer også igjen i en viss grad i forhold til effektivitetskriteriet. Kravet til effektivitet er at beskyttelsessystemet skal oppnå beskyttelsesmålet. Dette beskyttelsesmålet er den funksjonen systemet er satt for å beskytte. Derfor er det til en viss grad vanskelig å skille funksjonskravet og effektivitetskriteriet, men jeg velger å behandle disse adskilt for å kunne lage en oversiktlig fremstilling av vilkårene.

I kapittel 3.6 vil jeg behandle kravet om kunnskap om at en handling er en omgåelse. Dette er egentlig ikke et vilkår for at et beskyttelsessystem skal omfattes av vernet. Det retter seg istedet mot skyldkravet til den personen som omgår beskyttelsessystemet. Likevel har jeg valgt å inkludere dette kravet.

Dersom en person ikke oppfyller skyldkravet når han omgår beskyttelsessystemet så kan ikke denne personen straffes for den omgåelsen. Følgende vil det da heller ikke være straffbart for noen å omgå et beskyttelsessystem som de ikke er klar over og heller ikke er merkbart tilstede. Vernet mot omgåelse av dette systemet vil ikke være reelt. Derfor har jeg valgt å inkludere kravet til kunnskap i kapittelet om vilkårene.

Til sist i dette kapitlet vil jeg drøfte omstendigheter som kan føre til at et beskyttelsessystem er å regne som utdatert og dermed ikke lenger være vernet i §53a. Under denne delen vil jeg også ta for meg et spesifikt beskyttelsessystem og vurdere hvorvidt dette systemet fortsatt er vernet. Systemet jeg vil ta for meg er css. Grunnen til at jeg har valgt ut dette systemet er på bakgrunn av en sak som for tiden verserer i Finland som omhandler hvorvidt det er forbudt å omgå css.

3.2 Krav til rettighetshaver og verket

I dette kapitlet vil jeg fort ta for meg de krav som stilles til rettighetshaver og til verket. Grunnen til at jeg behandler disse kravene er at disse er de grunnleggende kravene som stilles for at et beskyttelsessystem skal være vernet etter åvl §53a.

Etter åvl §53a er det «forbud mot omgåelse av effektive tekniske beskyttelsessystem som rettighetshaver eller den han har gitt samtykke benytter».

Hvem som er «rettighetshaver» følger av åvl §1, og er den personen som har skapt verket. Han som har skapt verket omtales gjerne som den originære opphavsmannen. Den originære opphavsmannen er alltid en eller flere fysiske personer. Det vil da være fysiske personer i motsetning til selskaper eller bedrifter. Rettighetshaver er likevel et videre begrep enn opphavsmannen. Fordi dette strekker seg og til enhver person som opphavsmannen har avhendet hele eller deler av sin rett til. For eksempel et forlag som kjøper retten til å fremstille eksemplarer og tilgjengeliggjøre eksemplarene ved en publisering av boken.

Kravet som stilles til opphavsmannen er vilkår som det er vanskelig å se for seg ikke oppfylt. Et tilfelle kan være der verket er tilgjengeliggjort i strid med opphavsmannens rettigheter, og pålagt et beskyttelsessystem opphavsmannen ikke ønsker skal være på verket.

For at en omgåelse av et teknisk beskyttelsessystem skal være forbudt etter åvl §53a må dette systemet

være brukt for å beskytte et «vernet verk». Det som menes i den sammenheng er at åndsverket beskyttelsessystem er brukt i tilknytning til er opphavsrettslig vernet. Det vil si at dette verket oppfyller de krav som stilles til for at det skal anerkjennes som et åndsverk og at verket er innenfor vernetiden.

Definisjon av hva som skal forstås som «åndsverk» følger av åvl §1. Dette er «litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform». Deretter følger en liste over eksempler på hva som er å regne som åndsverk. Denne listen er ikke uttømmende men veiledende. Hvorvidt noe er å regne som et åndsverk vil sjelden komme på spissen med mindre noen handler i strid med opphavsmannens rettigheter, men det kan også komme på spissen i forhold til om en omgåelse av et beskyttelsessystem er straffbar eller ikke. Grunnen til det er at det kun er forbudt å omgå et beskyttelsessystem som er lagt på et opphavsrettslig vernet verk. Derfor vil jeg fort gå igjennom de krav som stilles for at noe skal bli anerkjent som et åndsverk.

Det stilles visse krav til hva som kan regnes som et åndsverk. Dette er gjerne uttrykt som et originalitetskrav³⁶. For å få opphavsrett må opphavsmannen ha skapt verket med en viss grad av kreativ skapende innsats. Det ikke er ikke et absolutt krav at opphavsmannens skal ha utformet enhver del av verket på egenhånd. Det er lov å la seg inspirere av andres arbeid, men dersom man tar en direkte avskrift eller kopi av et tidligere vernet verk vil dette være et plagiat som er i strid med retten til den opprinnelige opphavsmannen.

Et eksempel på noe som ikke er skapt ved egen kreativ virksomhet kan være dersom en person har laget et dataprogram som genererer tilfeldige tall og bokstaver. Denne personen ha opphavsretten til programmet han har skapt, men ikke til den tilfeldige skriften som kommer ut av programmet. Den tilfeldige skriften oppfyller ikke det kravet som stilles til kreativ skapende innsats for å oppfylle originalitetskravet og er dermed ikke et åndsverk.

36 Levin, Norstedt Juridik, 2007, niende opplag, s. 76.

Det opereres ikke med kvalitetsmessig krav i forhold til om noe er å regne som et åndsverk, og dermed om opphavsmannens rettigheter i verket er vernet etter åvl. Et slikt krav ville vært umulig å stille på grunn av den utrolige variasjonen som finnes innen kunst. Det foretas ingen vurdering om kvaliteten på verket for om dette skal vernes, også «dårlige» åndsverk er vernet. Det har vært diskusjoner omkring krav til «verkshøyde» da spesielt i forhold til brukskunst og lignende³⁷. I forhold til denne oppgaven er denne problemstillingen lite aktuell da denne oppgaven er rettet mot verk som er lagret eller overføres digitalt.

Etter åvl §40 første setning varer den alminnelige vernetiden for et åndsverk fra verket oppstår deretter ut opphavsmannens levetid og i 70 år etter hans død. I det tilfellet der det er flere som har opphavsretten i fellesskap jfr §6, så regnes vernetiden 70 år fra den lengstlevendes dødsår jfr §40 andre setning.

For filmverk finnes det en særregel i §40 tredje setning, her regnes de 70 årene fra dødsåret til den lengstlevende av hovedregissøren, forfatteren av filmmanuskriptet, dialogforfatteren og komponisten av musikk som er frembragt med henblikk på filminnspillingen. Denne særregelen er grunnet i at i et filmverk er det mange som kommer med forskjellige kunstneriske bidrag så det er vanskelig å fastsette kun en person som skal stå som den primære originære opphavsmannen.

Dersom verket har blitt offentliggjort uten opphavsmannens navn varer vernetiden 70 år etter utløpet av det året verket først ble offentliggjort, jfr åvl §41. Dersom opphavsmannen senere gjør seg til kjenne jfr åvl §7 så løper vernetiden som normalt etter §40.

Vernetiden regnes ut fra dødsåret til den originære opphavsmannen. Uavhengig av om opphavsmannen har avhendet alle sine rettigheter i verket, vil fortsatt vernetiden løpe ut 70 år etter at han som har skapt verket har avgått med døden.

37 Ibid. s.80.

Selv om omgåelse av et beskyttelsessystem lagt på noe som ikke er et vernet åndsverk ikke er forbudt etter åvl §53a første ledd, så kan det fortsatt være straffbart å ha befatning med omgåelsesverktøy myntet på dette systemet. Fordi at dersom det samme beskyttelsessystemet er brukt i sammenheng med andre vernede verk så vil befatning med slike omgåelsesverktøy være straffbart jfr åvl §53a andre ledd.

3.3 Funksjonskravet

Forbudet mot omgåelse knytter seg til de beskyttelsessystem som opphavsmannen benytter for å kontrollere «eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten». I dette ligger det et krav til funksjonen systemet er satt for å verne om. Retten til eksemplar framstilling og tilgjengeliggjøring til allmennheten er de rettighetene som er forbeholdt eksklusivt til opphavsmannen. Etter åvl §2 er det den som har opphavsretten som har enerett til å råde over verket ved å fremstille eksemplarer eller tilgjengeliggjøre verket til allmennheten.

Etter opphavsrettsdirektivet³⁸ art. 6.3 første punktum er vernet av beskyttelsessystemer definert som «enhver teknologi, innretning eller komponent som anvendes i tilknytning til verk eller arbeider, for nærmere angitte formål, skal omfattes av dette vernet»³⁹. Formålet her er å beskytte mot handlinger som strider mot lov eller opphavsmannens ønsker. Da opphavsrettsdirektivet skulle inkorporeres i norsk lov la departementet til grunn at formålet skulle forstås slik at dette var begrenset til det opphavsmannen kan bestemme over i kraft av de rettigheter han besitter⁴⁰. Det betyr at de handlinger han kan beskytte seg mot er handlinger i strid med opphavsmannens rett til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring. Det er blitt ansett som et krav at beskyttelsessystemet skal verne mot «opphavsrettslig relevante handlinger»⁴¹.

En av grunnene til at vernet av tekniske beskyttelsessystemer er knyttet til opphavsmannens rettigheter

³⁸Directive 2001/29/EC.

³⁹ ot.prp.nr46.2004-2005 s. 116.

⁴⁰ Ibid. s. 117.

⁴¹ Ibid. s. 117.

er at det er disse som er kjernen av opphavsretten. Vern av tekniske beskyttelsessystemer er en ordning i loven som er innført for å opprettholde eneretten. Av hensyn til å opprettholde en balanse mellom interessene innen opphavsretten, så er det viktig at vernet av beskyttelsessystemer ikke går for langt. Derfor er vernet begrenset til det som er relevant i forhold til kjerneområdet i opphavsretten; eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring⁴². Det skal ikke være mulig for rettighetshaveren å øke den retten han har i verket ved å pålegge verket et teknisk beskyttelsessystem. Disse rettighetene er omfattende, men opphavsmannen er begrenset til disse.

For opphavsmannens del er det positivt for han å kunne sikre seg best mulig i forhold til sitt verk for at han skal kunne ha best mulig inntjening på verket. På den andre siden er det i samfunnets interesse at verket skal være mest mulig tilgjengelig for å kunne øke den kulturelle kapitalen i samfunnet. Opphavsmannens rettigheter må sikres slik at det skal være mulig for skapende kunstnere å leve av sitt arbeid. Dette skal fungere som et incentiv til å drive med kunstnerisk arbeid slik at det blir skapt mest mulig. Likevel er det viktig at verkene skapt er tilgjengelig i størst mulig grad, og dermed også kan bidra med en positiv utvikling i samfunnet.

Opphavsmannens eksklusive rettigheter

I denne sammenheng med «funksjonskravet» anser jeg det hensiktsmessig å ta en rask gjennomgang av hva som ligger i «opphavsmannens eksklusive rettigheter». Grunnen til at jeg foretar denne gjennomgangen er for å nærmere illustrere hvilke handlinger beskyttelsessystemet skal forhindre brukeren fra å foreta seg.

Opphavsmannens rettigheter følger av åvl §2. Etter denne bestemmelsen gir opphavsretten «enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varige eller midlertidige eksemplarer av det, og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten, i opprinnelig eller endret skikkelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk».

⁴² Ibid. s. 117.

Opphavsmannens eksklusive rettigheter er ofte delt opp i den primære og sekundære utnyttelsen. Den primære utnyttelsen er der opphavsmannen er direkte involvert i eksemplarframstillingen eller tilgjengeliggjøring, men senere blir opphavsmannen mindre involvert, for eksempel der eksemplarer av verk blir fremstilt i tilknytning til en avtalelisens eller der verket blir overført i en ny form fra bok til film så er kan det tenkes at forfatteren av boka ikke er sterkt involvert i framstilling av flere eksemplarer av filmen⁴³.

Jeg vil begynne med å ta for med retten til eksemplarframstilling, før jeg så behandler retten til tilgjengeliggjøring til allmennheten.

Retten til eksemplarframstilling følger ganske greit av navnet, dette er retten til å fremstille eksemplarer av et opphavsrettslig beskyttet verk. Denne retten følger som sagt av åvl §2.

Spørsmålene da er hva ligger i et «eksemplar», og hva vil det si å «fremstille» et slikt et.

Dersom man har en fysisk gjenstand, som for eksempel en bok eller et bilde, så er dette klart et eksemplar av verket. Det er et eksemplar dersom man har noe som muliggjør tilegnelse av verket. Stort sett kan man regne et eksemplar av et verk som enhver gjenstand, eller innretning som kan gi det samme sanseintrykket eller bærer med seg det samme følelsesmessige innholdet som det originale verket⁴⁴. For å gi et eksempel i et litterært fenomen i nyere tid vil jeg ta for meg bøkene om Harry Potter. Åndsverket mer enn bare bøkene. Forfatteren har og rettigheter i filmene, lydbøkene, og dataspillene som er gjengivelser av det originale verket i nye formater, men som bærer med seg det samme følelsesmessige innholdet som bøkene.

For enkelte typer verk skilles det mellom hva som er originalen av et verket og kopier. Dette skillet

43 Levin, Norstedt Juridik, 2007, niende opplag.

44 Knophs oversikt over Norges rett, 12 utg. s. 481.

gjelder primært for malerier og billedkunst. For digitalt lagrede verk er dette skillet helt uvesentlig. Fordi når det fremstilles nye digitale eksemplarer av et verk så forekommer det normalt ikke en forringelse i verdi eller kvalitet. Dette er en fordelene ved digitale eksemplarer av åndsverk. Med mindre den fysiske lagringsenheten eksemplaret av verket er lagret på tar skade, kan et digitalt åndsverk potensielt vare til evig tid. Det vil også være mulig å lage perfekte kopier av dette verket slik at det ikke vil forringes over tid.

Fremstilling av eksemplarer av et åndsverk er enhver handling som skaper en ny gjenstand som kan gi det samme sanseinntrykket som det opprinnelige verket.

Det er også regnet som eksemplarfremstilling når det er midlertidige eksemplarer. For visse typer midlertidige eksemplarer finnes det et unntak fra opphavsmannen enerett i åvl §11a. Dette unntaket gjelder i de tilfeller der en slik fremstilling er en vesentlig og integrert del i en teknisk prosess⁴⁵. Videre skal denne prosessen ha som eneste formål å muliggjøre lovlig bruk av verket⁴⁶, eller en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter⁴⁷. Det siste vilkåret er at eksemplaret som blir fremstilt ikke har egen økonomisk verdi. Slik midlertidig eksemplarfremstilling skjer der en bruker tilegner seg et verk over Internett, for eksempel der brukeren streamer en filmsnutt eller et musikkverk, dette verket lagres i maskinens midlertidige minne⁴⁸. Dette unntaket medfører at det ikke er nødvendig for brukeren eller innehaveren av routere som brukes som mellomstasjoner for overføring av dataen å innhente samtykke fra opphavsmannen for de eksemplarer av hans verk som blir fremstilt i prosessen. Begrunnelsen for dette unntaket er fordi slike midlertidige eksemplarer er viktig for overføring av informasjon over Internett, alt av data som brukeren henter ned fra Internett lagres i maskinens midlertidige minne, og i minnet til de routerne som er i koblingen mellom brukerens datamaskin og der dataen opprinnelig er lagret. Det ville vært upraktisk dersom man måtte innhente opphavsmannens tillatelse hver gang man skulle se et åndsverk over Internett.

45 Åvl §11a første ledd, første setning.

46 Åvl §11a første ledd, bokstav a).

47 Åvl §11a første ledd, bokstav b).

48 Levin, Norstedt Juridik, 2007, niende opplag. s. 135

De fleste beskyttelsessystemer vil i ikke kunne forhindre slik midlertidig kopiering. Om en bruker spiller av et verk på en datamaskin vil det alltid lagres et eksemplar i maskinens midlertidige minne. Eneste måten en slik midlertidig eksemplarframstilling kan forhindres er dersom verket ikke kan spilles av.

Et annet spørsmål i vurderingen av hva som er en eksemplarframstilling; er hvor sterkt knyttet framstillingen er til det fysiske lagringsmediet. Tidligere har denne vurderingen vært enklere, da det var begrensede mulighet for å lagre verk digitalt, og det var da kun regnet som eksemplarframstilling når man lager et nytt fysisk eksemplar av verket. Derimot kan man, dersom man har digitalt lagrede verk, produsere eksemplarer uten at det er noe nytt fysisk lagringsmedie.

En tenkt situasjon kan være der et opphavsrettslig beskyttet verk, for eksempel en film eller en sang, er lagret på en harddisk på en datamaskin. Videre lager eieren av denne maskinen en kopi av filen verket er lagret som, fortsatt inne på den samme harddisken. Denne handlingen resulterer i at det på to steder på denne harddisken er det lagret den sekvensen av binærkode som, når disse blir avlest av datamaskinen på riktig måte, utgjør et åndsverk. Her er det tilsynelatende to eksemplarer av verket, men det er kun en fysisk manifestasjon av disse i form av lagringsmediet.

Det at det lages en kopi av et digitalt lagret verk er som tidligere nevnt regnet som eksemplarframstilling. De mest praktiske eksemplene på dette har vært der det er snakk om overføring fra ett lagringsmedie til ett annet. Hvordan er det da å regne når det finnes to «eksemplarer» på ett lagringsmedie?

Et eksemplar av et åndsverk er kjennetegnet ved at dette er noe som kan gi den samme sanseintrykket eller følelsesmessige innholdet som det originale eksemplaret. På den måten vil en kopiering av filen på harddisken være en eksemplarframstilling. Likevel dersom man trekker en parallell til andre typer åndsverk, for eksempel der den samme historien er trykket to ganger i samme bok, vil dette ikke være to eksemplarer av verket. Det er likt der det samme verket kan spilles av to ganger fra samme fysiske lagringsenhet. Det er kun en gjenstand som gir dette sanseintrykket, selv om verket kan leses av fra to forskjellige steder på lagringsenheten. Det vil da fortsatt bare være ett eksemplar av åndsverket.

For at det skal være eksemplarframstilling så må det stilles som et krav at verket blir overført fra et fysisk lagringsmedie til et annet. Forutsetningen er at verket da er på begge lagringsmediene.

Dersom verket ikke er opphavsrettslig beskyttet, enten fordi vernetiden er ute eller verket har blitt distribuert med åpen lisens så er det ikke en enkelt som har denne retten og det er da fritt frem for den som ønsker det å fremstille eksemplarer av verket.

Den andre eksklusive rettigheten til opphavsmannen er retten til å «tilgjengeliggjøre verket til allmennheten». I §2 tredje ledd er det listet opp hvilke situasjoner det er snakk om tilgjengeliggjøring. Disse situasjonene omfatter at verket er lagt ut for salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten, §2 tredje ledd a. Eller dersom et eksemplar av verket vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler, §2 tredje ledd b. Eller dersom verket fremføres offentlig, §2 tredje ledd c. Overføring over radio eller nedlasting over Internett regnes som fremføring av verket etter §2 siste ledd.

Det sentrale for å vurdere om ett verk er tilgjengeliggjort til allmennheten, er om et åndsverk stilles i en slik posisjon at potensielle brukere kan tilegne seg dette verket. Ved å stille i en posisjon mener jeg at verket bli utgitt eller distribuert på annen måte. Denne tilgjengeliggjøringen er nøytral i forhold til den kanalen opphavsmannen velger å benytte seg av. For eksempel en sang lagt ut for kjøp eller fri nedlasting på en nettside er tilgjengeliggjort for brukere. Dersom den samme sangen spilles på radio eller overføres på fjernsyn regnes dette også som at sangen er tilgjengeliggjort. Rettighetshaveren står fritt til å velge hvordan eller om han ønsker at hans verk skal tilgjengeliggjøres. Dette følger og av opphavsrettsdirektivet artikkel 3.1.

Skjæringspunktet for om verket er tilgjengeliggjort er fastsatt etter det tidspunkt der det er mulig for brukeren å tilegne seg verket. Uavhengig av om noen faktisk har tilegnet seg verket eller ikke regnes det som tilgjengeliggjøring der verket stilles til rådighet på en slik måte at brukeren selv kan velge når han ønsker å tilegne seg dette. For eksempel er verket tilgjengelig når det er lagt ut på Internett Det kreves ikke at det faktisk er noen som har sett det enda, men det er tilgjengelig med en gang folk kan velge om de vil tilegne seg dette eller ikke.

I min oppgave vil jeg konsentrere meg om de tilfeller der verket blir tilgjengeliggjort på avstand. Det vil si der brukeren tilegner seg verket på et annet sted eller tid enn verket ble laget. Et eksempel der brukeren tilegner seg et verk på avstand der han ser er et opptak av et teaterstykke i motsetning til der

brukeren sitter i salen. Offentlig visning uten hjelp av tekniske hjelpemidler er ikke et sentralt element i forhold til vern av tekniske beskyttelsessystemer.

Dersom et system er lagt på et verk i en annen hensikt enn å forhindre brudd på opphavsmannens eksklusive rettigheter, så vil dette systemet ikke være ansett opphavsrettslig relevant og dermed heller ikke vernet av loven. Det jeg mener med at dette systemet ikke er vernet av loven mener er at det er ikke er et forbud mot å omgå systemet.

I forarbeidene⁴⁹ nevner departementet et eksempel på en kryptering som ikke er opphavsrettslig relevant. Eksempelet er soneinndelingen på dvd plater. De fleste dvd plater er kryptert forskjellig ettersom hvilken del av verden de selges i. Dette medfører at en dvd som selges i USA ikke kan spilles av på en sonelåst dvdspiller solgt i Norge. Grunnen til at det er slike sonelåser på dvd plater er for å få en enklere oppdeling av markedet og at filmindustrien kan slippe filmer på forskjellige tidspunkter på dvd uten at dette skal få en merkbar effekt på en senere lansering på et annet marked⁵⁰. Dette er viktig på grunn av at filmindustrien skal kunne lansere filmen på et nøye definert marked og fokusere markedsføringen på dette området, og i den hensikt å vurdere om produksjonen er lønnsom. På denne måten kan rettighetshaveren vurdere hvorvidt det vil være lønnsomt å fortsette lansere filmen på andre markeder eller ikke.

Grunnen til at soneinndeling ikke er ansett som opphavsrettslig relevant er fordi at det er fullt mulig for brukere å selv importere film til eget bruk filmer fra andre markedsområder enn det de selv bor i. Det eneste resultatet av denne regionkodingen er at brukerne får en vanskeligheter med å få sett filmen på sonelåste avspillere. Dette er ikke relevant i forhold til de rettighetene som er forbeholdt opphavsmannen.

49 ot.prp.nr46.2004-2005 s. 117.

50 <http://www.dvdcca.org/faq.html>.

Funksjonskravet i forhold til omgåelsesforbudet

Forbudet mot omgåelse av et beskyttelsessystem skal forhindre brukeren fra å begå handlinger som er i strid med opphavsmannens rettigheter. Likevel er det ingen forbindelse mellom omgåelse og krenkelse av disse rettighetene. Med det mener jeg at alle omgåelser rammes av forbudet, ikke bare der omgåelsen fører til en krenkelse. Dermed vil også omgåelser som foretas med et legitimt formål rammes av forbudet på lik linje med en omgåelse der gjerningsmannen handler i den intensjon å krenke opphavsmannens rett og ønske. Et eksempel på et legitimt formål er retten til å sitere.

Her er det et skille mellom den norske bestemmelsen og WIPO traktatene, «World Copyright Treaty», heretter WCT, og «WIPO Performance and Phonograms Treaty», heretter WPPT. I WCT og WPPT er det og satt verne for beskyttelsessystemer som opphavsmannen anvender for å verne om sine rettigheter da henholdsvis i art 11 og 18. Etter begge disse bestemmelsene i traktatene så er det en direkte kobling mellom omgåelse av beskyttelsessystemene og opphavsmannens eksklusive rettigheter⁵¹. Det vil si det er en ytterligere funksjon som kreves av beskyttelsessystemet, nemlig at dette skal forhindre handlinger som krenker opphavsmannens rettigheter.

Koblingen mellom omgåelse og opphavsmannens rettigheter i traktaten er formulert slik at det settes vern for beskyttelsessystemer som «restricts acts in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law». Eller ved norsk oversettelse; som forhindrer handlinger som ikke er godkjent av rettighetshaver eller fastsatt ved lov.

En lignende begrensning av hvilke systemer som skulle bli vernet etter åvl §53a ble vurdert innført i Norge, men departementet bestemte seg for å trekke forslaget etter kritikk fra høringsinstansene⁵². En slik regel ville vært problematisk. Det ville for eksempel vært vanskelig å lage et beskyttelsessystem

51 Guibalt, Lucie, IVIR, 2007, s. 79.

52 Ot.prp.nr.46(2004-2005), s. 118.

som skulle forhindre folk fra å fremstille fullstendige eksemplarer, men samtidig ikke forhindre folk fra å trekke ut bruddstykker av verket i den hensikt å sitere.

Likevel er det at det ikke er en forbindelse mellom omgåelse og brudd på opphavsmannens rettigheter problematisk fordi det vanskeliggjør flere av de lovlige handlingene som brukeren har rett til etter åndsverksloven. Denne problemstillingen går jeg nærmere inn på i kapittel seks.

Den norske lovbestemmelsen er i samsvar med den tilsvarende bestemmelsen i opphavsrettsdirektivet. Etter opphavsrettsdirektivet art. 6 er det heller ingen direkte forbindelse mellom omgåelse og opphavsmannens rettigheter. Det er verdt å merke seg at etter opphavsrettsdirektivets fortale nr. 15 så er opphavsrettsdirektivet et ledd i implementeringen av WIPO traktatene i det europeiske økonomiske fellesskap. Det vil derfor være viktig at direktivet oppfyller disse traktatene slik at land som har implementert opphavsrettsdirektivet også oppfyller standarden satt etter WCT og WPPT.

Opphavsrettsdirektivet er i tråd med WIPO traktatene i og med at det vernet som er tilbudt etter opphavsrettsdirektivet for tekniske beskyttelsessystemer er videre enn det som er etter WIPO traktatene. Det vil være flere beskyttelsessystemer som oppfyller kravene til opphavsrettsdirektivet, enn dersom man skulle ekskludert de systemer som forhindrer ikke lovstridige handlinger.

For å oppsummere kan man se at det ikke er en forbindelse mellom omgåelsesforbudet og funksjonskravet. Handlinger som omgår beskyttelsessystemet men som ikke er et brudd mot opphavsmannens rettigheter vil rammes av forbudet i like stor grad som omgåelser som resulterer i et brudd.

Funksjonskravet i forhold til adgangskontroll og kopisperrer

Det er en viss forskjell mellom hvordan adgangskontrollsystemer, og kopisperrer går frem for å oppnå beskyttelsesmålet. Jeg vil derfor gjennomgå hvordan disse forskjellige typene beskyttelsessystem oppfyller funksjonskravet for å illustrere ulikhetene.

Jeg vil først behandle adgangskontroll før jeg tar for meg kopisperrer. Jeg vil også kort nevne passive beskyttelsessystemer.

Adgangskontroll

Adgangskontroll er primært fokusert på å verne om tilgjengeliggjøring av verket|. Ved hjelp av en adgangskontroll kan opphavsmannen være sikker på at de som får adgang til verket hans har betalt for det. Det er kun de som har betalt for å se verket som har adgang, og på denne måten sikrer opphavsmannen seg inntjening på verket.

Systemet begrenser og kontrollerer hvem og under hvilke omstendigheter en bruker kan tilegne seg et vernet verk. På denne måten blir kjøp av en film eller bok gjennom en internettbasert butikk mer likt å kjøpe et åndsverk i en normal forretning der man får et fysisk eksemplar av dette verket.

Som jeg har poengtert tidligere vil normalt en adgangskontroll ikke forhindre brudd på opphavsmannens rettigheter etter at en bruker har fått adgang til verket.

Kopisperrer

Denne typen beskyttelsessystemer oppfyller funksjonskravet ved at de aktivt skal forhindre brukeren fra å handle i strid med rettighetshavers ønsker. En kopisperre tar en forholdsvis direkte rute for å forhindre brudd på opphavsmannens enerett ved å gjøre det vanskelig om ikke umulig for brukeren å fremstille eksemplarer av et opphavsrettslig beskyttet verk. På den måten skal kopisperren hindre

brukeren fra å fremstille ytterligere eksemplarer av det verket han har. Når muligheten til eksemplarfremstilling blir begrenset blir også potensialet for å tilgjengeliggjøre verket og begrenset. Grunnen til det er at brukeren vil kun ha ett eksemplar og dermed vil spredning på en stor skala være utelukket.

Passive beskyttelsessystemer

Passive beskyttelsessystemer har ikke et krav om at disse skal være satt for å verne om opphavsmannens rettigheter, men de er likevel et praktisk verktøy rettighetshaverne kan anvende for å verne om sine rettigheter. Vern av passive beskyttelsessystemer er regulert etter åvl §53d. Dette er inkorporeringen av opphavsrettsdirektivet art. 7.

Digital rettighetsinformasjon er av sin natur knyttet til opphavsmannens rettigheter. Dersom man for eksempel har en fil som i sin kode identifiserer hvilket verk dette er samt hvem som er innehaver av rettighetene til dette verket, så vil det være en god måte for rettighetshaver å føre oppsyn med at hans verk ikke blir distribuert i strid med hans rett og ønske.

Grunnen til at det ikke er begrensninger i forhold til funksjon for slike passive beskyttelsessystemer er fordi disse ikke er et like stort inngrep i forhold til brukerens rettmessige tilegnelse av verket, men de vil heller ikke forhindre urettmessig bruk av verket. Det at et verk er påskrevet digital rettighetsinformasjon gjør det lettere å oppdage, eventuelt også oppklare, tilfeller av brudd på opphavsmannens rettigheter.

3.4 effektivitetskriteriet

Åvl §53a første ledd setter vern for «effektive tekniske beskyttelsessystemer». Det vil si at det er kun de systemer benyttet i henhold til funksjonskravet som omfattes av vernet. Deretter må man vurdere

hvorvidt dette er effektivt. Dette er kumulative vilkår som begge må oppfylles for at et beskyttelsessystem skal være vernet etter loven. I dette kapittelet vil jeg trekke opp grensene for kravet om effektivitet i den hensikt å fastsette grensen for omfanget av regelen som kan trekkes ut fra denne bestemmelsen.

Hva som menes med «effektivt» er ikke definert i lovteksten. Det ble vurdert innført, men departementet så det slik at dette ikke ville omfatte mer enn systemets egenskaper i forbudangivelsen, og en slik definisjon av effektivitet ville derfor ikke tilføye noe ytterligere til utformingen av bestemmelsens utenom det å gjøre denne mindre tilgjengelig⁵³.

«Effektivt» er et begrep som det er vanskelig å fastsette det nøyaktig innhold til, i hvert fall i den sammenheng som er ment i loven. Dette problemet er grunnet i den hyppige teknologiske utviklingen som foregår i dagens samfunn. Et beskyttelsessystem som var effektivt i forhold til hva som var tilgjengelig for brukeren av avspilling og kopiutstyr for få år siden, er neppe særlig effektivt den dag idag. Et krav om effektivitet vil også bli problematisk i forhold til den kunnskapen den enkelte sitter på i forhold datamaskiner, et beskyttelsessystem som effektivt forhindrer en person å omgå systemet, kan risikere at det ikke i det hele tatt er merkbart for en person med en høyere grad av kunnskap.

Det vil også være vanskelig å få konkret rettspraksis på dette området av samme grunn, nemlig at det vil være vanskelig for domstolsapparatet å holde følge med utviklingen. En dom vil fort kunne miste sin betydning i forhold til hva som blir fastsatt som effektivt i domspremissene.

Jeg vil likevel forsøke å sette opp grensene for hva som skal kreves av beskyttelsessystemet for at dette skal kunne kalles effektivt. Den naturlige språklige forståelsen av ordet effektiv, er noe som oppnår et mål innenfor en satt grense. Dersom det ikke oppnår målet innenfor den satte grensen så er det ikke effektivt, samme er det om systemet overhodet ikke oppnår målet. Det jeg her mener med en grense vil

53 ot.prp.nr46.2004-2005 s. 119.

varierte i forhold til hva det er man skal regne effektiviteten til. Grensen kan være tid eller tilgjengelig materiale, eller hva som helst annet som setter en opp en grense for funksjonaliteten.

Definisjonen av effektivitet slik det fremkommer av opphavsrettsdirektivet finner vi i artikkel 6.3⁵⁴ siste setning. Slik effektivt er definert her, så skal et teknisk beskyttelsessystem for at dette skal regnes som effektivt, oppfylle beskyttelsesmålet. Dette målet er knyttet til funksjonskravet. Det vil si at det skal sikre at opphavsmannens eksklusive rettigheter blir respektert.

Derfor blir målet som skal nås for at et beskyttelsessystem skal regnes som effektivt bli at dette systemet forhindre brukere fra å handle i strid med opphavsmannens enerett. I prinsippet burde beskyttelsessystemene være begrenset til å sikre at disse rettighetene ikke blir brutt, men i praksis er det vanskelig å lage et system som kun forhindrer urettmessig bruk og ikke legger noen begrensninger på normal bruk. Det er grunnen til at det ikke er et forbud mot beskyttelsessystemer som legger begrensninger på brukerens rettmessige bruk av verket⁵⁵.

Grensen for hva som skal regnes som effektivt må i denne sammenheng være at det er mulig for brukeren å tilegne seg verket. Dette følger ikke direkte av loven. Det må likevel forutsettes at dersom brukeren overhodet ikke har mulighet til å spille av verket, så blir hele hensikten med tilgjengeliggjøringen av verket og brukerens kjøp av et eksemplar vesentlig forfeilet. Om et beskyttelsessystem kun vanskeliggjør eller til en viss grad begrenser brukerens mulighet til å tilegne seg verket så må dette ansees å være effektivt. Derimot dersom det ikke er mulig for brukeren å tilegne seg verket vil dette ikke være effektivt. Grensegangen for dette vil jeg gå nærmere inn på nedenfor.

Dette synet støttes av fortalet til opphavsrettsdirektivet nr 48.

<<(48) Such legal protection should be provided in respect of technological measures that

54 Directive 2001/29/EC

55 ot.prp.nr46.2004-2005 s 118

effectively restrict acts not authorised by the rightholders of any copyright, rights related to copyright or the sui generis right in databases without, however, preventing the normal operation of electronic equipment and its technological development...»⁵⁶

Denne uttalelsen viser at bruken av tekniske beskyttelsessystemer ikke uforholdsmessig skal begrense utvikling og bruk av teknologi, da også relatert til utvikling av teknologi knyttet til avspilling av åndsverk. Det skal ikke være mulig for opphavsmannen at han kun i kraft av sin posisjon som opphavsmann fullt ut skal bestemme hvordan brukeren tilegner seg verket.

Dessuten hvis det ikke er mulig å spille av verket så vil dette føre med seg at det ikke vil være lovstridig for brukeren å omgå beskyttelsessystemet, jfr unntaket i åvl §53a tredje ledd andre setning, unntaket gjelder for privatpersoner. For andre organisasjoner har vi et unntak fra omgåelsesforbudet i åvl §53b.

Etter dette skal ikke vern av tekniske beskyttelsessystemer gå så langt at det rammer utviklingen og bruken av teknologi som har en annen kommersiell funksjon foruten rent omgåelse av beskyttelsessystemer⁵⁷. Dersom et verk blir gitt ut med et beskyttelsessystem som hindrer dette i å bli fremført på en eller flere måter som regnes som normale, vil dette innebære at brukeren vil kunne omgå systemet uten at omgåelsehandlingen regnes som et brudd mot åvl §53a.

For å eksemplifisere har det vært tilfeller av musikk cder med beskyttelsessystem som har vært vanskelig å spille av på bilstereoer, dette eksempelet blir presentert av departementet i odelstingsproposisjonen⁵⁸. En slik musikkavspiller er klart et normalt avspillingsverktøy i henhold til åvl §53a tredje ledd og brukeren kan av den grunn omgå beskyttelsessystemet for å muliggjøre avspilling på denne. Dermed er det ikke i strid med loven om brukeren omgår beskyttelsessystemet for å kunne spille av musikken på sin bilstereo.

56 Sitat, Directive 2001/29/EC.

57 Mer om det i kapittel 4 Befatning med omgåelsesverktøy.

58 ot.prp.nr46.2004-2005 s. 120.

For å oppsummere effektiviteten som kreves i åvl §53a; målet blir at beskyttelsessystemet forhindrer adferd som krenker opphavsmannens rettigheter, mens grensen blir at brukeren skal kunne tilegne seg verket.

Vurderingene av effektivitet er en glidende skala med to ytterpunkter for når man kan regne noe som effektivt. Den ene siden er der man krever et absolutt beskyttelse der ingen overhodet klarer å bryte dette og dermed kopiere verket. Til den andre siden der det er en lavere grad av beskyttelse og systemet ikke engang er en hindring, der de aller fleste vil klare å omgå systemet. Grunnen til at jeg reiser denne problemstillingen er fordi det ofte er slik at jo sterkere et beskyttelsessystem er jo større begrensninger legger dette på brukerens mulighet til å tilegne seg verket på den måten han selv ønsker. Spørsmålet blir da hvor på denne skalaen skal man legge den nedre og den øvre grensen for hva som er å regne som effektivt, da beregnet ettersom hvor sterkt dette beskyttelsessystemet er, og i hvor stor grad dette begrenser bruken.

Hvor sterkt må beskyttelsessystemet være

Dersom et beskyttelsessystem er for svakt vil ikke dette kunne hindre folk fra å bryte opphavsmannens rettigheter. Dermed vil ikke dette systemet fylle den funksjonen det er tiltenkt og da ikke være vernet etter åvl §53a.

Vurderingen av hva som er å regne som et effektivt teknisk beskyttelsessystem må også sees i forhold til en av grunntankene innen kryptologi, nemlig at alle systemer lar seg bryte. Begrensningen ligger i hvor lang tid det vil ta for å bryte er gjennom krypteringen. I tillegg er det hvor høy grad av kunnskap man må ha for å omgå beskyttelsessystemet som må vurderes.

Hva det vil si at et beskyttelsessystem er svakt eller sterkt må vurderes relativt i forhold til hvor

vanskelig dette systemet er å omgå. En 128 bits kryptering er rent objektivt sett meget sterk og det vil ta lang tid for å bryte denne krypteringen. Likevel dersom krypteringsnøkkelen til systemet er allment kjent og lett tilgjengelig vil det ikke være vanskelig å omgå dette systemet. Når kunnskapen om hvordan dette systemet blir spredd vil dette systemet ikke lenger oppnå beskyttelsesmålet⁵⁹. Derimot dersom man ser på eksempelet med cden med et korrump dataspør så er dette en forholdsvis kreativ måte å forhindre kopiering, men med en gang det ble kjent hvordan man kan omgå dette er det ikke lenger effektivt. Spesielt for dette systemet er at det ikke kreves noen teknisk kyndighet for å omgå dette når brukeren først vet hvordan det skal gjøres. Det vil derimot kreves en viss grad av teknisk kyndighet for å i utgangspunktet identifisere grunnen til at cden ikke lar seg spille av på en cdrom.

Det må vurderes hvordan man skal fastsette grensen for effektiviteten, dvs hvor strengt man skal vurdere denne grensen. Skal dette være et absolutt eller et relativt krav. Skal det kreves at et system skal være helt umulig å knekke for at dette skal anerkjennes som effektivt, eller er det nok at majoriteten av brukerne er forhindre fra å omgå dette.

Et problem som har vært med slike beskyttelsessystemer er at disse har vært sårbare for en såkalt «break once, break everywhere» effekt. Det vil si at med en gang et beskyttelsessystem har blitt brutt en gang, så reduserer dette effekten dette beskyttelsessystemet har på alle verk alle steder. Kunnskapen om hvordan omgå dette beskyttelsessystemet sprer seg og det blir dermed enklere for alle brukere å omgå systemet. Derfor må det da spørsmålet om hvor stekt er kravet til effektivitet når man tar høyde for en «break once, break everywhere» effekt. I tillegg om man i det hele tatt skal ta høyde for denne effekten. Denne effekten vil gå nærmere inn på nedenfor når jeg skal vurdere hvorvidt et beskyttelsessystem kan bli utdatert.

Det er allment akseptert at det ikke er mulig å lage et beskyttelsessystem som vil kunne være absolutt. Dersom det skal være mulig for brukeren å tilegne seg verket så vil det alltid være en eller flere brukere

⁵⁹ Directive 29/2001/EC art. 6. nr. 3 siste setning

som vil klare å omgå dette beskyttelsessystemet. Det er umulig å lage et absolutt beskyttelsessystem, det vil derfor være urimelig å kreve dette av beskyttelsessystemene for at de skal omfattes av vernet.

Dersom man krever en slik grad av effektivitet av beskyttelsessystemene så vil det ikke være noen av de hittil eksisterende systemene som oppfyller dette vilkåret. I tillegg dersom man ser på forbudet mot omgåelse så vil dette i realiteten være fullstendig uten substans dersom man krever absolutt beskyttelse. Skulle kravet vært absolutt og noen klarte å omgå et beskyttelsessystem, så ville ikke det systemet som ble omgått oppfylt kravet til effektivitet og det ville derfor ikke være lovstridig å omgå dette.

I odelstingsproposisjonen⁶⁰ vises det til opphavsrettsdirektivet art 6.3 som sier at for at et system skal være effektivt så skal det oppfylle de funksjonene det er satt til å verne. Likevel er det etter odelstingsproposisjonen⁶¹ i kommentar til §53a sagt at det ikke i faktisk henseende ikke skal kreves at dette faktisk oppfylles. Unntak til dette er at beskyttelsessystemet må i en viss grad også må bidra til oppfyllelsen av beskyttelsesmålet.

Dermed ser man at et av kriteriene for at et teknisk beskyttelsessystem er effektivt er om dette til en viss grad bidrar til at beskyttelsesmålet blir oppnådd. At beskyttelsessystemet ikke skal være en absolutt hindring men bare til en viss grad bidra til at målet blir nådd utelukker helt ineffektive beskyttelsessystemer.

Likevel må det vurderes hva som skal regnes som helt ineffektivt. Et sentralt moment i vurderingen er hvem beskyttelsessystemet hindrer fra omgåelse. Ovenfor en person som er å regne som en ekspert innen krypteringsteknologi vil det være få beskyttelsessystemer som er effektive hindringer.

I innstillingen til Odelstinget⁶² uttaler komiteen: «komiteen legger til grunn at systemer som en bruker

60 ot.prp.nr46.2004-2005 s. 116.

61 Ibid. s. 156

62 Inst.o.nr.103.(2004-2005), s. 37.

uten formell eller yrkesmessig spesiell kompetanse/tilknytning kan omgå, ikke kan sies å falle inn under det som etter denne lov skal defineres som «effektivt».

Dette blir i ikke liten grad et paradoks da dvd-Jon verken hadde formell eller yrkesmessig spesiell kompetanse eller tilknytning da han var med på å skrive programmet De-css⁶³. Forståelsen av hva som er effektivt må modereres noe da det kan føre til urimelige resultater. Det vil ikke være spesielt heldig dersom omgåelse av et teknisk beskyttelsessystem kan bli latt straffri ene og alene fordi at den som gjennomfører omgåelsen ikke har formell utdanning. Slik kriteriet må forstås er faktisk teknisk kyndighet. Dersom et system kan omgås av noen som ikke har en særlig høy grad av teknisk kyndighet så vil ikke dette systemet være effektivt.

Selv om spesiell formell eller yrkesmessig kompetanse eller tilknytning ikke kreves, vil enhver med slik kompetanse eller tilknytning omfattes av begrepet spesiell teknisk kyndig. I tillegg vil personer som er mer eller mindre selvlærte også inngå i denne betegnelsen. Det finnes ganske mange mennesker som ikke har formell utdanning som fortsatt har en høy grad av kunnskap og kompetanse innen IT og programmering. Jon Johansen inngår for eksempel i denne gruppen.

Dersom det ikke kreves særlig teknisk kyndighet for å omgå et beskyttelsessystem taler dette for at dette systemet ikke er effektivt. Dersom det er mulig å nøytralisere et system med et tusjestrøk eller ved enkle tastetrykk så vil systemet være for enkelt å omgå⁶⁴. Departementet eksemplifiserer dette vurderingsmomentet med en tidlig form for beskyttelsessystem som ble anvendt på musikk cder. På slike cder ble det lagt inn et spor med korruptert informasjon. Dette sporet ble ignorert av en vanlig cd spiller for musikk, men dersom man forsøkte å spille denne av i en pc-cdrom så gjorde dette sporet det slik at cden ikke lot seg spille av, med da det resultat at den heller ikke kunne bli kopiert. Dette systemet viste seg å være usedvanlig enkelt å omgå da alt man trengte å gjøre var å legge et enkelt tusjestrøk på cden, og dermed kunne man fritt frem lese denne av i en pc-cdrom. Denne er ikke effektiv

63 TOSLO 2002 s. 507, og RG 2004 s. 414.

64 Ot.prp.nr46.2004-2005 s. 116

fordi den lett kan omgås uten spesiell teknisk kyndighet.

Det som er veiledende i denne vurderingen er hva som er hensikten med beskyttelsessystemer. Det skal ikke være et absolutt beskyttelse mot brudd på opphavsmannens rettigheter, men beskyttelsessystemet skal forhindre normale brukere fra å handle i strid med disse rettighetene. Det er derfor naturlig å anta at dersom et beskyttelsessystem vil forhindre vanlige brukere uten særlig kunnskap innen programmering eller krypteringsteknologi å omgå systemet, så må dette beskyttelsessystemet regnes som effektivt.

Det jeg legger til grunn som en vanlig bruker er en gjennomsnittlig person i samfunnet som kanskje til daglig anvender datamaskiner i varierende grad, men ikke har en inngående kunnskap om hvordan en datamaskin faktisk opererer.

For å oppsummere, et beskyttelsessystem regnes som effektivt når dette til en viss grad bidrar til at beskyttelsesmålet blir nådd. Dette bidraget skal skje ved at beskyttelsessystemet forhindrer brukere som ikke har en høy grad av teknisk kyndighet fra å handle i strid men den funksjonen systemet er satt for å verne om.

I hvor stor grad kan et system begrense brukerens tilegnelse av verket

Det jeg vil behandle i denne delen er; hvor grensen går i forhold til vurderingen av effektivitet, videre om det er mulig at et beskyttelsessystem kan overstige denne grensen og på den måten ikke være effektiv.

Etter åndsverksloven §53a annet ledd andre setning, følger det at vernet av tekniske beskyttelsessystemer etter første ledd ikke skal være «være til hinder for private brukers tilegnelse av

lovlig anskaffet verk på det som i alminnelighet omfattes som relevant avspillingsutstyr».

Under høringsrunden ble det fremsatt et forslag om at beskyttelsessystemer som begrenser brukerens mulighet til å tilegne seg verket på en normal måte ikke skal omfattes av vernet i den foreslåtte lovregelen. Dette forslaget høstet, kanskje ikke helt uventet, mye kritikk fra forskjellige rettighetshavere. Kritikken som gikk mot dette forslaget er at det vil være vanskelig å lage beskyttelsessystemer som kun forhindrer kopiering, men som ikke lager problemer når det gjelder avspilling på visse typer utstyr⁶⁵.

Dette resulterte i at forslaget om at beskyttelsessystemer som begrenser brukers adgang til å tilegne seg verket, ikke ble videreført i i arbeidet. Likevel, dersom et beskyttelsessystem legger for store begrensninger på brukers tilegnelse på verket så vil det være adgang for brukeren å omgå beskyttelsessystemet. Dersom denne adgangen blir meget omfattende kan det resultere i at forbudet mot omgåelse av systemet ikke er reelt.

Det følger av åvl §53a tredje ledd andre setning at forbudet mot omgåelse av effektive tekniske beskyttelsessystemer ikke skal være til hinder for «private brukers tilegnelse av lovlig anskaffet verk på det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr».

Dersom et beskyttelsessystem legger for sterke begrensninger på brukers tilegnelse av verket så vil han ha adgang til å omgå beskyttelsessystemet. Dette er da begrenset av at denne tilegnelsen skal skje på det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr.

Et avspillingsutstyr er å regne som en teknisk innretning eller dataprogram som brukeren kan benytte seg av for å tilegne seg et verk. Ordet «avspilling» må tolkes vidt. Begrepet må forstås slik at enhver handling der brukeren får tilgang til verket må regnes som avspilling. Dette vil inkludere å se bilder, lese ebøker, i tillegg til normal avspilling av musikk eller film.

65 Ot.prp.nr46.2004-2005 s. 118.

Når det gjelder kravet om avspillingsutstyrets relevans, så vil dette si at det ikke bare er et avspillingsutstyr som er egnet til at brukeren kan tilegne seg verket, det må også være noe som er normalt utstyr for å spille mediet av på. Relevant knytter seg ikke bare til at det skal være mulig å spille av et verk på den, det må og være mer eller mindre praktisk og enkelt å gjøre dette, og være ansett av en større gruppe mennesker at avspillingsutstyret er relevant.

For en nærmere definisjon av hva som skal anses relevant kan det være lønnsomt å se til den offentlige debatten som verserte da Norge skulle inkorporere opphavsrettsdirektivet i 2005.⁶⁶ Her gikk det en kraftig offentlig diskusjon omkring hvorvidt det skulle være ulovlig å omgå et beskyttelsessystem for å lage en kopi av en sang til digitale musikkspillere, bedre kjent som mp3 spillere.

Etter odelstingsproposisjonen⁶⁷ gikk departementet inn for at det ikke skulle være adgang til å omgå et beskyttelsessystem for å kopiere sanger til mp3 spillere, dette begrunnet de med at det ikke er en selvfølge at en mp3 spiller er et relevant avspillingsutstyr for en musikk cd. Likevel etter behandlingen i fagkomiteen i Odelstinget ble det slått fast at det skulle være adgang til å omgå beskyttelsessystemer på musikk cder for å muliggjøre avspilling på en mp3 spiller.⁶⁸ Komiteen anså i strid med det departementet hadde sagt, at at mp3 spillere er relevant avspillingsutstyr når det gjelder musikk solgt på cdplater.

Komiteen endret lovforslaget fra departementet slik at det skal være et avspillingsutstyr som i «alminnelighet oppfattes som relevant»⁶⁹.

Årsaken til at avspilling på mp3 spiller er problematisk, er på grunn av hvordan et slikt avspillingsutstyr fungerer. For å tilegne seg et musikkverk på en mp3spiller må brukeren lage en eller flere eksemplarer

66 <http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=274941>.

67 ot.prp.nr46.2004-2005.

68 Inst.o.nr.13.2004-2005 s.40.

69 Ibid. s. 40.

av musikken. Spesielt dersom det er snakk om å konvertere en cdplate for å tilegne seg denne på en mp3spiller nødvendiggjør dette at brukeren må først kopiere cden over til en datamaskin, for så lage enda en kopi som overføres til spilleren. Dermed i den prosessen så har brukeren fremstilt to nye eksemplarer av verket som begge potensielt er av like god kvalitet som originalen.

For å vurdere om en omgåelse omfattes av dette unntaket, må man vurdere hvorvidt det avspillingsutstyret brukeren anvender i alminnelighet er oppfattet som relevant. Et spørsmål i den sammenhengen er; hvem skal oppfatte et slikt utstyr som relevant? Etter den opphetede debatten som oppsto da loven skulle endres var det klart at det var et markant skille mellom det departementet oppfattet som relevant, og oppfatningen ellers i samfunnet også hos de folkevalgte på stortinget. Etter odelstingsproposisjonen⁷⁰ side 119, så skal forståelsen av hva som skal regnes som relevant forståes snevert. Det var likevel før tillegget om «alminnelig oppfattet» ble inkludert i lovteksten. Tillegget om den alminnelige oppfatning er en utvidelse av unntaket som gjør dette mer fleksibelt i forhold til hva som skal regnes som relevant avspillingsutstyr.

Det som følger av en naturlig språklig forståelse av «i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr» er at det skal være en rimelig utbredt forståelse og aksept i samfunnet at et slikt avspillingsutstyr er relevant. Da kan man spørre hvor stor skal denne aksepten være, er det for eksempel nok at det er aksept innenfor en viss gruppe, eller skal det være ansett relevant for majoriteten av befolkningen. Det som er det mest nærliggende i forhold til alminnelighet er at dette skal være majoriteten av samfunnet.

Dette kan likevel by på visse problemer dersom man da ser at de fleste nyvinninger innen teknologi først blir anvendt av en liten gruppe før de blir omfavnet av resten av samfunnet. Derfor vil en slik regel kunne medføre problemer så langt minoritetens bruk av nye avspillingsutstyr da vil være lovstridig, og på grunn av dette forbudet så vil ikke dette nye avspillingsutstyret få den allmenne aksepten det ville

70 ot.prp.nr46.2004-2005

fått dersom dette forbudet ikke hadde vært tilstede.

Et moment som blir fremhevet av komiteen som sentralt for å vurdere om et avspillingsverktøy i alminnelighet oppfattes som relevant er «hvilke forventninger til avspilling forbruker med rimelighet kan ha til det aktuelle produktet»⁷¹. Ut fra sammenhengen er det nærliggende å anta at med «dette produktet» menes verket som brukeren har kjøpt et eksemplar av. Det er den forventningen brukeren har til verk av denne typen som skal fastsette hva som er et relevant avspillingsutstyr. For å trekke eksempelet med en musikk og mp3spillere, når en bruker anskaffer seg en musikkcd vil hans forventning være at han skal kunne spille denne musikken på sin mp3spiller. Denne forventningen er også møtt av en allmenn aksept i samfunnet.

Et annet spørsmål som må bli fremmet er hvor nøytral dette unntaket er i forhold til type åndsverk og den plattformen den er lagret på. I komiteens behandling av dette unntaket var diskusjonen preget av overføring fra musikkcd til en mp3spiller. Dette kan bli sett på som et tegn i tiden på grunn av at mp3spillere var det bærbare digitale medieavspillingsverktøyet som var størst utbredt da lovendringen skjedde. Også i forhold til diskusjonen i Odelstinget gikk denne primært i forhold til overføring av musikkverk fra cd til mp3spiller⁷². Utviklingen på dette feltet har gått meget fort, og den retningen utviklingen har gått har vært mot mer allsidige avspillingsverktøy. Disse gir muligheten til å se filmer og flere andre typer verk enn bare musikk⁷³.

For unntaket til omgåelsesforbudet for å tilegne seg verket på det som i alminnelighet oppfattes som et relevant avspillingsutstyr, er det lite holdepunkt for å skille ut musikk som den eneste formen for åndsverk dette unntaket skal gjelde for. Selv om eksemplene brukt er utelukkende knyttet til musikk, så vil ikke det utelukke omgåelse av beskyttelsessystemer lagt på andre typer verk. Derfor må dette unntaket forstås slik at dette gjelder uavhengig av om verket brukeren ønsker å tilegne seg er

71 Inst.o.nr.103.(2004-2005) s.38.

72 Referat Odelstinget lørdag 4. juni 2005.

73 <http://www.apple.com/pr/library/2008/01/15fox.html>.

musikalsk, litterært eller filmatisk.

I åvl §53b fremgår det at opphavsmannen skal sikre at de som har lovlig tilgang til verket fortsatt skal ha denne tilgangen uavhengig av om verket er pålagt et beskyttelsessystem⁷⁴. Dersom beskyttelsessystemet forhindrer slik bruk som følger av de bestemmelsene som blir vist til i §54b første ledd så kan de institusjonene og brukere omtalt kreve beskyttelsessystemet fjernet fra verket.

For å oppsummere så skal det være mulig for brukeren å tilegne seg eller benytte seg av verket innenfor de rammene satt i åvl. Dersom beskyttelsessystemet setter for sterke begrensninger i forhold til denne bruken, så er det adgang for brukeren å omgå beskyttelsessystemet uten at dette er i strid med forbudet i åvl §53a. Om omgåelsen blir tilstrekkelig utbredt så vil det resultere i at beskyttelsessystemet ikke lenger er effektivt.

Hvilke begrensninger opphavsmannen kan legge på den potensielle bruken av et verk blir og regulert av bestemmelser i andre rettområder. Et eksempel på dette kan det være den konflikten som i skrivende stund foregår mellom forbrukerombudet og nettbutikken iTunes. iTunes selger musikkfiler over nettet. Filene som en bruker kan kjøpe fra denne nettbutikken var tidligere ilagt en meget sterkt begrensning i den form at den lot seg kun kopiere ved hjelp av dataprogrammet iTunes, og da kun kunne overføres til en digital musikkavspiller produsert av Apple. Forbrukerombudet har anført at en slik begrensning på musikkfilene er et urimelig avtalevilkår etter markedsføringslovens⁷⁵ §9a. Rettighetshaverne har derimot anført at de har rett til å pålegge sine åndsverk den beskyttelsen som de anser som best. Utviklingen i siste nytt har vært at plateselskapet EMI har sagt at de ikke lenger skal selge musikk belagt med drm gjennom iTunes lenger, slik at all musikk solgt av EMI gjennom iTunes nå kan spilles av på alle typer mp3 spillere.

74 ot.prp.nr46.2004-2005 s. 158.

75 Lov av 16. juni 1972 nr. 47

3.5 Fra hvilket tidspunkt skal man regne effektiviteten fra

Jeg har til nå tatt for meg hva som skal regnes som effektivt. Et videre spørsmål som må stilles er fra hvilket tidspunkt skal man vurdere effektiviteten. Skal dette gjøres når systemet først blir lansert eller fortløpende ettersom tiden går. Dette er et viktig spørsmål fordi det er med å avgjøre rekkevidden av bestemmelsen. Dersom det er slik at vernet faller bort dersom et beskyttelsessystem ikke lenger skal regnes som effektivt, så vil dette snevre inn anvendelses området for denne bestemmelsen i en ikke ubetydelig grad.

Jeg har valgt å kalle disse to forskjellige modellene for henholdsvis «statisk» og «flytende» vurdering. Grunnen til at jeg har gitt vurderingsmodellene disse navnene er fordi de representerer innholdet av modellene bra.

Dersom man kun evaluerer effektiviteten når verket med beskyttelsessystemet kommer ut kan det settes opp en statisk modell. Man vil se at dette systemet har en så og så sterk kryptering eller det er så og så vanskelig å omgå dette systemet, og etter denne vurderingen fastslå at systemet er effektivt. Dette blir statisk fordi oppfatningen av hva som er effektivt ikke vil endre seg i tråd med den teknologiske utviklingen.

Derimot dersom man fortløpende vurderer effektiviteten, så vil dette være en flytende vurdering fordi man kontinuerlig endrer oppfatningen og definisjonen av hva som kreves av et system for å regnes som effektivt.

Det er både positive og negative sider ved disse to forskjellige modellene. Jeg vil gå gjennom denne vurderingen ved først gå igjennom de positive og negative sider ved de to forskjellige vurderingsmodellene og så ta en samlet vurdering for å se hvilken modell som skal anvendes for å vurdere tidfesting av effektiviteten.

Ved bruk av den statiske vurderingsmodellen vil det foretas en enkelt vurdering av effektiviteten av systemet når det åndsverket som systemet er lagt på blir lansert. Etter dette vil systemet være å anse som effektivt. Effektivitet blir altså omtrent som et stempel man påfører beskyttelsessystemet som ikke fjernes over tid.

En slik statisk vurderingsmodell vil medføre at det rettssituasjonen er meget oversiktlig i og med at det vil til enhver tid være mulig å lage en uttømmende liste over hvilke systemer som er å anse som effektive. Forutsigbarheten for brukere vil også øke da de fort og enkelt kan sette seg inn i hvorvidt et beskyttelsessystem er vernet mot omgåelse.

På den andre siden vil denne modellen være treg og tunggrodd og medføre at beskyttelsessystemer som i praksis ikke lenger er effektive fortsatt regnes som effektive etter loven og dermed også er vernet.

En statisk vurdering vil fungere dårlig i forhold til realiteten innenfor kryptologi, nemlig at alle systemer lar seg bryte. Dersom man ser det i tillegg med den tekniske utviklingen som kontinuerlig foregår i samfunnet vil det være en illusjon å tro at et beskyttelsessystem er like effektivt gjennom hele den perioden det er i bruk. Det er derfor naturlig å tro at en kontinuerlig vurdering er nødvendig for å vurdere effektiviteten.

Etter den statiske modellen er det fortsatt mulig at beskyttelsessystemer skal bli regnet som utdaterte og ikke lenger effektive, men det blir vanskeligere. Årsaken er at det må komme ut nye verk med dette beskyttelsessystemet, som uten tvil ikke lenger er effektivt i forhold til kravet som stilles etter loven, for at beskyttelsessystemet skal miste sin status som effektivt.

Det ville vært lite heldig dersom lovgiver opprettholdt vern av beskyttelsessystemer som ikke lenger har noen reell praktisk effekt. Det burde være opp til rettighetshaver å se til at den beskyttelsen han legger

på verket sitt faktisk fungerer. Dette er også en stimuli til å skape nye beskyttelsessystemer som forhåpentligvis er bedre enn de som har vært tidligere, både i forhold til graden av beskyttelse og brukervennlighet.

Derimot dersom man anvender den flytende vurderingsmodellen kan det føre til en del usikkerhet omkring hvorvidt et system faktisk er oppfyller vilkårene i loven eller ikke. Det vil kunne føre til at feilaktige oppfatninger om rekkevidden i loven. Usikkerheten vil kunne føre til at brukere opptrer i strid med loven både når et gjelder brudd mot omgåelsesforbudet og befatning med omgåelsesverktøy.

På den annen side så vil dette medføre et mer fleksibelt system. Det at man har en kontinuerlig vurdering av effektiviteten vil medføre at beskyttelsessystemer som ikke lenger er effektive letter vil miste det vernet de har nytt godt av, og på den måten er dette et incentiv til å skape nye og forhåpentligvis bedre systemer.

Dessuten vil et vurderingsmønster av denne typen bedre reflektere virkeligheten i forhold til hvorvidt et beskyttelsessystem reelt sett oppfyller kravet som stilles til effektivitet.

Et annet spørsmål som må besvares for å finne frem til tidspunktet der effektiviteten skal vurderes er om man skal vurdere effektiviteten av beskyttelsessystemer på den måten at man vurderer det enkelte systemet som en enhet, eller ser på hvorvidt dette er effektivt adskilt for hvert enkelt åndsverk.

Lovens system er at man skal vurdere hvert enkelt åndsverk som en separat enhet og da også vurdere i hvert enkelt tilfelle om beskyttelsessystemet når beskyttelsesmålet i forhold til det enkelte verk.

Beskyttelsessystem er i seg selv ikke skilt ut og vernet mot omgåelse i åvl §53a. Det er den funksjonen systemer er satt for å beskytte som er vernet. Dersom beskyttelsessystemet ikke er tilknyttet et åndsverk er det ikke et forbud mot å omgå dette i åvl §53a, det er kun omgåelse av et beskyttelsessystem på et konkret verk som er forbudt i denne bestemmelsen. Derfor er forbudet mot omgåelse knyttet til det

enkelte beskyttelsessystem som er brukt på et åndsverk ikke den abstrakte koden eller metoden til et beskyttelsessystem adskilt fra åndsverket.

En slik forståelse har likevel lite for seg, fordi et omgåelsesverktøy eller kunnskap om hvordan omgå et beskyttelsessystem vil fungere like bra på alle verk der det samme beskyttelsessystemet er anvendt. Derfor dersom et beskyttelsessystem som er anvendt i relasjon til et åndsverk er omgått så vil den samme omgåelsesmetoden fungere like bra på alle verk som er beskyttet på samme måten. Denne effekten er kjent som «break once break everywhere»⁷⁶. Beskyttelsessystemer burde etterstrebe å være sikker mot denne effekten. Grunnen til det er dersom et systemet ikke er sikker mot denne effekten, kan potensielt en enkel omgåelse medføre at dette systemet ikke lenger er effektivt og det vil være mulig å omgå dette systemet på alle verk der systemet er anvendt.

Det mest fornuftige er å se de enkelte beskyttelsessystemene som enheter uavhengig av de åndsverkene de er knyttet til. Dette taler og for at man skal anvende den flytende vurderingsmodellen. Når et systemet er å regne som ineffektivt for et verk, så er det ineffektivt for alle. Dette er da en vurdering som må gjøres fortløpende.

Så spørsmålet blir da hvilken av disse vurderingsmodellene skal vi da benytte når vi skal se på effektivitet. Etter §53a så er det ingen definisjon av effektivitet og da heller ikke noen momenter som taler for tidspunktet man skal vurdere effektiviteten på.

Som jeg har nevnt tidligere viser odelstingsproposisjonen til opphavsrettsdirektivet for definisjon av hvordan man skal forstå effektivitetsvilkåret. Etter opphavsrettsdirektivet art 6. nr 3 så skal et beskyttelsessystem regnes som effektivt når det oppnår den sitt beskyttelsesmål. Dette er å forhindre brudd på rettighetshavers eksklusive rettigheter. Dette kan tolkes i favør av begge vurderingsmodellene, om man ser at beskyttelsessystemet er bra på det tidspunktet verket blir utgitt og så stempler dette som

76 Biddle, England, Peinado, og Willman, 2002.

effektivt, eller om man vurderer utviklingen senere og om da faktisk systemet oppnår dette målet. Etter dette kan man derfor ikke konkludere.

I COM dokumentet til opphavsrettsdirektivet⁷⁷ følger det at i forhold til art. 6 nr. 3 skal man spesielt ta med i vurderingen «the operability and reliability» av beskyttelsessystemet. Det vil si at man skal vurdere operabiliteten, eller den faktiske virkningen som et slikt system har. Dette i tillegg til påliteligheten til systemet, det at man kan stole på at dette systemet holder seg for fremtiden.

Når man skal vurdere påliteligheten så må man vurdere forover for å se om dette systemet er verdt å opprettholde vernet av. For å se på operabiliteten så skal det hele tiden vurderes i forhold til hvorvidt dette systemet er brutt og om dette faktisk er i stand til å opprettholde beskyttelsen.

Det vil da virke som at tidspunktet for vurderingen av effektivitet skal ligge som et midtpunkt mellom de to modellene jeg har trukket opp. Når et nytt system skal lanseres må man vurdere hvorvidt man kan forvente at dette skal være effektivt i forhold til de rådende forholdene på den tiden. Siden skal man foreta en fortløpende vurdering av om systemet faktisk er effektivt i forhold til den utviklingen som har skjedd siden lanseringen. Man må se om spredningen av omgåelsesverktøy har gått så langt at det ikke lenger kreves noen særlig grad av teknisk innsikt for å omgå dette beskyttelsessystemet.

3.6 Kunnskap om at en handling utgjør en omgåelse

Brudd på åvl §53a medfører straff. Dette følger av åvl §54 som fastsetter strafferammen og skyldkravet. Skyldkravet etter åvl §54 er at gjerningsmannen enten skal ha handlet uaktsomt eller forsettlig.

Det kreves en viss kunnskap om at et verk er belagt med et beskyttelsessystem for at en omgåelse skal kunne rammes av forbudet. For at brukeren som omgår beskyttelsessystemet skal kunne oppfylle

⁷⁷ COM/99/0250.

skyldkravet så må han være klar over at beskyttelsessystemet er tilstede.

En bruker som omgår et teknisk beskyttelsessystem må enten ha hatt dette som et tilsiktet mål, eller se det som sikkert eller overveiende sannsynlig at hans handlinger vil oppnå dette resultat⁷⁸, dette vil være en forsettlig omgåelse. Uaktsomhet vil være der brukeren burde ha innsett at hans handlinger vil resultere i en omgåelse av et effektivt teknisk beskyttelsessystem.

For å være sikker på at en omgåelse av beskyttelsessystemet skal bli rammet av forbudet burde rettighetshaver annonsere eller informere brukeren om at verket er belagt med et teknisk beskyttelsessystem.

Uavhengig av om rettighetshaver direkte informerer brukeren om beskyttelsessystemet så må brukeren enten vite eller burde ha visst at verket har slikt. Dersom brukeren rent på slump omgår beskyttelsessystemet uten at han viste eller burde visst at hans handlinger ville resultert i en omgåelse så vil han ikke straffes.

For at et beskyttelsessystem skal være vernet mot omgåelse må brukeren altså vite at det eksemplaret av verket han har, er belagt med et teknisk beskyttelsessystem. Formidling av denne kunnskapen kan lettest oppnåes ved at eksemplaret er tydelig merket med informasjonen nødvendig for at brukeren skal kunne vite om systemet.

Når opphavsmannen informerer brukeren om at verket hans er pålagt et beskyttelsessystem så markerer opphavsmannen at han regner bruken av verket som begrenset. Når dette blir fortalt brukeren skal han få vite at å omgå dette systemet er i strid med loven og eller opphavsmannens ønsker. Likevel må slike markeringer suppleres med et system som er rimelig vanskelig å omgå for at omgåelse skal være straffbart.

78 Andenæs, 2004, s. 233

Etter opphavsrettsdirektivet artikkel 6. nr.1 så er det forbudt å omgå et beskyttelsessystem når gjerningsmannen vet eller har rimelig grunn til å vite at han forøker å oppnå dette målet.

For å ta et praktisk eksempel på dette viser jeg til det nå klassiske eksempelet med musikkcden der alt som skal til for å omgå beskyttelsessystemet er et tusjestrøk over datasporet. Selve handlingen der brukeren tar en tusj og legger et lag med farge på undersiden av en cd må utvilsomt være en situasjon der brukeren er klar over at dette er en handling som omgår et beskyttelsessystem. Det å tegne på en original kjøpt musikkcd er ikke en normal handling med mindre man forsøker å oppnå noe gjennom dette. Derimot er ikke dette beskyttelsessystemet vernet av den grunn at det ikke er vanskelig å omgå, og det kreves ikke noen særlig høy grad av teknisk kyndighet.

Som sagt er minstekravet for skyld etter åvl §54 uaktsomhet. Dersom man da ser på hvordan det kan skje en uaktsom overtredelse av omgåelsesforbudet i åvl §53a så kan dette eksempelvis skje ved at brukeren forsøker gjøre noe annet enn en omgåelse og ved et uhell omgår beskyttelsessystemet. En slik omgåelse kan inntreffe uten at han selv har vært klar over at hans handlinger har resultert i at beskyttelsessystemet har blitt omgått.

En problemstilling som må reises i denne sammenhengen er; hvor effektivt er et beskyttelsessystem som kan omgås uaktsomt? Dersom et beskyttelsessystem kan omgås uten at gjerningsmannen er klar over at han har gjort dette eller uten at omgåelsen var meningen, bidrar da dette beskyttelsessystemet til å oppnå beskyttelsesmålet.

Selv om det ikke kreves av et beskyttelsessystem at dette faktisk klarer å oppnå beskyttelsesmålet, så kreves det at systemet til en viss grad skal bidra til å oppnå målet. Dersom man kan omgå et beskyttelsessystem ved et uhell vil dette tale sterkt for at dette systemet ikke er effektivt.

Det skal kreves en viss teknisk kyndighet for å klare å omgå et effektivt beskyttelsessystem. Kravet må også forstås slik at det skal kreves en dedikert innsats for å omgå systemet. Det å knekke en kryptering er ofte knyttet til bruken av forholdsvis kompliserte rekker med koder og programmering, disse skal anvendes målrettet i den hensikt å fjerne eller omgå krypteringen. Dersom det da er mulig å fjerne beskyttelsessystemet uten bruken av slike taler det for at beskyttelsessystemet ikke er effektivt.

Det vil derfor være slik at for at et beskyttelsessystem skal være vernet etter loven så må brukeren til en viss grad være klar over at verket er pålagt et slikt system.

3.7 Hva skal til for at et beskyttelsessystem blir utdatert.

Nå har jeg redegjort for hva som skal til for at et beskyttelsessystem skal omfattes av vernet i åvl §53a. Et annet spørsmål blir; hva skjer dersom et beskyttelsessystem ikke lenger oppfyller disse vilkårene. Den problemstillingen ønsker jeg å ta opp i denne delen av oppgaven. Jeg har valgt å kalle den situasjonen der beskyttelsessystemet ikke lenger oppfyller vilkårene som «utdatert». Å fastsette grensen i forhold til når et beskyttelsessystem er utdatert er viktig. Fordi denne grensen vil bidra til å klarlegge omfanget av det vernet for beskyttelsessystemer som følger av åvl §53a.

Situasjon der et beskyttelsessystem ikke lenger oppfyller funksjonskravet kan vanskelig oppstå. Det er fordi funksjonskravet er knyttet til rettighetshaver hensikt da han valgte å benytte seg av et slikt system. Etterfølgende hendelser vil da ikke kunne endre på den hensikten.

Heller ikke i forhold til kravet om kunnskap vil det være vanskelig å se at dette kan bli utdatert, såfremt rettighetshaver klart markerer beskyttelsessystemets tilstedeværelse på verket.

Det er dermed primært i forhold til effektivitetskriteriet at et beskyttelsessystem kan risikerer å bli

utdatert.

I forhold til effektivitetskriteriet er det flere hendelser som kan føre til at et beskyttelsessystem kan bli utdatert. En slik hendelse kan være at utviklingen i samfunnet fører til at systemet ikke lenger oppfyller effektivitetskriteriet. Hvordan dette kan gå til, er enten at den teknologiske utviklingen går fremover slik at bedre avlesningsutstyr gir adgang til verket på en slik måte at dette er å regne som en omgåelse⁷⁹ uten at det kreves teknisk kyndighet av brukeren. En annen årsak kan være at maskinkraften tilgjengelig er kraftig nok til at verket kan leses av uten at den krypteringen satt på dette er en sperre som bidrar til at beskyttelsesmålet blir nådd. Et siste alternativ kan være at kunnskapen om hvordan omgå beskyttelsessystemet brer om seg i en såpass stor grad at det ikke lenger kreves noen spesiell teknisk kyndighet for å omgå systemet, enten fordi at selve kunnskapen i seg selv gjør det enkelt, eller at det er en såpass stor utbredelse av omgåelsesverktøy at beskyttelsessystemet ikke lenger har noen funksjon eller i det hele tatt er merkbart tilstede.

Som jeg har gått igjennom tidligere er ikke effektivitetskriteriet et veldig strengt vilkår, men det er fortsatt visse krav som stilles for at dette vilkåret skal oppfylles. For at beskyttelsessystemet skal regnes som effektivt skal dette til en viss grad bidra til at beskyttelsesmålet oppfylles, i tillegg at det kreves en viss grad av teknisk kyndighet for å omgå beskyttelsessystemet.

Artikkelen «The darknet and the Future of Content Distribution» ble utgitt i 2002⁸⁰. Artikkelen ble skrevet av fire sikkerhetsingeniører ansatt i Microsoft. Temaet for artikkelen er systemer og innhold i såkalte darknet, uoffisielle nettverk der personer kan dele filer med hverandre. Slike nettverk kan ha en viktig funksjon foruten rent å dele opphavsrettslig beskyttede verk, men i stor grad har disse blitt benyttet til å dele slike verk uten kostnad for brukerne og da heller ikke inntekt til rettighetshaverne. Nettverk av denne typen har utviklet seg fra små sosiale nettverk der venner og familie deler fysiske

79 For hva som regnes som en omgåelse se kap 4.1 nedenfor.

80 Biddle, England, Peinado, og Willman, The darknet and the Future of Content Distribution, 2002, tilgjengelig fra <http://crypto.stanford.edu/DRM2002/darknet5.doc>

eksemplarer av åndsverk, til store verdensomspennende nett der omtrent alle har tilgang til kjapp og effektiv nedlasting av stort sett det meste. En av de primære katalysatorene for denne utviklingen har vært fremveksten av Internett.

Et kjent eksempel på et slikt nettverk var Napster. Napster var på denne tiden et gratis dataprogram som kunne lastes ned, og som tillot overføring av filer mellom brukerne av programmet, såkalt «peer to peer» fildeling. Napster fikk mange brukere fordi dette var et program som var enkelt å bruke når det gjaldt deling of nedlasting av filer. Napster ble etterhvert stoppet etter en rekke søksmål fra blant annet bandet Metallica, som ønsket at deres musikk ikke skulle deles fritt gjennom Napster.⁸¹ I tiden etter at Napster opphørte å være en gratistjeneste har det oppstått flere andre populære fildelingsnettverk.

I artikkelen er et fildelingsnettverk omtalt som et «darknet». Prognosen de stiller om slike nettverk sitt virke og fremtidige utvikling er basert på tre antagelser. Disse antagelsene er⁸²:

1. Ethvert bredt distribuert objekt⁸³ vil være tilgjengelig til en liten andel brukere i en form som muliggjør kopiering.
2. Brukere vil kopiere dersom det er mulig og i deres interesse og gjøre det.
3. Brukerne er i kontakt med hverandre gjennom en kommunikasjonslinje med høy båndbredde.

Dersom disse antagelsene stemmer vil det innebære at det ikke er mulig å oppnå maksimal sikkerhet med et beskyttelsessystem. Antagelsene innebærer at det alltid vil være en eller flere, kanskje spesialister som vil sette seg ned for å bryte eller omgå ethvert beskyttelsessystem som kommer ut.

Videre kan man se at alt som trengs for at et beskyttelsessystem skal bli omgått på en stor skala, er at en person bryter denne for så spre en ubeskyttet kopi gjennom et nettverk. Når da en slik kopi først er blitt

81 <http://www.wired.com/politics/law/news/2000/04/35670>.

82 Min oversettelse.

83 Det som her menes med et «bredt distribuert objekt» er ment å fange opp normale åndsverk som har blitt tilgjengeligjort til allmennheten, disse i motsetning til for eksempel militære eller forretnings hemmeligheter som ikke er bredt distribuert.

spredd ut på nettverket så er det ikke lenger behov for å omgå beskyttelsessystemet flere ganger.

Egenskapene til digitale medier innebærer at det er mulig å lage perfekte kopier gang på gang uten forringelse av kvaliteten på verken originalen eller kopien.

I praksis har det vist seg at det hittil ikke har vært et eneste beskyttelsessystem som har bestått tidens test. Alle har før eller siden blitt knekt slik at åndsverket har blitt spredd på gjennom Internett.

Det man kan lese ut av denne artikkelen er at alle verk med et beskyttelsessystem før eller siden vil bli spredd uten beskyttelsessystemet. Dersom en person er kapabel til å laste ned åndsverk fra Internett på tvers av opphavsmannens rettigheter så er ikke beskyttelsessystemer en hindring. Likevel så er ikke vurderingen av effektivitet gjort på et så abstrakt plan. Det som skal vurderes er hvordan systemet er i forhold til det enkelte eksemplaret av verket som systemet er lagt på. Det at enkelte eksemplarer er tilgjengelige for brukeren gjennom slike fildelingsnettverk vil ikke ha en direkte innflytelse på effektiviteten til systemet.

Tilstedeværelsen av et slikt nettverk kan likevel ha en innflytelse på hvorvidt et beskyttelsessystem er effektivt i forhold til beskyttelsessystemet i det enkelte tilfellet. Denne påstanden baserer jeg på det at det ikke bare er selve verkene som deles i slike nettverk, men og kunnskapen om hvordan beskyttelsessystemer kan omgås og de nødvendige omgåelsesverktøyene.

Et spørsmål da er hva skjer med effektiviteten til beskyttelsessystemet når tilgjengeligheten av omgåelsesverktøy er såpass stor at det ikke lenger er mulig å håndheve forbudet mot befatning med slike? Situasjonen der det ikke er mulig å håndheve dette forbudet kan oppstå der spredningen av verktøyene er såpass stor at uansett hvordan man går inn for å stoppe slike verktøy så vil det alltid være flere som kommer til, eller at det ikke er mulig å fjerne det originale på grunn av antallet kilder dette er tilgjengelig fra. Man kan uansett ikke forby kunnskapen om hvordan man produserer slike så dersom denne kunnskapen blir tilgjengelig vil det med stor sannsynlighet alltid komme nye verktøy dersom

rettighetshaverne klarer å fjerne ett.

I situasjonen der tilstedeværelsen av beskyttelsessystemer er meget sterkt vil dette kunne føre til at det ikke lenger kreves noen særlig grad av teknisk kyndighet for å omgå et beskyttelsessystem. Det er på grunn av at omgåelsesverktøy kan redusere vanskeligheten knyttet til omgåelse. Bruken av et omgåelsesverktøy kan gjøre det slik at alt som trengs for å omgå et beskyttelsessystem er noen få tastetrykk, dette vil være tilnærmet lik den vanskelighetsgraden departementet har lagt frem for forståelsen av hva som skal være minstegrensen for effektivitet i åvl §53a⁸⁴. Det vil si at det ikke lenger kreves noen særlig grad av teknisk kyndighet for å omgå dette beskyttelsessystemet.

Et annet spørsmål er om det kan aksepteres at fordi det er så mange som bryter loven så skal den lovstridige handlingen ikke lenger forbys. Dette spørsmålet er blir problematisk fordi det er nettopp dette som skjer i de tilfellene der man anser et beskyttelsessystem for ikke lenger effektivt på grunn av høy tilstedeværelse av omgåelsesverktøy.

Fremstilling og distribuering av omgåelsesverktøy er forbudt etter loven. Det vil ikke være en særlig sterk lovregel som setter forbud for en handling så lenge ingen bryter den, men med en gang denne loven blir brutt så er ikke handlingen lenger ulovlig. Dette kan sammenlignes med en fartsgrense som er påbudt så lenge folk følger den, men med en gang den blir brutt så er det fritt frem.

Dette er en lite heldig situasjon som kan medføre stor usikkerhet omkring rettstilstanden. Denne usikkerheten vil råde både i forhold til rettighetshaver som ikke kan være sikker på om hans verk er beskyttet med de følgene dette har, og for en bruker som ikke kan være sikker på hvilke begrensninger som påhviler hans bruk av det eksempelet av verket han har.

Derimot basert på at det er et krav om at beskyttelsessystemer skal være effektive for å vernes, så ville

84 Ot.prp.nr46.2004-2005 s. 116.

det vært en inkonsekvent dersom man ikke verner systemer som fra starten av ikke oppfyller kravet, samtidig som man fortsetter vernet av systemer som har bevist at de ikke er effektive.

Dessuten kan man i visse situasjoner tenke seg en at det å fjerne vern av systemer basert på tilstedeværelse av omgåelsesverktøy som et incentiv til å skape nye og bedre beskyttelsessystemer. Man kan spørre om det er statens oppgave å verne om systemer som har vist seg ikke å fungere i praksis.

Et moment som kan hjelpe med å klare opp dette er å se på hva som har vært ment med effektivitetskriteriet. Det er tilstede for å luke ut systemer som er utdaterte eller for lett å omgå. Likevel må det settes en standard for hvor vanskelig det skal være å omgå et beskyttelsessystem. Dersom man igjen ser på prinsippet presentert i «Darknet and the future of content distribution», så vil man se at alt som trengs er et enkelt brudd for at en ubeskyttet kopi skal spres gjennom et slikt nettverk. Likevel vil ikke dette ha betydning når det gjelder effektiviteten av beskyttelsessystemet. Det at et beskyttelsessystem kan bli brutt er noe som bare må aksepteres, så det at en person bryter systemet og sprer en ubeskyttet kopi ikke vil gjøre det lettere for andre å omgå beskyttelsessystemet. Annerledes vil det derimot være dersom denne personen som omgår beskyttelsessystemet istedet for eller samtidig med å spre verket sprer kunnskap og eller teknologi for å omgå denne typen beskyttelsessystem.

Dersom kunnskapen om hvordan å omgå et beskyttelsessystem blir såpass allment kjent eller teknologien blir såpass dagligdags at det ikke lenger krever noen særlig grad av teknisk innsikt for å omgå dette så vil det innebære at et beskyttelsessystem ikke lenger oppfyller effektivitetskriteriet. Tilogmed det tidligere nevnte eksempelet om cden med et korrupt dataspør som kan omgås med et tusjestrøk vil ha vært effektivt i den tiden før det var noen med en høy grad av teknisk kunnskap som klarte å identifisere metoden brukt og funnet ut hvordan dette systemet kan bli omgått.

For opphavsmannens del er det lite heldig dersom beskyttelsen på et eldre verk ikke lenger er vernet i loven på grunn av at denne beskyttelsen ikke lenger er effektiv.

Samlet sett kommer jeg til at dersom kunnskapen og teknologien for hvordan omgå et beskyttelsessystemet blir så dagligdags at det ikke lenger kreves særlig teknisk kyndighet for å omgå dette systemet, så vil dette ikke lenger kunne anses å oppfylle effektivitetskriteriet og er dermed ikke lenger et vernet. Videre vil ikke omgåelse eller befatning med omgåelsesverktøy rettet mot dette systemet ikke lenger være forbudt.

Er css et effektivt beskyttelsessystem.

I denne delen av oppgaven ønsker jeg å svare på hvorvidt css krypteringen er et effektivt teknisk beskyttelsessystem eller ikke. Jeg trekker frem css på denne måten på grunn av hendelser som har inntrådt som kan bidra til å trekke i tvil det lovmessige vernet av css. I tillegg er dette systemet et godt eksempel for å foreta en praktisk drøftelse av vilkårene for vern som jeg tidligere har gått igjennom.

Først vil jeg fortelle litt mer inngående om historien til css i tillegg til hvordan dette beskyttelsessystemet er bygd opp.

Css som står for «Content Scrambling System»⁸⁵ ble først satt i bruk i 1997⁸⁶ som en standard kryptering på dvdfilmer. Allerede i 1999 ble dette omgått for første gang av en gruppe som kalte seg «The masters of reverse engineering». I denne gruppen var også nordmannen Jon Lech Johansen, senere omtalt som dvd-Jon. Han ble tiltalt for brudd på strl §145 annet ledd jf. tredje og fjerde ledd, men ble frikjent både i tingretten og i lagmannsretten.⁸⁷

I ettertid har programmet som Jon Lech Johansen var med å skrive, «De-Css», spredd seg på Internett. Kunnskapen om hvordan css kan omgås ble spredd over Internett i form av nye omgåelsesverktøy, på

85 Se http://en.wikipedia.org/wiki/Content_Scramble_System.

86 Copyright Council, Opinion 2007:09 s. 2.

87 TOSLO-2002-507 og RG-2004-414.

diskusjonsforumer, og tilogmed trykket på tskjorter⁸⁸.

Denne hendelsen viser at krypteringalgoritmen i css er brutt uten mulighet for å forhindre videre spredning av kunnskap om, og verktøy for omgåelse av dette beskyttelsessystemet.

Jeg har valgt å trekke frem dette beskyttelsessystemet som et spesielt eksempel av den grunn at effektiviteten til css nå er under vurdering i en rettssak i Finland. Dessuten er css et av de mest kjente beskyttelsessystemene som er i sirkulasjon idag.

Effektiviteten til css trekkes i tvil på grunn av at dette systemet ble brutt allerede i 1999 og er fortsatt i bruk idag. Dessuten har informasjon kommet omkring hvordan dette systemet er bygget opp, som viser at systemet aldri har vært et spesielt sterkt beskyttelsessystem i utgangspunktet.

Css er et ganske enkelt krypteringssystem. Hver dvdplate inneholder en blokk med informasjon med en 5 byte hash-kryptering som inneholder forskjellige disknøkler⁸⁹. Antallet disknøkler er rundt regnet 400⁹⁰. En hash kryptering er en form for krypteringskode som tar en kode eller nøkkel som input og dersom denne stemmer gir et resultat tilbake av en fastsatt lengde. I css er denne krypteringen satt opp slik at man har en spillernøkler som ligger i avspillingsverktøyet, denne nøkkelen sjekkes opp mot det biblioteket av spillernøkler som er lagret på platen. Dersom spillernøkkelen er korrekt så blir resultatet som kommer ut disknøkkelen. Denne disknøkkelen anvendes så for å dekryptere innholdet på dvdplaten slik at filmen kan spilles av. Dette systemet er sårbart for såkalt «brute force» angrep der man setter en datamaskin til å prøve alle mulige kombinasjoner til man finner en som er riktig⁹¹. Spillernøklerne lisensieres ut av organisasjon ved navn dvd copy control association, eller dvd-cca.

Som jeg nevnte ovenfor så oppsto problemstillingen omkring effektivitetskriteriet for tekniske

88 <http://www.wired.com/science/discoveries/news/2000/08/37941>.

89 Matthew Becker, Ahmed Desoky A Study of the DVD Content Scrambling System (CSS) Algorithm ISSPIT-2004, Rome, Italy, December 2004.

90 TOSLO-2002-507.

91 Matthew Becker, Ahmed Desoky A Study of the DVD Content Scrambling System (CSS) Algorithm ISSPIT-2004, Rome, Italy, December 2004.

beskyttelsessystemer på spissen nylig i en finsk dom som ble avsagt av Helsingfors tingrett i 2007⁹².

Dommen har siden blitt anket så denne er ikke rettskraftig.

Saken dreier seg om at i 2006 så oppfordret «Electronic Frontier foundation Finland», eller EFFI, sine medlemmer til å melde seg til politiet for befatning med omgåelses verktøy knyttet til css.

For tingretten stod to personer tiltalt for å ha forbrutt seg mot den finske opphovsrättslagen §§ 50a, 50b og 56e. Disse bestemmelsene er tilsvarende til den norske åndsverksloven §53a første og annet ledd. Da henholdsvis forbudet mot omgåelse av effektive tekniske beskyttelsessystem og forbudet mot befatning med omgåelses teknologi. Faktum i saken var at person A på oppdrag fra B hadde laget et omgåelsesprogram til css, noe A fikk betalt 0,05 Euro for. Deretter la de to tiltalte ut dette programmet på Internett på en side som distribuerer slike omgåelsesprogrammer. Deretter meldte begge seg frivillig til politiet⁹³.

Spørsmålet i denne saken var hvorvidt kryptingen på dvdfilmer, css, er å regne som effektivt. De tiltalte i saken hevdet at det ikke var lovstridig å omgå css nettopp fordi dette systemet ikke lenger er effektivt og dermed heller ikke vernet etter loven. Grunnen til at css ikke kan regnes som effektivt, mente de, er på grunn av at kunnskapen og teknologien for å omgå dette systemet er spredd på nettet slik at hvem som helst kan laste ned slike verktøy og omgå krypteringen. Av den grunn kreves det heller ikke noen særlig teknisk innsikt eller kunnskap for å omgå dette beskyttelsessystemet.

Konklusjonen retten kom til var at css ikke lenger er effektivt, på grunn av at dette beskyttelsessystemet ble omgått allerede i 1999. I tillegg til at beskyttelsessystemet for lengst var omgått anså ikke domstolen at de tiltaltes handlinger hadde kompromittert sikkerheten til systemet mer enn det det allerede var fra før. Dermed ble de tiltalte frikjent.

92 Helsingfors tingrätts dom 07/4535.

93 Faktum i denne saken er hentet fra artikkelen publisert i Lov&Data nr. 91 oktober 2007, Still, Viveca, sammen med Opinion 2007:09 Copyright Council i Finland.

Saken er meget spesiell da det er første gang i Europa at en sak omkring effektivitetskriteriet for vern av tekniske beskyttelsessystemer har kommet opp for enn rettssal.

Dommen har vært kritisert. Blant annet mener noen at domsbegrunnelsen er for kortfattet og det er vanskelig å lese ut av begrunnelsen hvilke omstendigheter dommeren har lagt vekt på⁹⁴.

Vurderingen rundt hvorvidt css er et effektivt teknisk beskyttelsessystemet, vil dreie seg om dette systemet oppfyller de kumulative vilkårene for vern av beskyttelsessystemer. Det som blir vurderingsmomentet da er hvorvidt css har blitt brutt i en såpass stor grad at dette ikke lenger oppfyller effektivitetskriteriet.

Dersom man vurderer effektivitet i forhold til kryptologi så er en kryptering effektiv dersom det tar såpass lang tid å knekke systemet at det vil være upraktisk å gjøre dette. Når vi da ser denne vurderingen i forhold til css, vil man se at med hjelp av den maskinkraften i datamaskiner som er allment tilgjengelig i samfunnet idag vil det ta forholdsvis kort tid å bryte css krypteringen⁹⁵. Fra et teknisk perspektiv kan man ikke kalle css for effektivt.

Effektivitet i loven er derimot vurdert ut fra synspunktet til en vanlig bruker uten spesiell kjennskap til kryptering eller programmering. Kravet som stilles til effektivitet er derfor adskillig lavere enn dersom man ser teknisk på det.

Det forekommer beviselig storstilt kopiering og tilgjengeliggjøring av filmer som har blitt kryptert ved hjelp av css. Dersom man ser på css på en stor skala hindrer ikke dette brudd på opphavsmannens rettigheter. Omgåelse av css krypteringen er utstrakt, dette taler sterkt imot at dette systemet skal regnes som effektivt.

94 Still, Viveca, Lov&Data nr. 91 oktober 2007.

95 Becker, Matthew, Desoky, Ahmed, Rome, Italy, December 2004.

Beskyttelsessystem skal derimot ikke måles på en slik skala. Det som skal vurderes er hvorvidt dette bidrar til at den enkelte bruker respekterer opphavsmannens rettigheter.

Av denne grunn er vurderingen som skal foretas om css til en viss grad kan bidra til at den enkelte bruker blir forhindret fra å handle i strid med opphavsmannens rettigheter.

Om det er mulig å omgå css dersom man ikke har særlige teknisk kyndighet eller ikke, er et spørsmål som krever empiriske undersøkelser. Det samme gjelder spørsmålet om omgåelsesverktøy til css er såpass dagligdagse at disse senker kravet til teknisk kyndighet til det nivået at systemet ikke lenger er effektivt. Dette er undersøkelser jeg ikke har tid eller mulighet til å foreta.

Det er allmenn kunnskap at alle filmer på dvd er solgt med en kopisperre, og at denne kopisperren er et symbol på at opphavsmannen ikke ønsker at hans verk skal bli kopiert eller tilgjengeliggjort på andre måter enn han har godkjent. Kunnskapen om at det å omgå css krypteringen er en handling som er forbudt ved lov er allment utbredt i samfunnet. Denne kunnskapen kan bidra til å forhindre at brukere aktivt går inn for å omgå systemet. Css fungerer derfor som en sperre som man kan si til en viss grad oppnår beskyttelsesmålet.

Under tvil kommer jeg til at css er et effektivt teknisk beskyttelsessystem. Denne tvilen er begrunnet i mangelen på empirisk data som vil fortelle om hvorvidt det faktisk krever noen høy grad av teknisk kyndighet for å omgå dette.

4. Befatning med omgåelsesverktøy

4.1 Generelt

Det er vanskelig å ha en drøftelse omkring vern av beskyttelsessystemer uten å behandle omgåelsesverktøy. Slike omgåelsesverktøy har en sentral posisjon innen vernet av beskyttelsessystemer. Omgåelsesverktøy vil ofte gjøre det slik at den tekniske kyndigheten nødvendig for å omgå et beskyttelsessystem reduseres. Resultatet dermed kan bli at et beskyttelsessystem ikke lenger oppfyller vilkåret om effektivitet. Derfor er det nødvendig å foreta en drøftelse omkring hva som er et omgåelsesverktøy.

Det er ikke et generelt forbud mot omgåelsesverktøy i Norge. Det er heller en rekke handlinger som er gjort straffbare dersom de gjøres i relasjon til et omgåelsesverktøy. En uttømmende liste over disse handlingene følger av åvl §53a annet ledd. Det er forbudt å selge leie ut eller på annen måte distribuere omgåelsesverktøy⁹⁶. Videre kan man ikke produsere eller innføre for distribusjon til allmennheten⁹⁷. Det er ikke tillatt å reklamere for salg eller utleie av omgåelsesverktøy⁹⁸, besittelse i ervervmessig formål rammes også⁹⁹, og til sist er det forbudt å tilby tjenester i tilknytning til omgåelsesverktøy¹⁰⁰. Disse handlingene er oppsummert av departementet som befatning med omgåelsesverktøy¹⁰¹.

Omgåelsesverktøy er redskaper som har den funksjonen at de kan omgå beskyttelsessystemer. Det er videre tre vilkår for at noe skal regnes som et omgåelsesverktøy. Disse er at verktøyet enten frembys med det formål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer, eller at dette kun har begrenset

96 Åvl §53a andre ledd bokstav a).

97 Åvl §53a andre ledd bokstav b).

98 Åvl §53a andre ledd bokstav c).

99 Åvl §53a andre ledd bokstav d).

100 Åvl §53a andre ledd bokstav e).

101 Ot.prp.nr46.2004-2005 s. 120.

ervervsmessig nytte en omgåelse, eller som i hovedsak er utviklet for å muliggjøre eller forenkle slik omgåelse.

De handlingene som er gjort forbudt er primært rettet mot handlinger i ervervsvirksomhet. Det vil si der en eller flere personer driver forretningsdrift rettet mot omgåelse av effektivt tekniske beskyttelsessystemer med den hensikt å få profitt på dette. Rent private handlinger vil ikke rammes av forbudet¹⁰².

Likevel dersom privatpersoner, som ikke handler i ervervsvirksomhet, produserer eller innfører omgåelsesverktøy for distribusjon til allmennheten vil også rammes av forbudet. I dette tilfellet har ikke en privatperson noe mer verneverdig hensikt enn en som gjør dette i ervervsvirksomhet. For at en privatperson skal straffes for produksjon eller innføring av et omgåelsesverktøy må dette skje i den hensikt å distribuere verktøyet til allmennheten¹⁰³. Rent private handlinger der en bruker enten produserer, innfører eller bare har i sin besittelse et omgåelsesverktøy beregnet kun for hans eget bruk er derimot ikke straffbart.

Videre i denne delen av oppgaven vil jeg først behandle hva er et verktøy, da hva som kjennetegner et verktøy, da hva er en innretning produkt og komponent, og den funksjonen dette skal ha før jeg tar for meg den siste gruppen vilkår.

4.2 Hva er et omgåelsesverktøy

Et omgåelsesverktøy er en «innretning, produkt, komponent», som enten er laget for det formål å omgå et effektivt teknisk beskyttelsessystem, eller som har det som en tilleggseffekt til det som er dets

¹⁰²Ibid s. 122.

¹⁰³Ibid. s. 157.

egentlige formål. Det er i tillegg et forbud mot tjenester som tilbys i tilknytning til slike verktøy. En slik tjeneste kan for eksempel være en person som driver et verksted som omgår beskyttelsessystem på oppdrag fra andre.

I dette kapitlet vil jeg fokusere på befatning med omgåelsesverktøy og ikke tjenester som tilbys i tilknytning til slike.

Et omgåelsesverktøy er et verktøy som brukes for å fjerne den sperren rettighetshaver har satt opp for å begrense adgangen til verket. Når adgangen er begrenset vil dette bidra til å forhindre brukeren fra å fremstille eksemplarer eller tilgjengeliggjøre verket til allmennheten. Når da denne sperren er borte er det mulig for brukeren å krenke opphavsmannens rettigheter.

Hva er en omgåelse etter åvl §53a

For å vurdere hva som er et omgåelsesverktøy så er det nødvendig å se hva er en omgåelse. Det er for å se hva som å regne som omgåelsesverktøy. Omgåelsesverktøy er i likhet med beskyttelsessystemer i stor grad definert av den funksjonen det skal ha. Det som skal være funksjonen for et omgåelsesverktøy er at dette skal kunne omgå et effektivt teknisk beskyttelsessystem. For å se rekkevidden forbudet mot befatning med omgåelsesverktøy er det nødvendig å sette grensen for hva som er et omgåelsesverktøy.

Den naturlige språklige forståelsen av omgåelse er at dette er å komme seg rundt en hindring på en måte som ikke er tiltenkt, det i motsetning til der en person får adgang gjennom den tiltenkte inngangen. For å illustrere kan denne forskjellen sammenlignes med et tilfelle der en person anvender nøkkelen sin låser opp døren og får adgang, i motsetning til der en person knuser vinduet ved siden av døren og klatrer inn gjennom dette vinduet.

Det er ikke snakk om en omgåelse dersom man leser av eller får adgang til verket på den måten som er

tiltenkt av rettighetshaver. For eksempel musikkfiler med beskyttelsessystem kjøpt gjennom Istore er kryptert slik at de kun skal kunne fremføres av i programmet Itunes. Grunnen til at det ikke er en omgåelse etter loven er fordi brukeren anvender den «nøkkelen» han har fått, og får adgang ved bruk av denne. Dermed er ikke beskyttelsessystemet omgått, men åpnet.

For da se hva er en omgåelse for et system basert på adgangskontroll, så vil dette være omgått med en gang brukeren har fått adgang til verket uten å benytte seg av den metoden satt av rettighetshaver. Eksempler på slik adgang kan være der brukeren benytter seg av en stjålen kode, eller bruker et hackerverktøy eller lignende og får adgang på den måten.

Kopisperrer fungerer slik at dette skal være en barriere mellom brukeren og åndsverket på en slik måte at det ikke skal være mulig for brukeren å fremstille eksemplarer av dette verket. Et slikt beskyttelsessystem vil være omgått dersom brukeren handler slik at verket blir presentert i en form som lar seg kopiere. Når verket lar seg kopiere så vil ikke lenger beskyttelsessystemet kunne forhindre urettmessig eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring av verket.

I de tilfeller der det er snakk om en kopisperre som fungerer slik at nøkkelen for å åpne beskyttelsessystemet ligger i avspillingsverktøyet, så kan man stille spørsmålet om det er å regne som en straffbar omgåelse dersom brukeren anvender et avspillingsverktøy som ikke har blitt godkjent av rettighetshaveren. Systemer som fungerer slik er for eksempel css, og beskyttelsessystemet som legges på de fleste sangene solgt gjennom Itunes. Denne drøftelsen er primært knyttet til privatpersoners tilegnelse av verket, da grunnet i at for andre brukere er det en videre adgang for omgåelse etter åvl §53b.

Departementet uttaler i odelstingsproposisjonen¹⁰⁴ at i slike tilfeller der man har en et beskyttelsessystem som fungerer slik, så er avspillingsutstyret omfattet av forbudet mot omgåelse. Det

104Ot.prp.nr.46.(2004-2005), s. 116.

vil si at dersom en person henter ut krypteringsnøkkelen fra avspillingsutstyret så er dette likestilt med å omgå beskyttelsessystemet på verket. Dette vernet av avspillingsutstyret vil likevel ikke strekke seg så langt at det medfører et forbud mot ethvert annet avspillingsutstyr som kan spille av verket.

Denne problemstillingen har vært spesielt gjeldende for brukere som benytter seg av operativsystemet Linux og som har ønsket å se filmer beskyttet av css krypteringen på sin datamaskin. Det var fordi det ikke har vært noen avspillingsprogrammer til Linux lisensiert av dvd-cca. Dette var og en av anførselene til Jon Johansen da han deltok i produksjonen av Decss, at dette programmet ble laget i den hensikt å muliggjøre et senere avspillingsprogram for dvdfilmer til Linux.

Det har nå i den senere tid kommet avspillingsprogrammer til Linux som er lisensiert av dvd-cca¹⁰⁵. Likevel er problemstillingen aktuell så lenge folk benytter seg av avspillingsprogrammer som ikke er godkjent av rettighetshaverene.

Der brukeren anvender et ikke godkjent avspillingsredskap er det strengt talt en omgåelse, selv om dette andre avspillingsredskapet har samme funksjon som avspillingsredskapet rettighetshaver har godkjent. Innenfor den naturlige forståelsen av omgåelse er som sagt at brukeren får tilgang på en måte som ikke er tiltenkt, i slike tilfeller skaffer brukeren seg adgang til verket ved hjelp av en nøkkel han ikke har fått av opphavsmannen. Et eksempel på et slikt avspillingsredskap kan for eksempel være et avspillingsprogram for dvdfilmer som ikke er lisensiert fra dvd-cca, men heller har hentet kodene fra en annen kilde, for eksempel fra arbeidet gjort av Jon Johansen og hans program Decss.

Dersom brukers tilegnelse av et verk på et avspillingsredskap som ikke er godkjent av opphavsmannen skal regnes som en omgåelse, vil dette være et skritt i retning å gi adgangsrett som en eksklusiv rettighet hos opphavsmannen. Det vil si at opphavsmannen fullt ut kan bestemme under hvilke omstendigheter og med hvilke utstyr det er mulig for brukeren å tilegne seg verket, kun i kraft av hans

¹⁰⁵Et slikt er tilgjengelig på <http://www.turbolinux.com/products/desktop/fuji.html>.

posisjon som rettighetshaver til verket.

Alternative skal omgåelse av slike beskyttelsessystemer være likt som for andre kopisperrer slik jeg la det frem ovenfor.

Et beskyttelsessystem er bundet av de funksjonene det er satt for å verne om. Det vil si at det skal verne om retten til eksemplarfremstilling og retten til å distribuere verket til allmennheten. Dermed når brukeren tilegner seg verket på en måte opphavsmannen ikke har godkjent så er ikke dette et brudd på opphavsretten. Når brukeren har kjøpt verket er det opp til han selv å bestemme hvorledes han ønsker å tilegne seg verket. Rettighetshaver kan ikke alene i kraft av at han har opphavsretten til verket bestemme omstendigheten rundt hvordan eller når brukeren skal tilegne seg dette verket. En slik begrensning må i så fall gjøres ved avtale jfr min drøftelse nedenfor i kapittel 5.1.

I henhold til åvl §53a tredje ledd, andre setning, så skal ikke et beskyttelsessystem stå i veien for at brukeren skal kunne tilegne seg verket på relevant avspillingsutstyr. Dersom da dette avspillingsverktøyet brukt er å regnes som relevant for et verk av denne typen så skal ikke beskyttelsessystemet stå i veien for dette. For å se om dette er relevant så vil det være en konkret vurdering for det enkelte avspillingsutstyret. Dersom det er snakk om et avspillingsutstyr med akkurat de samme funksjonene som det opphavsmannen har godkjent, så taler det for at det er snakk om et relevant avspillingsutstyr og det vil ikke være straffbart for brukeren å anvende dette.

Derfor vil det at brukeren anvender et avspillingsverktøy som ikke har blitt godkjent av rettighetshaver ikke utgjøre en straffbar omgåelse etter åvl §53a. Forutsatt at avspillingsverktøyet anvendt faller inn under det som er å regne som et relevant avspillingsutstyr jfr åvl §53a tredje ledd andre setning.

Hva er et verktøy etter åvl §53a

Omgåelsesverktøy beskrives i åvl §53a som innretning, produkt eller komponent. Videre er det tre alternative vilkår som et av dem må oppfylles for at noe skal være et omgåelsesverktøy. Det første vilkåret er at verktøyet har som formål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer, eller et omgåelsesverktøy som har en begrenset ervervmessig nytte enn omgåelse. Siste vilkåret er dersom verktøyet er utviklet for å muliggjøre eller forenkle omgåelse.

De eksemplene som trekkes frem i forarbeidene er «program eller maskinvare som skal installeres for å muliggjøre omgåelse av kopisperrede verk, eller tjenester som innebærer hjelp til slik installering»¹⁰⁶. Dersom man ser på innretninger slik det er brukt i denne sammenheng er det klart at både produkter og komponenter inngår i hva som skal regnes som innretninger, likevel er produkter og komponenter tatt med i bestemmelsen for å illustrere og klargjøre omfanget av denne.

En innretning, et produkt eller en komponent er meget vide betegnelser som vil omfatte det meste av både fysiske gjenstander og dataprogrammer. Det som vil være det avgjørende momentet for å se hva som vil regne som slike er den funksjonen de har.

Et verktøy er gjenstand eller et program som er laget for et spesielt formål. Dette gjelder og for omgåelsesverktøy, disse er laget for å omgå beskyttelsessystemer. Det er en nær forbindelse mellom vernet av beskyttelsessystemet og forbudet mot omgåelsesverktøy. Det vil si at det er kun befatning med verktøy rettet mot de systemene som oppfyller kravene etter åvl §53a som blir gjort straffbare. Sagt med andre ord dersom et system ikke er vernet er det heller ikke et forbud mot handlinger i tilknytning til omgåelsesverktøy rettet mot systemet. Denne sammenhengen behandler jeg nærmere nedenfor.

Det stilles et krav til funksjonen til verktøyet for at dette skal regnes som et omgåelsesverktøy. Denne funksjonen er at det skal kunne omgå et beskyttelsessystem. Da for en system basert på adgangskontroll

¹⁰⁶Ot.prp.nr46.2004-2005 s 121.

så skal et omgåelsesverktøy for dette muliggjøre at adgang til verket, mens for en kopsisperre så skal omgåelsesverktøyet presentere verket i en form som lar seg kopiere. Disse funksjonene er det grunnleggende kravet for at handlinger etter §53a andre ledd bokstav a) til e) skal bli rammet av forbudet.

Et klart eksempel på et omgåelsesverktøy er programmet De-css. Dette er programmet som Jon Johansen var med å lage på slutten av 90 tallet. De-css er laget for å omgå beskyttelsessystemet css, det har ingen annen ervervsmessig nytte. En av grunnene til at dette programmet var særlig problematisk var på grunn av brukergrensesnittet, dette var ganske enkelt slik at det var mulig for folk uten god teknisk kyndighet å omgå systemet. I saken mot Jon Johansen hevdet han at dette programmet ikke var skrevet primært i den hensikt å omgå css, men som et ledd i prosessen å lage en dvd-spiller til operativsystemet Linux. Hvorfor han da laget programmet til Windows blir et annet spørsmål. Likevel De-css har ikke blitt vurdert i en domstol om dette er å regne som et omgåelsesverktøy i og med at saken sto før vernet av beskyttelsessystemer ble innført i norsk lov og Jon Johansen ble da kun vurdert etter den alminnelige medvirkningslæren.

Et spørsmål som kan stilles er rekkevidden av komponent. En komponent er en del av en helhet. En komponent i henhold til åvl §53a annet ledd er da en del som muliggjør omgåelse dersom dette integreres i en større helhet. For eksempel en microchip som plasseres i et avspillingsverktøy og da muliggjør kopiering av åndsverk som er pålagt et beskyttelsessystem. Et spørsmål da er om handlinger knyttet til deler av et omgåelsesverktøy rammes av forbudet. En slik del av et omgåelsesverktøy kan for eksempel være en kode til et beskyttelsessystem som potensielt kan brukes som en del av et omgåelsesverktøy. I tillegg dersom en slik kode frembys med det budskap at dette kan benyttes slik at et omgåelsesverktøy kan utvikles ved hjelp av dette.

En slik problemstilling oppsto i april 2007 da flere nettsteder publiserte ett 128-bits nummer representert i en heksidesimal tallrekke. Dette nummeret var en spillernøkkel til krypteringen på de nye

formatene for filmer. Disse nye filmformatene er kjent som hd-dvd og blue-ray¹⁰⁷. En spillernøkkel er en nøkkel anvendt for å verifisere at avspillingsverktøyet brukt er korrekt i den relasjon at dette er godkjent av opphavsmannen.

«Motion Picture Association of America», eller MPAA og «Advanced Access Content System Licensing Administrator», eller AACSLA hevdet at dette tallet var ulovlig å spre i henhold til den amerikanske «Digital millennium copyright act». Grunnen til det var fordi denne tallrekken var et omgåelsesverktøy. De sendte derfor ut advarsler til flere nettsteder og krevde at tallrekken ble fjernet fra sidene deres. Dette kravet møtte en massiv motstand og denne tallrekken ble spredd i et større omfang enn noengang tidligere.

Hvorvidt en person som distribuerer denne tallrekken i USA vil kunne få et erstatningskrav rettet mot seg eller risikere straff for denne handlingen akter jeg ikke spekulere i, men jeg vil se på om en slik tallrekke vil være et omgåelsesverktøy i henhold til norsk lov, og dermed om befatning med dette tallet kan være straffbart.

Dersom man for eksempel ser på situasjonen der en person legger dette tallet ut på en nettside fulgt av en beskrivelse av hva det er og hvordan dette kan benyttes for å omgå et effektivt teknisk beskyttelsessystem. Da er dette strengt talt en distribuering av en komponent som frembys med det formål å omgå et beskyttelsessystem. Som jeg kommer til nedenfor vil dette tilsi at denne handlingen er straffbar men bare såfremt det siste vilkåret er oppfylt.

Det kan være problematisk å forby noen å skrive et tall. Grunnen til denne problematikken er hensyn til ytringsfrihet. Det vil kunne få store konsekvenser for samfunnet dersom det kan bli straffbart å skrive et tall på en internettside. Derfor må det vurderes hvorvidt det kan aksepteres en begrensning i forhold til ytringsfriheten når folk skal nektes å kunne kommunisere denne tallrekken til andre.

¹⁰⁷http://en.wikipedia.org/wiki/AACS_encryption_key_controversy.

Det som er vilkåret for å kunne sette begrensninger på ytringsfriheten er etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen¹⁰⁸ art 10 andre ledd at dette skal være fastsatt ved lov og er nødvendig i et demokratisk samfunn. Derfor for at det skal være adgang til å forby noen komme med en ytring så skal det være et fastsatt rettslig grunnlag for dette forbudet. I det eksempelet jeg nevner ovenfor er det et slikt rettslig grunnlag for å nekte noen å komme med denne ytringen. Det vil stride imot åvl §53a. Man må også vurdere hensikten bak den ytringen som skal vurderes. I dette tilfellet er det ikke noe verneverdig interesse bak den ytringen av denne tallrekken dersom dette er gjort ene og alene med det formål å omgå et beskyttelsessystem.

Det vil ikke være mulig å gjøre enhver befatning med dette tallet straffbart. I det tilfellet vil man begynne å gå over grensen til ytringsfriheten. Som en heksidesimal tallrekke vil dette tallet potensielt dukke opp mange sammenhenger, både innen programmering og matematikk. Det vil være urimelig dersom man skal forby salg av et program med en algoritme som produserer denne tallrekken, kun fordi den tilfeldigvis tidligere har blitt spredd som en kode til et beskyttelsessystem. Det vil å være urimelig å forby noen å snakke om en matematisk ligning som produserer et slikt tall.

Det vi kan se av dette er at det vil være straffbart å distribuere en slik tallrekke dersom det frembys i den hensikt å omgå et beskyttelsessystem, men det vil ikke være straffbart med annen befatning selv om denne tallrekken har oppstått på et tidspunkt da det var utviklet i den hensikt å omgå eller forenkle omgåelse av et beskyttelsessystem.

108Lov av 21. mai 1999 Nr. 30.

4.3 De tre alternative vilkårene

Jeg vil nå gå igjennom de tre siste vilkårene for om en handling i relasjon til et omgåelsesverktøy vil være straffbar. Disse vilkårene stiller krav både til funksjonen verktøyet skal ha og hensikten bak de straffbare handlingene.

Hvilke redskaper som omfattes av de tre forskjellige vilkårene er i stor grad overlappende, for eksempel dersom vi ser på De-css. Dette er et dataprogram som har blitt utviklet med det formål å omgå et beskyttelsessystem, det har begrenset ervervsmessig nytte foruten omgåelse, og dette programmet frembys med det formål å omgå beskyttelsessystemer. Det vil likevel være tilfeller der kun ett eller to av vilkårene er oppfylt.

Frembys i det formål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystem

Et slikt tilfellet der man har et omgåelsesverktøy som kun oppfyller dette vilkåret beskrev jeg ovenfor da jeg tok for meg tallrekken som var en spillernøkkel til hd-dvd og blue-ray. Dermed kan man ha tilfeller der man har redskaper som er å regne som omgåelsesverktøy dersom de frembys som slike. Det vil være fullt ut lovlig å gjøre alle de handlinger nevnt i åvl §53a andre ledd med slike verktøy såfremt formålet ikke er omgåelse.

Det at slike handlinger er lovlige forutsetter da selvfølgelig at dette redskapet da ikke oppfyller et av de andre to vilkårene slik at det likevel er et omgåelsesverktøy. Dersom redskapet likevel er et omgåelsesverktøy vil det være straffbart å ha befatning med dette uavhengig av formålet.

Et spørsmål som kan stilles er hva skjer i det tilfellet der noen har handlet slik at et redskap som normalt ikke vil være å regne som et omgåelsesverktøy, blir å regne som et fordi redskapet har blitt frembydd i det formål å omgå et beskyttelsessystem. Vil da dette redskapet da være å regne som et omgåelsesverktøy i ettertid slik at handlinger etter åvl §53a annet ledd vil være straffbare dersom de

gjøres i relasjon til dette redskapet, eller vil det igjen være lovlig med slike handlinger dersom formålet endrer seg fra omgåelse til noe annet.

Den situasjonen jeg beskriver her er der man har et redskap som kan omgå et beskyttelsessystem, men det har annen ervervmessig nytte og var i utgangspunktet ikke laget i den hensikt å omgå eller forenkle omgåelsen av beskyttelsessystemer. Redskapet blir deretter markedsført og solgt som et omgåelsesverktøy. Vil da dette kun ramme selve markedsføringen, med det resultat at han som frembyr redskapet må slutte å markedsføre på denne måten, eller vil det være et totalforbud mot redskapet slik at dette ikke lenger kan omsettes uavhengig av hvordan dette frembys.

For å ta et hypotetisk eksempel; forutsetter jeg at beskyttelsessystemet på en musikkcd som kan omgås med et tusjestrøk var vernet etter loven. Om da en person begynner selge «omgåelsestusjer», og markedsfører denne tusjen med beskjeden om at denne kan brukes til å skrive over beskyttelsessystemet og med det omgå systemet. I det tilfellet ville slike tusjer være å regne som omgåelsesverktøy fordi disse blir frembydd i det formål å omgå et beskyttelsessystem. Normalt vil ikke en tusj være å regne som et omgåelsesverktøy fordi den har annen ervervmessig nytte foruten omgåelse og den er heller ikke i hovedsak utviklet for å muliggjøre eller forenkle slik omgåelse.

Det ville vært svært uheldig dersom en slik episode ville resultert i at det ville vært straffbart å selge, leie ut eller på annen måte distribuere, osv, et så allment praktisk redskap som det en tusj er. En slik handling der et redskap blir frembydd som et omgåelsesverktøy vil til dels fremheve den egenskapen redskapet har til å omgå beskyttelsessystemer. Det vil likevel være urimelig om en slik hendelse ville resultert i et forbud mot befatning med normalt harmløse redskaper.

Også dersom man ser på tallrekken jeg drøftet ovenfor så vil man se at det ville rammet altfor hardt å begynne å straffe alle som har befatning med dette tallet eller lignende tall der formålet ikke har vært omgåelse.

Dersom befatning er straffbart det også gå utover de ikke lovstridige funksjonene av redskapet. Dersom redskapet som blir markedsført som et omgåelsesverktøy faktisk er et slikt så har ikke den som andre interessenter i dette redskapet noen verneverdig interesse i fortsatt salg av dette omgåelsesverktøy. Det blir annerledes dersom redskapet ikke er et omgåelsesverktøy. I det sistnevnte tilfellet så vil normalt det produktet som selges ikke være problematisk i forhold til denne bestemmelsen og befatning med dette burde ikke være straffbart. Det stemmer også godt overens med den uttalte hensikten til opphavsrettsdirektivet at innføringen av direktivet ikke skal stå i veien for teknologisk utvikling¹⁰⁹.

Begrenset ervervsmessig nytte

Et av vilkårene for å at et redskap skal regnes som et omgåelsesverktøy er om dette har begrenset ervervsmessig nytte sett i forhold til det at det kan omgå beskyttelsessystemer.

Ervervsmessig nytte setter en grense for hvilke funksjoner et dette må ha før befatning med dette er straffbart. Dersom et redskap ervervsmessig nytte for annet enn omgåelse vil det tilsi at redskapet skal ha en ervervsmessig nytte som produsenten kan selge produktet på foruten omgåelse. Denne andre funksjonen skal også være av et visst omfang i forhold til omgåelsesfunksjonen.

Når man skal vurdere hvorvidt noe er et omgåelsesverktøy når dette har andre funksjoner enn kun omgåelse så skal man foreta en konkret vurdering av hva som er hovedhensikten i redskapet. Dersom man etter denne konkrete vurderingen finner ut at omgåelse er den sentrale funksjonen så vil dette rammes av loven¹¹⁰. Det som her menes med den sentrale funksjonen er i hvor stor grad redskapet har andre funksjoner som ikke er lovstridige. En ikke lovstridig funksjon kan for eksempel være at redskapet spiller av et lovlig kjøpt verk. Dersom denne også i tillegg omgår beskyttelsessystemet så må man vurdere hvilken av disse to funksjonene som er den sentrale. Dersom omgåelse av

¹⁰⁹Directive 29/2001/EC preamble nr. 48.

¹¹⁰Ot.prp.nr46 (2004-2005) s. 122.

beskyttelsessystemet ikke er en nødvendig forutsetning for å spille av verket vil dette tale sterkt for at redskapet er et omgåelsesverktøy.

Et annet moment for å vurdere ervervsmessig nytte er alternativene man kan velge mellom. Det jeg mener da er å se om omgåelse er nødvendig for produktet. Dersom det finnes mange andre produkter som er mer eller mindre like, men bare et av disse muliggjør omgåelse av beskyttelsessystemer, taler det for at dette produktet er et omgåelsesverktøy. Dersom omgåelsen er en forutsetning for den funksjonen som er sentral for produktet, for eksempel at det ikke er mulig å lese av verket uten å omgå beskyttelsessystemet så vil det tale imot at et avspillingsverktøy er et omgåelsesverktøy.

En lignende vurdering som det som skal foretas i her ble gjort i en sak som sto for den amerikanske høyesterett. Denne saken sto mellom Sony og Universal city studios¹¹¹. Her var det Universal city studios som gikk til sak mot Sony corporation america for å stoppe Sonys produksjon og salg av beta-max spillere. Universal gikk til sak var fordi de anså Sony sin beta-max var et apparat som kunne brukes til fremstilling av eksemplarer av deres opphavsrettslige beskyttede verk. Universal mente derfor at produksjon og salg beta-max spillere måtte forbys. I tillegg til dette måtte Sony stå til ansvar som medvirker til brudd på Universals rettigheter som brukere av beta-max maskinene sto for. Domstolen fant det sannsynlig at det hadde blitt fremstilt eksemplarer av var diverse fjernsynsprogram, både underholdning, nyheter og sportssendinger samt spillefilmer vist på fjernsyn.

Denne dommen ble avsagt før det var satt et vern om tekniske beskyttelsessystemer, men det sentrale elementet i saken var hvorvidt et produkt, i dette tilfellet Sony sin beta-max, hadde som primær funksjon å kopiere verk i strid med opphavsmannens rett. Det domstolen vurderte var om dette produktet hadde en annen ervervsmessig nytte.

Domstolen fant bevist at det beta-max spille primært ble brukt til var såkalt «time-shifting». Det vil si

¹¹¹Dom avsagt i den amerikanske høyesterett 17.01.1984.

at slike spillere muliggjorde kopiering fra fjernsynsprogram slik at brukeren kunne se programmet på et senere tidspunkt. Domstolen fant at dette gikk under det generelle unntaket til opphavsretten kjent som «fair use», og dermed ikke lovstridig. I dette så hadde produktet et bruksområde som ikke var i strid med opphavsmannens rettigheter og dermed ikke lovstridig.

«Fair use» var en domstolsskapt rettslig sedvane i USA frem til denne ble kodifisert i «Copyright Act» i 1976¹¹². «Fair use» er et svært omfangsrikt unntak fra opphavsmannens eksklusive rettigheter, det som omfattes er i stor grad alle de unntak som finnes i europeisk opphavsrett samlet i en betegnelse¹¹³.

I dommen ble det og satt opp en modell for produkter der disse dersom de hadde et forretningsmessig bruksområde som ikke var i strid med de rettigheter reservert for opphavsmannen så er slike produkter lovlige.

Vilkåret begrenset ervervsmessig nytte er snevrere enn vilkåret stilt opp i denne dommen. Fordi at etter denne bestemmelsen så er det ikke nok at produktet har en annen ervervsmessig nytte slik det var i Sony dommen, i tillegg stilles det etter denne bestemmelsen at denne ervervsmessige nytten skal være av et visst omfang.

Dersom man skal tolke dette forbudet veldig strengt så vil dette kunne ramme urimelig bredt ut over gjenstander som selges og brukes i samfunnet. Hvis man for eksempel ser på den personlige datamaskinen så er dette uten tvil den innretningen som i flest tilfeller blir brukt til produksjon og bruk av omgåelsesverktøy. Det vil da være omgåelsesverktøy i form av dataprogrammer som kan legges inn på datamaskinen slik som for eksempel De-css. Det ville likevel vært helt urimelig å forby samfunnet bruken av datamaskiner ene og alene fordi dette potensielt kan brukes til å omgå beskyttelsessystemer på opphavsrettslige beskyttede verk det er helt klart at en datamaskinen har annen ervervsmessig nytte enn omgåelse.

112Hoffman, Gretchen McCord, Neal-Schuman publishers, Inc. 2001.

113Intellectual property and the national information infrastructure, The report of the working group on intellectual property rights, Washinton DC, 1995, s.73.

I Universal v. Sony dommen ble det og uttalt at det finnes mange produkter i samfunnet som potensielt kan brukes på måter som vil krenke opphavsmannens eksklusive rettigheter. Et eksempel som ble trukket frem var fotokopimaskiner. Det er uten tvil at en fotokopimaskin kan brukes til å fremstille eksemplarer av et verk i strid med opphavsretten, men en slik maskin har også mange bruksområder som ikke vil være i strid med opphavsmannens rettigheter. Det vil være uheldig dersom man skal begynne å gjøre befatning med allment praktiske og tidvis nødvendige redskaper straffbart fordi denne redskapen kan omgå et beskyttelsessystem.

Et interessant aspekt av denne saken mellom Universal og Sony er at etter at den ble avsagt så fant filmindustrien det største markedet det noensinne hadde hatt i salg og utleie av filmer til hjemmevisning på nettopp den typen maskin Universal city studios gikk til sak for å stoppe produksjon og salg av.

Grunnen til at denne dommen får en viss grad av relevans i norsk rett, er av hensyn til regelharmonisering. Den vil ikke ha en direkte innvirkning i form av en rettskildefaktor, men tjener som en illustrasjon i forhold til den vurderingen som skal gjøres når man vurderer den ervervsmessige nytten til et potensielt omgåelsesverktøy.

Hovedsak er utviklet i den hensikt å omgå et effektivt teknisk beskyttelsessystem

Dette vilkåret henger nært sammen med det foregående vilkåret. Grunnen til denne nære tilknytningen er det at selv om det finnes omgåelsesverktøy med en begrenset ervervsmessig nytte foruten omgåelse som ikke var laget i den hensikt, eller omgåelsesverktøy som har annen ervervsmessig nytte man var laget i den hensikt å omgå beskyttelsessystemer, så vil nok majoriteten av omgåelsesverktøy oppfylle begge disse vilkårene. Det vil si at dersom et produkt har en begrenset ervervsmessig nytte foruten omgåelse så vil det ofte være laget i den hensikt å omgå beskyttelsessystem, og motsatt verktøy laget i

denne hensikten vil ha en begrenset ervervmessig nytte foruten denne omgåelsen.

Det man ser da er at selv om et omgåelsesverktøy har annen ervervmessig nytte så kan det fortsatt være at dette skal regnes som et omgåelsesverktøy dersom dette er laget i den hensikt å omgå beskyttelsessystemer.

4.4 Omgåelsesverktøyets forhold til beskyttelsessystemet

Forholdet mellom beskyttelsessystemene og omgåelsesverktøyene er meget nært, men et spørsmål som må stilles er hvorvidt det er mulig å verne om et beskyttelsessystem der man ikke kan opprettholde et forbud mot omgåelsesverktøyene?

Som jeg har sagt tidligere så kreves det for at et beskyttelsessystem skal regnes som effektivt at det skal en viss teknisk kyndighet til for å omgå systemet. Det som gjør omgåelsesverktøy spesielle er at omgåelsesverktøyet gjerne reduserer vanskeligheten for å omgå et beskyttelsessystem slik at også brukere uten en slik teknisk kyndighet kan omgå beskyttelsessystemet. Selv om et beskyttelsessystem derfor er blitt omgått og kunnskapen om hvordan dette systemet kan bli omgått har blitt spredd i samfunnet, så kan systemet fortsatt være effektivt dersom det er mulig å opprettholde forbudet mot omgåelsesverktøy. Det som må vurderes da er hvorvidt et beskyttelsessystem fortsatt er effektivt dersom befatning med omgåelsesverktøy ikke kan forbys.

Stort sett kan en slik situasjon der man ikke kan forby befatning med omgåelsesverktøy oppsto i to tilfeller, enten der det overhodet ikke er et omgåelsesverktøy beregnet på beskyttelsessystemet, eller der det verktøyet som trengs for å omgå systemet er av en slik karakter at befatning med dette ikke vil være straffbart.

Etter forarbeidene til loven er det sagt at det ikke kreves at beskyttelsessystemene er en absolutt

hindring men det skal bidra til at funksjonen blir oppfylt¹¹⁴. Det følger også innen definisjonen av hva som skal regnes som effektivt at det skal kreves en viss teknisk kyndighet for å omgå beskyttelsessystemet for at dette skal regnes som effektivt¹¹⁵.

I det første tilfellet der det er mulig for brukere med alminnelig kunnskap om datamaskiner å omgå et beskyttelsessystem uten hjelp av et omgåelsesverktøy taler dette for at beskyttelsessystemet ikke i det hele tatt bidrar til at funksjonen blir oppnådd, og dermed ikke er effektivt. Et eksempel på der det ikke kreves et omgåelsesverktøy, er der brukeren ved noen få tastetrykk på datamaskinen kan omgå beskyttelsessystemet¹¹⁶.

Poenget her er at i de tilfellene brukeren ikke trenger et omgåelsesverktøy for å omgå et beskyttelsessystem, så må man begynne å revurdere hvorvidt dette systemet er effektivt. Dersom det i tillegg til at det ikke er behov for et omgåelsesverktøy, er slik at det ikke kreves en spesiell teknisk kyndighet for å omgå systemet så kan ikke dette beskyttelsessystemet lenger kalles effektivt.

Det andre tilfellet kompliserer også i forhold til effektivitetskriteriet. Dersom det ikke er et forbud mot befatning med verktøy som kan omgå beskyttelsessystemet så er det og vanskelig å hevde at dette systemet bidrar til å oppfylle den funksjonen det er satt til. Dersom det redskapet som omgår beskyttelsessystemet er en vanlig dagligdags gjenstand, eller et helt alminnelig dataprogram som en stor gruppe av brukerne har tilgang til. I tillegg dersom disse brukerne har den nødvendige kunnskapen til å bruke gjenstanden eller programmet for å omgå beskyttelsessystemet, så vil dette tale for at dette systemet ikke bidrar til at funksjonen oppfylles og dermed ikke oppfyller effektivitetskriteriet.

Et eksempel på et system der man har et omgåelsesverktøy som ikke kan forbys er det som bringes frem i odelstingsproposisjonen med musikk cden med beskyttelsessystemet som kunne omgås med et

114Ot.prp.nr46.2004-2005 s. 156.

115Inst.o.nr.103.2004-2005 s. 37.

116Ot.prp.nr46.2004-2005, s. 116.

tusjestrøk på platen, dette eksempelet blir igjen hypotetisk da systemet jeg nå omtaler ikke vernet i åvl §53a. I dette tilfellet er det redskapet brukeren benytter seg av et såpass vanlig og dagligdags objekt at befatning med dette ikke normalt kan forbys. Han trenger heller ikke teknisk kyndighet for å omgå dette med en gang etter at han har fått vite hvordan dette skal gjøres. Det er i dette tilfellet ikke noe omgåelsesverktøy å forby. En tusj vil normalt ikke regnes som et omgåelsesverktøy selv om det brukes med samme effekten. At det ikke er mulig å forby omgåelsesverktøyet og at det ikke kreves teknisk kyndighet for å omgå dette systemet er grunnen til at systemet ikke er vernet.

Vurderingen av hvorvidt slike redskaper skal regnes som omgåelsesverktøy vil være dersom systemet redskapet omgår ikke er vernet etter loven, vil heller ikke redskapet laget for omgåelse av dette systemet omfattes av denne bestemmelsen.

5 Virkningen av at et åndsverk er belagt med et teknisk beskyttelsessystem?

Det er opp til opphavsmannen eller en han gitt tillatelse til å legge et beskyttelsessystem på et åndsverk. Et spørsmål her vil bli hvilken innvirkning har det at et verk er pålagt et beskyttelsessystemet. Hvordan endrer mulighetene seg for brukeren til å tilegne seg eller bruke verket når rettighetshaver velger å benytte seg av sin adgang til å legge et beskyttelsessystem på sitt verk.

5.1 Er det å pålegge verket et beskyttelsessystem å regne som et avtaleforbehold

Jeg vil først vurderer hva opphavsmannen ønsker å oppnå med at han benytter seg av et beskyttelsessystem. Det er for å sikre at hans rettigheter blir vernet om i en større grad enn det vanlige lovfestede vernet. Da kan man vurdere hvorvidt et beskyttelsessystem kan regnes som et

avtaleforbehold fra opphavsmannens side. I et slikt avtaleforbehold vil han reservere mot uønskede handlinger knyttet til eksemplarer av verket. For eksempel at han ikke ønsker at brukeren skal kunne kopiere verket jfr åvl §12.

For at dette skal kunne sees på som et avtaleforbehold så må dette oppfylle kravene til et dispositivt utsagn. Dispositive utsagn kjennetegnes ved at disse er klare, endelige og uttømmende¹¹⁷. Det vil si det skal komme klart frem for den som kjøper et eksemplar av verket først og fremst at dette eksemplaret er pålagt et beskyttelsessystem. Videre skal det klart komme frem hvilke handlinger opphavsmannen reserverer seg ovenfor. Dersom dette er oppfylt så kan det å pålegge et verk med et beskyttelsessystem regnes som et dispositivt utsagn fra rettighetshaveren som vil være bindende for den som kjøper et eksemplaret av verket. Dersom da brukeren handler imot denne avtalen vil resultatet av dette være avtalebrudd.

Hvordan kan da de forbeholdene rettighetshaveren tar kommuniserer til den potensielle kjøperen. Dette må da gjøres med tydelige markeringer slik at kjøperen kan bli gjort klar over innholdet av forbeholdet. Dersom det ikke blir gjort en markering i relasjon til at verket er pålagt et beskyttelsessystem så kan ikke det ikke sies at det har vært en avtale mellom rettighetshaveren og kjøperen fordi sistnevnte ikke har mottatt og akseptert avtalevilkårene satt av rettighetshaveren.

Da kan man spørre hva som egentlig er utsagnet, er dette beskyttelsessystemet som ligger på verket eller markeringen der rettighetshaver informerer om hvilke reservasjoner han har tatt i verket?

Det den potensielle avtalemotparten møter først er markeringene, slik at det er disse som informerer han om hva avtalen går ut på. Derfor er det nærmere å anta at det er markeringene som er det dispositive utsagnet fra rettighetshaveren, enn at verket er pålagt et beskyttelsessystem skal regnes som utsagnet.

¹¹⁷Hov, Jo, Papinian, Oslo, 2002, s. 65 følgende.

I forhold til hva som er å regne som et avtaleforbehold ved kjøp av et åndsverk ble vurdert i dvd-Jon dommen.

Saken i dvd-Jon dommen gjaldt Jon Johansen som var med i en gruppe som omgikk beskyttelsessystemet på filmer solgt på dvd. Det ble anført fra påtalemyndighetene at adgangen til data i denne saken var urettmessig fordi det var tatt forbehold fra rettighetshavers side at det var forbudt å kopiere filmen. Lagmannsretten så dette slik at dette ville være et brudd mot åvl §12.

I dvd-Jon dommen er sier lagmannsretten¹¹⁸ at det ikke er adgang for rettighetshaveren til å beskjære de rettigheter bruker har etter åndsverksloven gjennom ensidig forbehold. Dersom dette blir gjort skal et slikt ensidig forbehold kjennes ugyldig. Dette i en henvisning til åvl §12. I denne dommen konkluderer dommeren med at ensidige forbehold som reduserer forbrukerens rettigheter etter åndsverksloven skal bli kjent ugyldige. Lagmannsretten siterer i dommen:

«Utvalget mener at det som gjeldende rett må legges til grunn at ensidige forbehold mot bruk som er tillatt etter åndsverksloven, i alminnelighet ikke kan ansees gyldige. Dette standpunkt støttes av reelle hensyn. Slike forbehold synes å kunne sammenlignes med privat lovgivningsvirksomhet som lett kan forrykke den interesseavveiningen loven bygger på.»¹¹⁹

I henhold til denne dommen er det ikke et gyldig avtaleforbehold dersom rettighetshaver beskjærer brukerens rettmessige bruk av verket. Selvfølgelig er denne dommen avsagt før innføringen av vernet om tekniske beskyttelsessystemer. Etter denne lovendringen har brukerens rettigheter endret seg slik at ikke alt som ble fastslått i denne dommen er like gyldig lenger.

Likevel avtaleforbehold er likevel tilstede, selv om i tilfellet i dvd-Jon dommen fant lagmannsretten ut at de skulle kjennes ugyldige. Påskrift på verket eller som sendes ut sammen med verket må

118RG-2004-414.

119NOU 1983 nr. 35, s. 63.

anerkjennes som dispositive utsagn som brukeren godtar når han kjøper verket.

Konklusjonen blir dermed at kun det å pålegge et verk et beskyttelsessystem vil ikke regnes som et avtaleforbehold dette må markeres på en slik måte at dette er tilgjengelig for brukeren før han kjøper et eksemplar av verket. Når verket blir markert med hvilke reservasjoner rettighetshaver tar med beskyttelsessystemet så er det markeringene som er å regne som det dispositive utsagnet.

5.2 Privatbrukskopiering

I denne drøftelsen ønsker jeg å klargjøre hvilken virkning forbudet mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer har hatt på adgangen til privatbrukskopiering.

For at adgangen til privatbrukskopiering skal bli begrenset er det en forutsetning at beskyttelsessystemet er vernet etter åvl §53a. Vilkårene som må oppfylles for at noe skal regnes som et beskyttelsessystem etter denne bestemmelsene vil jeg komme tilbake til i del tre av denne oppgaven.

Det følger av åvl §12 at en bruker kan kopiere et åndsverk til privat bruk. Denne bestemmelsen gir uttrykk for et gammelt prinsipp innen opphavsretten, nemlig at opphavsmannens enerett stopper ved hjemmets grenser¹²⁰. Dette innebærer at innenfor hjemmets fire vegger står brukeren mer eller mindre fritt til å bruke verket slik han selv ønsker. Dette var utgangspunktet tidligere. I dag vil dette stille seg annerledes på grunn av mulighetene i digital kopiering. Denne muligheten åpner for å lage mer eller mindre uendelige mengder perfekte kopier av et åndsverk. Før dette var privatbrukskopiering begrenset til analoge kopier. Analog kopiering var ikke en like stor trussel mot den potensielle næringsmessige inntjeningen til opphavsmannen som digital kopiering. For analog kopiering var det potensiale for kvalitetsmessig forringelse på eksemplarene fremstilt. I tillegg for enkelte typer verk ble det og en begrensning på mengden eksemplarer man kunne fremstille på grunn av slitasjen slik kopiering påførte original eksemplaret.

¹²⁰Levin, Norstedt Juridik, 2007 s. 191

Hjemmelen for privatbrukskopiering følger av åvl §12 som lyder:

«§ 12. Når det ikke skjer i ervervsøyemed, kan enkelte eksemplar av et offentliggjort verk fremstilles til privat bruk. Slike eksemplar må ikke utnyttes i annet øyemed. Opphavsmennene gis en rimelig kompensasjon gjennom årlige bevilgninger over statsbudsjettet. Kongen kan fastsette nærmere regler om fordeling av kompensasjonen.

Bestemmelsen i første ledd gir ikke rett til å

- a) ettergjøre bygningskunst gjennom oppføring av byggverk,*
- b) fremstille maskinlesbare eksemplar av datamaskinprogram,*
- c) fremstille maskinlesbare eksemplar av databaser i maskinlesbar form, eller*
- d) fremstille eksemplar av kunstverk ved fotokopiering, avstøpning, avtrykk eller tilsvarende fremgangsmåte når eksemplaret kan oppfattes som originaleksemplar.*

Bestemmelsen i første ledd gir ikke rett til å la fremstillingen utføre ved fremmed hjelp når det gjelder:

- a) musikkverk,*
- b) filmverk,*
- c) skulptur, billedvev og gjenstander av kunsthåndverk og kunstindustri, eller*
- d) kunstnerisk gjengivelse av andre kunstverk.*

Funksjonshemmede kan uten hinder av denne bestemmelse la fremstilling av musikk- og filmverk utføre ved fremmed hjelp som ikke medvirker i ervervsøyemed, når dette er nødvendig på grunn av funksjonshemningen.

Det er ikke tillatt å fremstille eksemplar etter denne paragraf på grunnlag av en gjengivelse av verket i strid med § 2, eller på grunnlag av et eksemplar som har vært gjenstand for eller er resultat av en omgåelse av vernede tekniske beskyttelsessystemer, med mindre slik eksemplarfremstilling er nødvendig etter § 53a tredje ledd andre punktum.»

Det er visse begrensninger for privatbrukskopiering, det første er at dette ikke skjer innen ervervsøyemed, det vil si at den som foretar kopieringen ikke skal ha noe utbytte av dette, verken gjennom salg leie eller på annen måte. Etter §12 så er det kun adgang for å fremstille enkelte eksemplarer, dette setter begrensning i forhold til storstilt kopiering. Det er mulig å fremstille en eller kanskje to eksemplarer, men ved fremstilling av ytterligere eksemplarer løper man risikoen at slike eksemplarfremstilling er utenfor adgangen til privatbrukskopiering og dermed et brudd på opphavsmannens enerett. Videre er det krav om at verket som kopieres er offentliggjort. At verket er offentliggjort vil si at dette har blitt gjort tilgjengelig av opphavsmannen jfr åvl §2. Videre er det et krav om at dette kun skal være til privat bruk. Dette utelukker offentlige visninger enten for betaling eller ikke. Den bruken som er tillatt er innen en persons privatsfære, eller innenfor denne personens familie-

og vennekrets¹²¹.

De eksemplarene som blir fremstilt av brukeren skal kun benyttes til «privat bruk». Privat bruk henger nært sammen med kravet om at slik kopiering ikke skal skje i ervervsøyemed. Det vil si at det ikke skal være noen form for inntekt eller lignende enten direkte eller indirekte relatert til eksemplarframstillingen.

Et eksempel på hvordan dette kan være indirekte ervervsøyemed er dersom innehaveren av en butikk kopierer opp musikk for å spille i butikken sin. Her er eksemplarframstillingen skjedd i sammenheng med erverv. Også i dette tilfellet er eksemplaret brukt utenfor brukerens private sfære. Direkte erverv er det om brukeren kopierer opp og selger eller leier ut eksemplarene han fremstiller.

Likevel er det verdt å merke seg at «privat bruk» ikke er synonymt med personlig bruk¹²². Brukeren har rett til å fremstille eksemplarer for bruk innen sin private sfære. Dette inkluderer at han selv tilegner seg verket og at dette vises til familie eller en nær omgangskrets av venner. Begrensningen i forhold til at eksemplarene kun skal benyttes innen den private sfære er for å begrense den potensielle belastningen dette kan medføre i forhold til opphavsmannens inntjeningsmuligheter for verket. I motsetning til den private sfære er der brukeren sprer de eksemplarene han har fremstilt, eller fremfører verket offentlig. Eller dersom brukeren gir eksemplarer til personer han ikke har nær personlig tilknytning til.

Det er adgang for de enkelte land å ha unntak for privatbrukskopiering etter opphavsrettsdirektivets art. 5. 2. b. Etter denne artikkelen så kan medlemslandene unnta privatbrukskopiering, med forutsetning at det gis en rimelig kompensasjon til rettighetshaver, men i den sammenheng skal det tas hensyn til bruk av tekniske beskyttelsessystemer.

Det er valgfritt for statene hvorvidt de ønsker å inkludere dette unntaket eller ikke. Det har versert en

121Ot.prp.nr46.2004-2005

122Ot.prp.nr26.(1959-1960) s. 32.

del misforståelser omkring hva som egentlig ligger i privatbrukskopiering. Misforståelsen har ofte vært at adgangen til privatbrukskopiering er preseptorisk, slik at det ikke er mulig for opphavsmannen å nekte brukeren denne adgangen.

Problemstillingen omkring hvorvidt privatbrukskopiering er en preseptorisk rett eller deklarasjonisk adgang, har blitt prøvd for domstol både i Frankrike og i Belgia¹²³. I den franske saken mot Stephané P, var forholdet slik at Stephané P hadde kjøpt filmen «Mulholland drive» på dvd. Han oppdaget senere at det ikke var mulig å kopiere denne filmen over til hans datamaskin fordi denne filmen var pålagt et beskyttelsessystem. Stephané P gikk deretter til sak mot både produsentselskapet, og den franske distributøren. I dommen oppklarte domstolen at i Frankrike var det ikke snakk om en rett til privatbrukskopiering, men heller at brukerne ikke trengte innhente tillatelse fra rettighetshaver for å fremstille et eksemplar av verket. Dersom opphavsmannen ønsker nekte privatbrukskopiering har han adgang for å gjøre det. Videre var det ikke antydning til at dette ville endre seg etter innføringen av opphavsrettsdirektivet.

I saken til Michael D var saksforholdet i stor grad likt som likt som for Stephané P. Forskjellen ligger i at denne gangen var det en musikkcd som ikke lot seg kopiere på grunn av et beskyttelsessystem. I dommen definerte domstolen privatbrukskopiering i Belgia som en lovfestet immunitet mot å bli saksøkt etter å ha fremstilt eksemplarer i henhold til reglene om privatbrukskopiering.

I lagmannsrettsdommen dvd-Jondommen¹²⁴ omtaler lagmannsretten åvl §12 som en rettighet. Dette er en uttalelse som krever en viss moderasjon. En subjektiv rettighet er ofte tydelig ved at det eksisterer en tilsvarende plikt hos en annen person¹²⁵, dersom en person har eiendomsretten til en gjenstand plikter andre å respektere denne retten. Dersom man ser på privatbrukskopiering, så finnes det ikke en slik tilsvarende plikt pålagt noen etter loven. Adgangen til privatbrukskopiering er en deklarasjonisk

¹²³Begge dommer referert fra artikkel av Natali Helberger, «Avgrensingen mot privat eksemplarfremstilling i praksis», publisert på norsk i Lov&Data 2005 nr 81 s 10 (LOD-2005-81-10). Henviing til dommene i artikkelen.

¹²⁴RG 2004 s. 414.

¹²⁵Knoph Universitetsforlaget, 2004.

bestemmelse, det vil si at det er mulig å nekte denne adgangen ved avtale. I forholdet mellom brukeren og rettighetshaveren er det avtalen som er grunnlaget for hvilke rettigheter og plikter som foreligger mellom partene, dersom det ikke er et forbehold i avtalen om privatbrukskopiering så vil bakgrunnsretten tre inn og brukeren vil ha denne retten. Derimot er det avtalt utenom så vil det ikke være en mulighet for privatbrukskopiering.

Spørsmålet som da må stilles da er hvordan eller om denne adgangen til privatbrukskopiering endrer seg dersom et verk er pålagt et teknisk beskyttelsessystem.

Dersom rettighetshaveren har pålagt verket sitt et teknisk beskyttelsessystem så følger det av åvl §12 siste ledd at det ikke er adgang å fremstille eksemplarer «på grunnlag av et eksemplar som enten har vært gjenstand for eller er et resultat av en omgåelse av vernede tekniske beskyttelsessystemer». Dette støtte og i odelstingsproposisjonen¹²⁶ side 119 at det er forbudt å lage kopier av verk der beskyttelsessystemet er omgått. Dette innebærer at det er et generelt forbud mot kopiering av verk som er belagt med et teknisk beskyttelsessystem. Med dette utgangspunkt kan det virke som at rettighetshaver kan utelukke privatbrukskopiering ved at hans verk er pålagt et beskyttelsessystem.

Departementet ser videre i odelstingsproposisjonen at «Det er departementets klare forutsetning at faktisk adgang til privatbrukskopiering også i fremtiden skal være til stede.»¹²⁷ På bakgrunn av departementets behandling virker denne forutsetningen basert på at begrensninger på adgangen til privatbrukskopiering er kun mulig ved avtaleforbehold fra rettighetshavers side. Likevel ser man at vern av tekniske beskyttelsessystemer er en begrensning innen adgangen til privatbrukskopiering.

Det følger av åvl §12 siste ledd som fastslår at det ikke er tillatt å fremstille eksemplarer av verk på grunnlag av en gjengivelse av et verk i strid med §2, og heller ikke et eksemplar som har vært gjenstand for eller er et resultat av en omgåelse av et vernet teknisk beskyttelsessystem. At det ikke er adgang til å

126ot.prp.46-2004-2005.

127Ot.prp.nr46.2004-2005 side 129.

fremstille eksemplarer fra et verk der beskyttelsessystemet har blitt omgått, vil si at det ikke er nødvendig for rettighetshaveren å ta et ensidig forbehold av den typen som er omtalt i dvd-Jondommen. Fordi det etter loven ikke er adgang til privatbrukskopiering på bakgrunn av eksemplarer som har eller har hatt et vernet teknisk beskyttelsessystem på seg.

Det er en viss adgang for privatbrukskopiering også på verk pålagt et teknisk beskyttelsessystem. Dette er i de tilfeller der unntaket i åvl §53a tredje ledd kommer til anvendelse. Eksemplarfremstilling er tillatt der dette er nødvendig for tilegnelsen på relevant avspillingsutstyr¹²⁸. I alle andre tilfeller, der fremstilling av nytt eksemplar ikke er nødvendig for tilegnelse på relevant avspillingsutstyr er det ikke adgang for privatbrukskopiering etter åvl §12¹²⁹. Dersom dette unntaket kommer til virkning så kan brukeren omgå beskyttelsessystemet, men det vil fortsatt være begrensninger i forhold til åvl §12. Når det er tillatt for brukeren å omgå beskyttelsessystemet for å tilegne seg verket på relevant avspillingsutstyr, så er det kun i dette formål brukeren kan omgå beskyttelsessystemet. Dette er fordi at unntaket i §53a annet ledd andre setning er for å muliggjøre tilegnelse, det er ikke en «carte blanche» til vilkårlig omgåelse av beskyttelsessystemet.

Et eksempel kan være der brukeren ønsker å overføre et musikkverk fra den cd det er lagret på, til en digital musikkspiller. I slike tilfeller er ikke mulig å spille av musikkverket på dette avspillingsutstyret selv om beskyttelsessystemet har blitt omgått. Det er i dette tilfellet nødvendig å fremstille et nytt eksemplar, i et annet format som er kompatibelt med dette utstyret. Derfor vil det være mulig å omgå beskyttelsessystemet og fremstille et nytt eksemplar av musikkverket.

En begrensning for privatbrukskopiering er ikke lenger «privat lovgivningsvirksomhet»¹³⁰. Fordi det ikke lenger er nødvendig med ensidige avtaleforbehold som bryter med rettighetene gitt etter åndsverksloven. Grunnen til at det ikke lenger er ensidige avtaleforbehold mot bruk tillatt etter loven, er

¹²⁸For en nærmere gjennomgang av åvl §52a tredje ledd andre setning se kapittelet 3.3.

¹²⁹Ot.prp.nr46.2004-2005. s. 119.

¹³⁰NOU 1983 nr.35, s. 63.

fordi privatbrukskopiering ikke lenger er tillat for eksemplarer av verk pålagt et beskyttelsessystem. Dette følger av §12 siste ledd, som er et unntak fra §12 første ledd som gir adgang til privatbrukskopiering. Unntaket sier at det i tilfeller der et verk er pålagt et beskyttelsessystem så er privatbrukskopiering utelukket. Derfor er det hovedregelen som gjelder, at brukeren ikke har adgang til eksemplarfremstilling til privat bruk for verk som er pålagt et beskyttelsessystem.

Det har skjedd en endring innen adgangen til privatbrukskopiering. Privatbrukskopiering er utelukket i tilfeller der rettighetshaver benytter seg av den adgangen han har etter åvl §52a for å pålegge verket et teknisk beskyttelsessystem. For at denne begrensningen skal inntre er det ikke nødvendig for rettighetshaver å reservere seg mot privatbrukskopiering. En slik reservasjon var nødvendig tidligere slik rettstilstanden var da dvd-Jondommen ble avsagt.

5.3 Adgang for sitering

I denne drøftelsen vil jeg igjen vurdere virkningen vernet av tekniske beskyttelsessystemer har hatt på en av de gamle og sentrale unntakene til opphavsmannens enerett. Denne gangen vil jeg ta for meg retten til å sitere.

Adgangen til å sitere et offentliggjort verk er regulert følger av åvl §22 som lyder:

«§ 22. Det er tillatt å sitere fra et offentliggjort verk i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger.»

Retten til å sitere er begrenset til der dette gjøres i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet tilsier. Adgangen til å sitere er og inkludert i opphavsrettsdirektivet art. 5.3. a og d. Etter a så er det adgang å sitere i undervisning eller forskning, mens i d er det adgang til sitering for «review or criticism», som vil si anmeldelse og kritikk.

Sitering er mest aktuelt i forhold til skreven tekst, men det er og aktuelt i forhold til musikk og film¹³¹.

¹³¹Levin, Norstedt Juridik, 2007, s. 199.

For eksempel en dokumentarfilmskaper som ønsker å belyse tendenser i moderne film, har adgang til å sitere sekvenser fra filmer for å illustrere poeng, evt gjøre det samme med musikk.

Sitater skal foretas i samsvar med god skikk. God skikk vil tilsi at den som siterer alltid skal henvisne til den personen han siterer, i tillegg er det en kvantitativ grense. En slik grense tilsier at man ikke skal sitere mer av verket enn det som er nødvendig. I tillegg er det et krav om at sitatet skal føres inn i et annet selvstendig verk den siterende selv har skapt¹³².

Da vil spørsmålet være om retten til sitering endrer seg dersom et verk noen ønsker å sitere er pålagt et teknisk beskyttelsessystem. I utgangspunktet er retten til sitering noe opphavsmannen ikke kan motsette seg såfremt dette ikke strider mot god skikke eller siteringen skjer i en større utstrekning enn det formålet tilsier. Likevel når det gjelder omgåelse av beskyttelsessystemer så er dette lovstridig uavhengig av om omgåelsen medfører et brudd på opphavsmannens rettigheter eller ikke¹³³. Det vil si at dersom det er nødvendig å omgå et beskyttelsessystem for å sitere dette, så vil det stride mot åvl §53a.

Beskyttelsessystemer vil ikke være et problem i forhold til verk som kan siteres ved avskrift. Fordi ved avskrift så vil det ikke være nødvendig å omgå beskyttelsessystemet for å sitere verket. Men dette vil primært gjelde for litterære verk verk eller andre tekster. For flere typer verk er det nødvendig å direkte kopiere verket. Eksempler på slike typer verk er film og musikk.

Det kan dermed virke som at opphavsmannen effektivt kan forhindre sitering fra sitt verk ved at dette verket kun blir gjort tilgjengelig med et beskyttelsessystem. Adgang for å sitere er ikke unntatt fra forbudet mot omgåelse i åvl §53a.

I NOU 1988: 22 på side 63, som ble sitert i dvd-Jon dommen, sier opphavsrettsutvalget at ensidige forbehold mot bruk som er tillatt etter åndsverksloven ikke kan ansees gyldige. I denne situasjonen er

132Knoph, Nationaltrykkeriet, 1936

133For en nærmere gjennomgang se kap 3.2, Funksjonskravet i forhold til omgåelsesforbudet.

det slik at det ikke er snakk om ensidige forbehold, men at rettighetshaver med lovgivers tillatelse kan føye over verket sitt på en slik måte at det vanskeliggjør en bruk som er tillat etter åndsverksloven.

Dersom det hadde vært en kobling mellom krenkelse av opphavsmannens eksklusive rettigheter og omgåelse så ville omgåelse i den hensikt å sitere vært tillatt. Likevel er det ikke en slik kobling så en omgåelse for å muliggjøre sitering rammes like fullt som omgåelse der hensikten er å krenke opphavsmannens enerett. Det kan vurderes om ikke hensyn til ytringsfriheten til den som ønsker å sitere et verk kan komme inn og veie slik at det må være tillatt med omgåelse av beskyttelsessystemer i slike situasjoner. Dette er et hensyn som burde vært tatt vare på da loven ble utformet.

Retten til sitering fyller en viktig funksjon innen kulturproduksjon. Sitering sikrer etterprøvbarehet og fortsatt utvikling innenfor kulturlivet. Ved å sitere kan man utvikle tanker og ideer tidligere formulert av andre. Ved å sitere kan man tilbake til disse i form av sitater når man skal uttrykke sin egen oppfatning på emnet. På denne måten kan man utvide horisontene på enkelte tanker og områder. Hvis jeg tar eksempelet ovenfor og viser til dokumentarfilmskaperen som skal vise tendenser innen moderne film, så kan dette bli vanskelig dersom han ikke kan eksemplifisere dette gjennom å vise klipp av filmene han ønsker å trekke frem.

Slik det er uttalt odelstingsproposisjonen¹³⁴ til den gjeldende åndsverksloven uttales det om sitatretten;

«I forarbeidene til den gjeldende lov [lov om åndsverker av 6.juni 1930 nr. 17, nå opphevet] er det sagt at sitatretten er en selvsagt innskrenkning i opphavsmannens absolutte rett. At det må være tillatt å sitere andres verker uten å komme i konflikt med opphavsmannens rett er ble det anført - «noe som alle lands rett er enige om, og som ligger så sikkert i sakens natur, at man strengt talt ikke trenger si det uttrykkelig.»

Det har ikke blitt sagt at innføringen av vernet for beskyttelsessystemer er ment som en innskrenkning på retten til sitering. Retten til sitering er og uttrykkelig slått fast i Bern konvensjonen artikkel 10. (1). Etter denne artikkelen er det ikke opp til landet å hvorvidt dette ønsker å gi rett til sitering, men det skal være mulig å sitere fra et verk.

Opphavsrettsdirektivets fortale nr. 51 sier at det skal være mulig å benytte seg av de unntakene som er gitt etter art. 5. Dette inkluderer blant annet sitering. I direktivet er det en oppfordring til statene om at de skal promotere løsninger mellom interessentene for å løse konflikter som kan oppstå mellom de som ønsker å sitere og motvillige rettighetshavere. Ved en slik tvisteløsningsprosess skal den som ønsker å sitere sikres i sin rett, ved at rettighetshaveren endrer eller muligens fjerner beskyttelsessystemet lagt på verket. I de tilfeller der en slik ordning ikke inntreffer eller tar for lang tid, bør staten tre inn og sikre at rettighetshaver handler på en slik måte at det blir adgang for å sitere.

Odelstingsproposisjonen side 125 hevder at beskyttelsessystemer ikke vil være til hinder for sitatretten. Dette begrunnes med at tekst kan leses av og skrives og film og lyd kan tas opp ved hjelp av utstyr som gjør det unødvendig å omgå beskyttelsessystemet. Dette kan stemme men dersom det er snakk om analog overføring av verket så kan dette likevel medføre en kvalitetsmessig forringelse i forhold til det utdraget man ønsker å sitere. Man risikerer også at utstyr man bruker kan falle inn under omgåelsesverktøy, dette vil jeg diskutere videre i kapittel 4.

Jeg vil likevel hevde at vern av beskyttelsessystemer innebærer en innskrenkning i retten til å sitere. Fordi sitering skjer nå i rettighetshavers nåde. Man kan potensielt se for seg en situasjon der en rettighetshaver kan bruke beskyttelsessystemer for å forhindre kritikk av sine verk ved å nekte andre retten til å sitere fra hans åndsverk. Selv om staten har adgang til å sikre sitering og burde handle i slike tilfeller så kan rettighetshaveren trenere saken ved å nekte å samarbeide.

Det kan være lurt for å bevare sikkerheten rundt et beskyttelsessystem, at adgangen til å omgå slike

systemer holdes til et minimum. For å unngå spredning av omgåelsesverktøy i tillegg til kunnskapen om hvordan enkelte systemer kan omgås må adgangen til omgåelse begrenses. Dersom kunnskapen om hvordan et system fungerer og hvordan man eventuelt skal kunne omgå dette systemet holdes kun hos rettighetshaveren, så vil det medføre at systemet blir sikrere. Likevel er det nok neppe seriøse aktører som har som den eneste interesse å foreta legitim sitering fra offentliggjorte åndsverk, som er det største problemet når det gjelder å forhindre omgåelse av beskyttelsessystem og krenking av opphavsmannens enerett.

6 Avsluttende bemerkninger

Med dette håper jeg at jeg har redegjort for vilkårene som stilles for vern av tekniske beskyttelsessystemer samt virkninger innføringen dette har hatt for enkelte brukergrupper.

Videre vil jeg si at dette har vært en krevende oppgave. Grunnen er at det er mye uklarheter i forhold til forbudet mot omgåelse. Også da for brukere som ikke vet hvilke rettigheter de har i forhold til åndsverk belagt med beskyttelsessystemer. Det er verdt å merke seg at vernet om tekniske beskyttelsessystemer er en meget ny regel så disse uklarhetene vil forhåpentligvis bli klarnet opp ettersom tiden går og det kanskje komme rettspraksis på området.

Likevel er det en viss fare liggende i vernet av tekniske beskyttelsessystemer. Dersom man ser på hvilken funksjon dette vernet skal ha, så er dette å beskytte opphavsmannens eksklusive rettigheter. Disse rettighetene er igjen laget for å sikre opphavsmannen økonomisk inntjening på hans kreative skapende virksomhet som igjen skal fungere som et incentiv for fortsatt åndsproduksjon. På denne måten skal samfunnsutviklingen gå videre.

Dersom man da ser denne tankegangen i sammenheng med den retningen samfunnet nå utvikler seg ser

man en skummel tendens. Samfunnets utvikling i forhold til hvordan brukere tilegner seg åndsverk skjer i stadig økende grad ved at brukeren selv ønsker å få bestemme hvordan han eller hun skal nyte åndsverk. Denne utviklingen er godt hjulpet av en stadig tilførsel av nye bærbare digitale multimediaspillere som støtter flere og flere typer åndsverk og filformater.

I stadig økende grad er tankegangen blant unge brukere at de krever å få tilegne seg åndsverket på det avspillingsverktøyet de selv anser som relevant. Dersom et beskyttelsessystem legger sterke bånd på hvilke typer utstyr de kan benytte seg av kan det være fristende for mange brukere å anskaffe seg eksemplarer av verket som ikke er pålagt et beskyttelsessystem. Resultatet da blir økt piratkopiering, noe ingen er tjent med hverken opphavsmannen, samfunnet eller i siste instans brukeren selv som vil oppleve at produksjonen av åndsverk reduserer på grunn av minsket profitt.

Jeg oppdaget et tegn på denne utviklingen da jeg i samtale med IFPI Norge ble fortalt at i Norge idag produseres og selges det tilnærmet lik ingen musikkverk på cd som er pålagt et teknisk beskyttelsessystem. Grunnen til at musikkindustrien i stor grad har forlatt bruken av beskyttelsessystemene på cd er fordi de opplevde at musikkverk på cd med et beskyttelsessystem solgte dårligere enn cder uten slike systemer. Noe som er en interessant observasjon med tanke på den motstanden som i sin tid var mot «mp3loven», og tanken på at slike beskyttelsessystemer ville frata folk muligheten til å lytte til sin lovlige kjøpte musikk på sine mp3 spillere.

Fremtiden for beskyttelsessystemer er uviss. Det eneste jeg kan si med sikkerhet om hvordan fremtiden vil arte seg er at det vil bli interessant å følge med.

Kildeliste.

Lover:

- Lov av 12. mai, nr.2. 1961, Lov om opphavsrett til Åndsverk.
- Lov av 22. mai, nr.10. 1902, Almindelige borgerlige straffelov.
- Lov av 27. november, nr.109. 1992, Lov om gjennomføringen i norsk rett av hoveddelen i avtale i Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS).
- Lov av 16. juni. nr. 47. 1972, Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår.

Forarbeider:

- NOU 1985: 35 Endringer i Åndsverksloven.
- NOU 1985:31 Datakriminalitet.
- Ot.prp.nr.46 2004-2005, Om endringer i åndsverksloven m.m.
- Inst.O.nr.103 2004-2005, Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i Åndsverkloven m.m.
- Ot.prp.nr.26 1959-1960, Om lov om opphavsrett til åndsverk .

Dommer:

- Rt. 1994 side 1610, (Betaltv-dommen).
- Rt. 1995 side 35, (Smartkort-dommen).
- TOSLO 2002 side 507.
- RG 2004 side 414, (dvd-Jon dommen).

Internasjonale kilder:

- Dom avsagt 17. januar 1984, Supreme Court of the United States, Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.

- Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.
- COM/99/0250 final, Amended proposal for a EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL DIRECTIVE on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society.
- WIPO, World Copyright Treaty, Geneva 20. Desember, 1996.
- WPPT, WIPO Performance and Phonograms Treaty, Geneva 20. Desember, 1996.
- Bern konvensjonen, sist ratifisert av Norge Paris 24. juli, 1971.
- Intellectual property and the national information infrastructure, The report of the working group on intellectual property rights, Washinton DC, 1995, tilgjengelig fra;
<http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>.
- Finnish Copyright Council, Opinion 2007:09, Circumvention of an effective technological measure.

Teori

Bøker:

- Deazley, Ronan, «Rethinking copyright», Cheltenham UK, Edward Elgar Publishing Limited, 2006.
- Ferguson, Nils og Schneier, Bruce, «Practical Cryptography», Indianapolis, Wiley Publishing Inc, 2003.
- Hoffman, Gretchen McCord, «Copyright in cyberspace», Neal-Schuman Publishers, Inc, 2001.
- Johs. Andenæs, «Alminnelig strafferett», Oslo, Universitetsforlaget, 5. utgave, 2005.
- Johs. Andenæs, «Norsk straffeprosess bind 1», Oslo, Universitetsforlaget, 3. utgave, 2000.
- Kant, Immanuel, «Practical Philosophy», Cambridge University Press, 1996.
- Knoph, Ragnar, «Åndsretten», Oslo, Nationaltrykkeriet, 1936.
- Levin, Marianne, «Lärobok i immaterialrätt», Stockholm, Norstedts Juridik, 9 utgave. 2007.
- Lilleholt, Kåre, «Knophs oversikt over Norges rett», Universitetsforlaget, 12. utgave, 2004.

- Møse, Erik, «Menneskerettigheter», Oslo, Cappelen Akademisk Forlag, 1 utgave, 2002.
- Sejerstad, Fredrik m.fl., «EØS-RETT», Oslo, Universitetsforlaget, 2 utgave, 2004.
- WIPO, «Introduction to Intellectual Property», London, Kluwer Law International, 1997.

Artikler:

- Helberger, Natali, «Avgrensningen mot privat eksemplarfremstilling i praksis», publisert på norsk i Lov&Data 2005 nr 81 s 10 (LOD-2005-81-10).
- Biddle, England, Peinado, og Willman, «The darknet and the future of contents distribution», 2002, tilgjengelig fra <http://crypto.stanford.edu/DRM2002/darknet5.doc>.
- Guibalt, Lucie mfl. «Study on the implementation an effect in member state's laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society part 1», IVIR 2007.
- Westkamp, Guido, «The implementation of Directive 2001/29/EC in the member states», Queen Mary Intellectual Property Research Institute, februar 2007.
- Referat møte i Odelstinget lørdag 4. juni 2005 tilgjengelig fra <http://www.stortinget.no/otid/2004/oi050604.html>.
- Still, Viveca, «Vad är en effektiv teknisk åtgärd?», publisert Lov&Data nr 91. Oktober 2007.

Internett:

- [http://www.securom.com/;](http://www.securom.com/)
- http://www.securom.com/solution_ecdkey.asp
- <http://en.wikipedia.org/wiki/Securom>
- <http://thepiratebay.org/about>.
- <http://www.dvdcca.org/faq.html>
- <http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=274941>.

- <http://www.apple.com/pr/library/2008/01/15fox.html>.
- <http://www.wired.com/politics/law/news/2000/04/35670>
- Se http://en.wikipedia.org/wiki/Content_Scramble_System.
- <http://www.wired.com/science/discoveries/news/2000/08/37941>
- <http://www.dvdcca.org/>
- http://en.wikipedia.org/wiki/AACS_encryption_key_controversy.