



1. hefti TÍMARIT 3. árg  
**LÖGRÉTTU**

Félags laganema við Háskólann í Reykjavík

LÖG UM VARNIR GEGN MENGUN  
HAFS OG STRANDA Í LJÓSI  
GREIÐSLUREGLU

EFTIR Aðalheiði Jóhannsdóttur

A

ÁHRIF NÝRRAR TÆKNI Á  
HÖFUNDARÉTT

EFTIR Rán Tryggvadóttur

B

FLUTNINGUR FYRIRTÆKJA ÞVERT Á  
LANDAMÆRI Í EVRÓPUBANDALAGINU

EFTIR Benedikt Egil Árnason

C

UM BIÐLAUN

EFTIR Guðna Á. Haraldsson

D



Rán Tryggvadóttir,  
M.Phil og sérfræðingur við lagadeild  
Háskólans í Reykjavík

# ÁHRIF NÝRRAR TÆKNI Á HÖFUNDARÉTT:

*Fyrirhuguð\* innleiðing tilskipunar nr. 2001/29/EB frá 22. maí 2001  
um samræmingu tiltekinna þátta höfundaréttar og skyldra réttinda í  
upplýsingasamfélaginu í íslensk höfundalög.*

I	INNGANGUR	30
2	ALMENNT UM TILSKIPUNINA	30
	2.1. Tilskipunin og EES	31
3	INNTAK TILSKIPUNARINNAR	32
	3.1 Réttindi	32
	3.1.1 Einkaréttur til eftirgerðar verka (eintakagerð)	32
	3.1.2 Einkaréttur til miðlunar verka til almennings	33
	3.1.2.1 Réttur höfunda	33
	3.1.2.2 Réthafar „skyldra réttinda“	35
	3.1.3 Dreifingarréttur	35
	3.1.4 Tæming réttinda	36
	3.2 Undanþágur og takmarkanir	37
	3.2.1 Skammtíma og tilfallandi eftirgerð	38
	3.2.2 Takmarkanir á réttinum til eftirgerðar, sbr. 2. tl. 5. gr. tilskipunarinnar	40
	3.2.2.1 Almenn	40
	3.2.2.2 Eftirgerð á þappír	41
	3.2.2.3 Eftirgerð til einkanota	42
	3.2.2.3.1 Sanngjarnar bætur	44
	3.2.2.4 Eftirgerð einstakra stofnana	44
	3.2.3 Undanþágur og takmarkanir á réttindum skv. 2. og 3. gr., sbr. 3. tl. 5. gr. tilskipunarinnar	46
	3.3 Lokaorð	47

\*Þann 16. febrúar 2006 voru samþykkt lög um breytingu á höfundalögum, nr. 73/1972 með síðari breytingum. Telst því tilskipun nr. 2001/29/EB frá 21. maí 2001 innleidd hér á landi.

## 1. INNGANGUR

Tækniþróun síðustu áratuga, sérstaklega tölvu- og netvæðing, hefur gjörbreytt aðstöðu allra til að njóta höfundaréttarverndaðra verka. Sárafjöldur er að gera afrit t.d. af tónlist sem er jafnt að gæðum og upphafleg upptaka. Þetta nýta milljónir manna sér, sérstaklega eftir tilkomu jafningjanetanna.<sup>1</sup> Sama gildir um afritun kvikmynda og ljósmynda og í raun allra verka sem falla undir vernd höfundalaga.<sup>2</sup> Háværar raddir hafa haldið fram að höfundalögin í núverandi mynd verndi ekki verk höfunda og annarra réttthafa nægilega, á meðan aðrar jafn háværar hafa þvert á móti fullyrt að höfundalögin ofverndi verk höfunda á kostnað almenns aðgengis að sameiginlegum menningararfi og sjálfsagðs réttar einstaklinga til að njóta menningarverðmæta.

Löggjafinn er í eðli sínu svifaseinni en tæknin og fjöldamörg ár getur tekið að laga lög að nýrri tækni. Sú hefur orðið raunin með höfundaréttinn. Eftir áralanga umræðu á alþjóðavettvangi voru árið 1996 samþykktir alþjóðasamningar<sup>3</sup> innan vébanda alþjóðahugverkastofnunarinnar (WIPO)<sup>4</sup> sem áttu að laga höfundarétt að nýrri tækni.<sup>5</sup> Innleiðing efnisákvæða sáttmálanna í landsrétt fór hægt af stað, Bandaríkjamenn voru einna fyrstir til með „The Digital Millennium Copyright Act“

(DMCA) þann 12. október 1998.<sup>6</sup> Þremur árum seinna fylgdi Evrópusambandið í kjölfarið með tilskipun nr. 2001/29 um samræmingu tiltekinna þátta höfundaréttar og skyldra réttinda í upplýsingasamfélaginu.<sup>7</sup> Sú tilskipun er orðin hluti af EES samningnum og skal því innleidd hér á landi. Hér á eftir verður gerð grein fyrir efnisinnihaldi þeirrar tilskipunar og áhrifum hennar á íslenskan höfundarétt að því er varðar réttindi þau sem tilskipunin tryggir og undanþágur frá þeim. Í því sambandi verður litið til breytinga á öðrum norrænum höfundalögum vegna tilskipunarinnar, sérstaklega danskra og norskra.

## 2. ALMENNT UM TILSKIPUNINA

Tilgangur tilskipunar nr. 2001/29/EB er tvíþættur, annars vegar að samræma og skýra höfundaréttarákvæði aðildarríkja Evrópusambandsins (ESB) með hliðsjón af tækniþróun, sérstaklega á stafræna sviðinu<sup>8</sup>, og hins vegar að skapa grundvöll þess að aðildarríkin geti á samræmdan máta uppfyllt skyldur sínar samkvæmt alþjóðasamningum WIPO. Ennfremur er tilgangurinn að skapa jafnvægi á milli hagsmuna réttthafa og almennra notenda.<sup>9</sup>

Upphaflegt frumvarp<sup>10</sup> að tilskipuninni var kynnt í janúar 1998. Frumvarpið var byggt á svokallaðri „grænbók“ um höfunda-

1 Jafningjanet, eða „Peer to peer“ (P2P) á ensku, byggja á skráardeiliforritum. Mörg dómsmál hafa verið rekin um ábyrgð forsvarsmanna skráardeiliforrita eða jafningjaneta á höfundaréttarbrotum þeirra sem þau nota, nú síðast gekk dómur í Hæstarétti Bandaríkjanna þann 27. júní 2005: Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grookster, Ltd., et al. Þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að forsvarsmennirnir gætu verið ábyrgir að tilteknum skilyrðum uppfylltum.

2 Sjá 1. gr. höfundalaga nr. 73/1972 (höfl.).

3 WIPO Copyright Treaty (WCT) samþykktur í Genf 20. desember 1996, sjá texta hans á ensku á slóðinni: <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo033en.htm> og WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) samþykktur í Genf 20. desember 1996, sjá texta hans á slóðinni: <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo034en.htm>

4 World Intellectual Property Organisation, sjá heimasíðu þeirra á slóðinni: <http://www.wipo.int>

5 Frá 1991 hafði umræða átt sér stað innan

alþjóðahugverkastofnunarinnar um viðauka við Bernarsáttmálann frá 1886 sem tæki á aðlögun höfundaréttarins að nýrri tækni. Í stað viðaukans urðu þessir

sáttmálar til , sbr. Michael Lehmann, „The EC Directive on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society – A Short Comment“, IIC 5/2003, bls. 521.

6 Sjá grein Jan Rosén, professors, „Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG“, NIR 4/2001, bls. 583-4.

7 Almennt kallað „infosoc“ tilskipunin erlendis. Sjá tilskipunina á íslensku á slóðinni: [http://brunnur.stjr.is/ees.nsf/385499142c7e4810002567590058573a/753248658160A66800256F5E003769DF/\\$file/301L0029.pdf](http://brunnur.stjr.is/ees.nsf/385499142c7e4810002567590058573a/753248658160A66800256F5E003769DF/$file/301L0029.pdf) og á ensku á slóðinni: [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32001L0029&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32001L0029&model=guichett).

8 Sjá m.a. formálgrein 5 í tilskipuninni.

9 Sjá formálgrein 31.

10 COM(97) 628 final, dags. 10.12.1997 sjá skjalið á slóðinni: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/intprop/news/copyen.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/news/copyen.pdf)



rétt í upplýsingasamfélaginu<sup>11</sup> frá 1995. Endurbætt frumvarp<sup>12</sup> var lagt fram í maí 1999 eftir að hið upphaflega hafði verið til ítarlegrar umfjöllunar hjá Evrópuþinginu og efnahags- og félagsmálanefnd sambandsins. Tilskipunin eins og hún var samþykkt átti sér því töluverðan aðdraganda.<sup>13</sup>

Aðildarríki Evrópusambandsins áttu að innleiða efni tilskipunarinnar fyrir 22. desember 2002, sbr. 1. mgr. 13. gr. tilskipunarinnar, en aðeins tvö ríki, Danmörk og Grikkland, náðu að gera það innan þeirra tímamarka.<sup>14</sup> Framkvæmdastjórnin sendi 11 aðildarríkjum áminningu um að innleiða tilskipunina í júlí 2003<sup>15</sup>. Í ársbyrjun 2004 stefndi framkvæmdastjórnin nokkrum ríkjanna fyrir Evrópudómstólnum<sup>16</sup> vegna van-efnda þeirra við að innleiða tilskipunina. Þegar þetta er skrifað, sumarið 2005, eiga 3 af þeim aðildarríkjum sem tilheyrðu ESB þegar tilskipunin var samþykkt eftir að innleiða hana.<sup>17</sup> Nýju aðildarríkin 10 hafa hins vegar öll innleitt tilskipunina, utan Tékklands, sem aðeins hefur innleitt hana að hluta.<sup>18</sup>

### 2.1 Tilskipunin og EES

Tilskipunin varð hluti af EES 10. júlí 2004 með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 110/2004, um breytingu á XVII. viðauka við EES-samninginn.<sup>19</sup> Ástæða þess að svo langur tími leið þar til hún varð hluti af EES var fyrirvari EES-EFTA ríkjanna um tæmingu réttinda.<sup>20</sup> Í 2. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar

er kveðið á um svæðisbundna tæmingu réttinda, sbr. formálgrein 28 þar sem segir m.a.: „...Ekki kemur til réttindaþurrðar<sup>21</sup> að því er varðar frumrit verks og afrit þess sem rétthafi selur eða eru seld með samþykki hans utan bandalagsins“.<sup>22</sup> Norræn lönd hafa aðhyllst alþjóðlega tæmingu réttinda og því vildu Norðmenn taka sér tíma varðandi þetta ákvæði.<sup>23</sup> Ágreiningurinn varð til lykta leiddur með því að EES-EFTA löndin samþykktu að taka upp svæðisbundna tæmingu réttinda. Á móti var EES-EFTA löndunum boðin aðild að tengslanefnd, skv. 3. tl. 12. gr. tilskipunarinnar.<sup>24</sup>

Norðmenn samþykktu frumvarp til breytinga á höfundalögum sem innleiðir tilskipunina þann 4. júní 2005.<sup>25</sup> Alþingi Íslendinga samþykkti þingsályktunartil- lögu<sup>26</sup> um staðfestingu ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 110/2004, um breytingu á XVII. viðauka við EES-samninginn, þann 20. apríl 2005. Einnig var lagt fram stjórnarfrumvarp<sup>27</sup> til laga um breytingu á höfundalögum, nr. 73/1972, með síðari breytingum, til innleiðingar á efnisákvæðum tilskipunarinnar, þann 11. apríl 2005. Það frumvarp varð ekki að lögum á því þingi en verður væntanlega lagt fram aftur á haustþingi 2005. Í Liechtenstein er stefnt að því að leggja fram frumvarp til innleiðingar á tilskipuninni í byrjun næsta árs og miðað við að lögín taki gildi um sumarið eða í síðasta lagi haust 2006.<sup>28</sup>

11 „Copyright and Related Rights in the Information Society“, COM(95)35 final, 19.07.1995.

12 COM(1999)250final, 21.5.1999, sjá hið endurbætta frumvarp á ensku á slóðinni: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/intprop/news/copy2en.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/news/copy2en.pdf)

13 Sjá nánar um forsöguna í grein Martin Kyst, „Direktivet om ophavsret i informationsområdet“, Ugeskrift for Retsvæsen , U.2001B.305.

14 Sjá fréttatilkynningu framkvæmdastjórnar ESB, dags. 14. júlí 2003, á slóðinni <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1005&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

15 Sama heimild.

16 Sjá t.d. C-31/04 (Spánn), C-35/04 (Luxembourg – afturkallað), C-49/04 (Holland – afturkallað), C-59/04 (Frakkland), C-91/04 (Svíþjóð) og C-143/04 (Belgía).

17 Finnland, Frakkland og Spánn.

18 Upplýsingar fengnar frá framkvæmdastjórn ESB í gegnum EFTA skrifstofuna í Brussel í júlí 2005.

19 Sjá fylgiskjal IV með frumvarpi til laga um breytingu á höfundalögum, lagt fyrir Alþingi á 131. löggjafarþingi, 2004-2005, 702. mál, þingskjal 1060 (hér eftir nefnt frumvarpið).

20 Sjá inngangskafila með athugasemdum við frumvarpið.

21 Við þýðingu á enska hugtakinu „exhaustion of rights“ hefur ýmist verið notað „tæming réttinda“ eða „réttindaþurrð“.

22 Sjá nánar um tæmingu réttinda í kafla 31.4. hér að neðan

23 Sjá Rosén, „Upphovsrätt och ...“, NIR 4/2001, bls. 587, og Kyst, „Direktivet ...“, bls. 308.

24 Sjá 2. tl. 1. gr. í ákvörðun sameiginlegu nefndarinnar nr. 110/2004.

25 Odelstingsbeslutning nr. 93 (2004-2005).

26 Sjá þingskjal nr. 1177, mál nr. 438.

27 Sjá þingskjal nr. 1060, mál nr. 702.

28 Byggt á upplýsingum frá EFTA skrifstofunni í Brussel, dags. 29. júní 2005.



### 3. INNTAK TILSKIPUNARINNAR

#### 3.1.1 Einkaréttur til eftirgerðar verka (eintakagerð)

Endanleg gerð tilskipunarinnar samanstendur af fjórum köflum með 15 greinum, auk 61 formálgreinar.<sup>29</sup> Fyrsti kafli (1. gr.) fjallar um markmið og gildissvið, annar kafli (2.-5. gr.) er um réttindi og undanþágur, þriðji kafli (6.-7. gr.) er um vernd tæknilegra ráðstafana og upplýsinga vegna réttindaumsýslu og fjórði kafli (8.-15. gr.) er með sameiginlegum ákvæðum. Þegar tilskipunin er lesin verður að hafa í huga að hún er samín á löngu ferli og felur í sér margar málamiðlanir eftir miklar umræður á milli stofnana ESB og aðildarríkjanna sem og mismunandi þrýstihópa. Framsetning texta er því einatt mjög almenns eðlis og merking einstakra greina verður oft ekki ljós nema með hliðsjón af undangenginni umræðu og formálgreinum tilskipunarinnar.

#### 3.1 Réttindi

Það er „aðalinntak höfundarverndar, að höfundum er veittur einkaréttur til þeirra athafna eða aðferða, sem til þess eru fallnar að skila verkum þeirra til vitundar annarra“.<sup>30</sup> Því hafa höfundar norrænna höfundalaga reynt að hafa vernd réttinda hlutlausa með hliðsjón af tækni.<sup>31</sup> Þau réttindi sem tilskipunin kveður á um að aðildarríki skuli tryggja rétthöfum voru að mestu leyti þegar til staðar í norrænum höfundalögum og reyndar hjá öllum aðildarríkjum EES við gildistöku tilskipunarinnar. Hins vegar er orðalag tilskipunarinnar um viðkomandi réttindi skýrara að því leyti að ljóst er að þau taka til stafrænna verka á netinu sem og í öðru formi, sbr. formálgreinar 4 og 5.

Þessi réttur skal vera til handa höfundum, listflytjendum, framleiðendum hljóðrita og kvikmynda auk útvarpsstofnana, sjá staflíði (a)-(e) í 2. gr. tilskipunarinnar. Íslensk höfundalög tryggja viðkomandi rétthöfum nú þegar réttinn til eintakagerðar og hafa gert frá setningu höfundalaga nr. 73/1972 (höfl.), sbr. 3. gr., 45. gr., 46. gr. og 48. gr. höfl. Skilgreiningu á því hvað telst vera eintakagerð er að finna í 1. mgr. 2. gr. höfl. en þar segir: „Það er eintakagerð, þegar hugverk (bókmenntaverk eða listaverk) er tengt hlutum, einum eða fleiri.“ Orðalag 2. gr. tilskipunarinnar er mun viðtækara en þar segir að aðildarríki skuli kveða á um „einkarétt til að heimila eða banna, með beinum eða óbeinum hætti, tímabundna eða varanlega eftirgerð með hvaða hætti sem er og í hvaða formi sem er, í heild eða að hluta“. Ljóst er að einkarétturinn til eintakagerðar samkvæmt tilskipuninni nær til allrar eftirgerðar, án tillits til þess hvort um er að ræða hliðræna eða stafræna eintakagerð, og burtséð frá því hvaða tækni er notuð við eintakagerðina, eða hvort um áþreifanlegt eintak er að ræða eða ekki og hvort tilurð eintaksins er tímabundin eða ekki. Samkvæmt orðanna hljóðan nær skilgreining íslensku höfundalaganna hins vegar eingöngu til áþreifanlegra eintaka. Það endurspeglar tæknistig þess tíma þegar lögin voru upphaflega samín. Spurningin er hversu rúmt megi túlka orðalag 1. mgr. 2. gr. höfl. í ljósi breyttra tíma og tækni. Í greinargerð með upphaflegu frumvarpi til höfundalaga<sup>32</sup> segir m.a. um 1. mgr. 2. gr. höfl.: „Upptaka hljóma á hljómplötur, seğulbönd eða önnur hljóðrit og upptaka kvikmynda er að sjálfsögðu eintakagerð, og er ekki ástæða til að geta þess sérstaklega í lögnum“. Líta

<sup>29</sup> Einnig nefnt „skýringargrein“, m.a. í frumvarpinu.

<sup>30</sup> Sigurður Reynir Pétursson: „Höfundaréttur í Myndlist“, Úlfjötur, 1. tbl. 1965, bls. 135.

<sup>31</sup> Rosén, bls. 589, ibid.

<sup>32</sup> Frumvarp til höfundalaga, lagt fyrir neðri deild Alþingis á 92. löggjafarþingi, 1971-1972, 238. mál, þingskjal nr. 505.

má á þessa umsögn sem vísbendingu um að túlka beri ákvæðið rúmt þannig að það taki til nýrrar tækni á hverjum tíma, sérstaklega í ljósi þess að Dönum fannst nauðsynlegt að hafa ákvæði sem tæki sérstaklega til þess að slík upptaka teldist eintakagerð.<sup>33</sup>

Þegar Danir innleiddu tilskipun 2001/29 endurorðuðu þeir skilgreiningu á hvað teldist eintakagerð til að tryggja samræmi við orðalag hennar,<sup>34</sup> sjá 2. mgr. 2. gr. dönsku höfundalaganna<sup>35</sup>. Ekki stendur þó til að fara þá leið hér á landi þrátt fyrir að danska innleiðingin hafi verið höfð til hliðsjónar við samningu frumvarpsins.<sup>36</sup> Um þetta segir í fylgiskjali II með frumvarpinu:

„2. gr. tilskipunarinnar um einkarétt höfunda til eftirgerðar felur í sér að bein eða óbein, tímabundin eða varanleg gerð eintaks af verki, í heild eða af hluta þess, með hvaða aðferðum sem er og í hvaða formi sem er fellur undir einkaréttindi höfundar. Sambærilegt ákvæði í 1. mgr. 2. gr. gildandi laga hefur ekki að geyma svo víðtæka skilgreiningu á einkarétti höfundar til eintakagerðar en hefur þó verið túlkað svo að það feli í sér öll þau réttindi sem talin eru upp í 2. gr. tilskipunarinnar. Af hálfu menntamálaráðuneytisins er lagt til að ekki verði gerðar breytingar á 1. mgr. 2. gr., sbr. 3. gr. gildandi laga af þessu tilefni, heldur verði lagt mat á þetta atriði við heildarendurskoðun höfundalaga.“

Þessi rúma túlkun á inntaki orðalags 1. mgr. 2. gr. höfundalaga fengi þó jafnframt

stuðning með nýju ákvæði sem lagt er til að tekið verði upp sem 10. gr. a í höfundalögunum um undantekningu vegna tímabundinna og tilfallandi eftirgerðar.<sup>37</sup> Þessi undantekning, sem væri innleiðing á 1. t. 5. gr. tilskipunarinnar, er til komin vegna hinnar víðtæku skilgreiningar á réttinum til eintakagerðar í 2. gr. tilskipunarinnar.

Þrátt fyrir að nokkuð ljóst sé að ætlun löggjafans sé að hið þrönga orðalag 1. mgr. 2. gr. höfundalaga verði túlkað á sama hátt og 2. gr. tilskipunarinnar, er umhugsunarvert hvort ekki sé rétt að samræma orðalagið við tilskipunina þannig að það falli betur að almennri málkennd og stuðli betur að gagnsæi laganna. Ekki má heldur vanmeta það hagræði sem samræming við aðra norræna löggjöf hefur í för með sér.<sup>38</sup> Væntanlega verða þessi atriði metin í boðaðri heildarendurskoðun höfundalaganna.

### 3.1.2 Einkaréttur til miðlunar verka til almennings

#### 3.1.2.1 Réttur höfunda

Í 1. t. 3. gr. tilskipunarinnar segir: „Aðildarríkin skulu kveða á um einkarétt til handa höfundum til að heimila eða banna hvers konar miðlun verka sinna til almennings, um þráð eða þráðlaust, þar með talið að gera verk sín aðgengileg almenningi með þeim hætti að hver og einn geti fengið aðgang að verkunum á þeim stað og á þeirri stund sem hann sjálfur

33 2. mgr. 2. gr. dönsku höfl. i.f. segir: „Som fremstilling af eksemplarer anses også det forhold, at værket overføres på indretninger, som kan gengive det“. Sjá umfjöllun Peter Schönning um þetta atriði á bls. 138 í bók hans „Ophavsretsloven med kommentar“ (3. útg.), Kaupmannahöfn, 2003.

34 Sjá umfjöllun um 1. t. 1. gr. frumvarpsins „Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven“ (L 19), lagt fram 2. október 2002 af menntamálaráðherra, hér eftir nefnt danska frumvarpið frá 2002, nr. L 19.

35 Sjá „Bekendtgørelse af lov om ophavsret - Lovbekendtgørelse nr. 710 af 30. juni 2004“ á heimasíðu danska menningarmálaráðuneytisins: <http://www.kum.dk/sw5905.asp>.

36 Sjá lok 1. kafla almennra athugasemda við frumvarpið, ibid., og framsöguræðu menntamálaráðherra með frumvarpinu, dags. 19. apríl 2005.

37 Sjá 1. gr. frumvarpsins, ibid., og nánari umfjöllun um undantekninguna í kafla 3.2.1 hér að neðan.

38 Danir og Svíar hafa kosið að samræma orðalag sinna höfundalaga nokkuð nákvæmlega við orðalag 2. gr. tilskipunarinnar, sjá 2. mgr. 2. gr. dönsku höfl. eins og þeim var breytt þann 2. okt. 2002 og 2. mgr. 2. gr. sænsku höfl. nr. 729/1960 eins og þeim var síðast breytt (sjá breytingarlögin SFS 2005:359). Norðmenn hafa ekki fylgt orðalagi tilskipunarinnar jafn nákvæmlega en eru þó með mun rýmri skilgreiningu en er að finna í þeirri íslensku, sjá 1. mgr. 2. gr. norsku höfl. nr. 2/1961 eins og þeim var síðast breytt með lögum nr. 97/2005.



kýs.“ Seinni hluti ákvæðisins, sem áréttar að miðlunarrétturinn taki til þess að gera verk aðgengileg almenningi, undirstrikar að aðildarríkin skuli tryggja rétt höfunda til miðlunar verka sinna á netinu, t.d. gegnum beinlínubjónustu eins og vefútlitvarp RÚV<sup>39</sup>, í gegnum tónlistarvefi eins og TONLIST.IS<sup>40</sup> eða með farsíma. Vert er að athuga í þessu sambandi að rétturinn tekur til þess að höfundar geta bannað að efni sé boðið fram þó svo að raunveruleg miðlun þess frá einum aðila til annars hafi ekki farið fram.<sup>41</sup>

Nánar er gerð grein fyrir hvað felist í miðlunarréttinum samkvæmt tilskipuninni í formálgreinum 23 og 24. Þar kemur fram að hann taki eingöngu til miðlunar efnis til almennings sem ekki er staddur á þeim stað sem miðlunin fer fram. Hann tekur því til útvarpsþendinga, endurvarps og þess að gera efni aðgengilegt á netinu, þ.m.t. að notandi geti fengið aðgang að efni sem hann sjálfur kýs á þeim stað og stund sem hentar honum. En hann tekur ekki til opinbers flutnings á efni þar sem notendur eru viðstaddir flutninginn. Miðlunarrétturinn skv. tilskipuninni er því þrengri en flutningsréttur skv. 3. mgr. 2. gr. höfundalaga að því leyti. Til að útskýra hvað fellur innan og hvað utan miðlunarhugtaks tilskipunarinnar má taka útvarpsþátt. Útsending útvarpsstöðvarinnar á þættinum fellur undir skilgreiningu tilskipunarinnar um að gera efni aðgengilegt almenningi því fjarlægðarmælikvarðinn er uppfylltur. En það að verslun, kaffihús eða annar opinber staður hafi kveikt á útvarpi til að láta viðskiptavinum sína njóta þáttarins fellur utan skilgreiningar

tilskipunarinnar þar sem þeir sem njóta eru staddir þar sem endurvarpið á sér stað.<sup>42</sup> Sömu leiðis fellur utan tilskipunarinnar opinber flutningur t.d. leikrits í leikhúsi þar sem þar eru áhorfendur á staðnum eða flutningur tónlistar á tónleikum. Ákvæði Bernarsáttmálans<sup>43</sup> tryggja þó áfram höfundum í aðildarríkjum sáttmálans rétt vegna opinbers flutnings verka sinna þar sem áhorfendur eru viðstaddir.<sup>44</sup>

Núgildandi höfundalög nota ekki orðalagið „miðlun“ en þau kveða á um einkarétt höfunda til að birta verk sín, sbr. 3. gr. höfl. Það felur í sér, samkvæmt 3. mgr. 2. gr. höfl., í fyrsta lagi rétt til flutnings á verkinu á opinberum vettvangi, t.d. uppsetningar leikrits í leikhúsi eða flutning verks í útvarpi, í öðru lagi sýningarrétt á opinberum vettvangi, t.d. sýning málverks og í þriðja lagi dreifingarrétt<sup>45</sup>. Flutningsréttarhugtakið skv. núgildandi lögum er mjög víðtækt og öll birting eða miðlun verka á netinu hefur verið talin falla undir það.<sup>46</sup>

Ekki er lagt til í frumvarpinu að gera breytingar á birtingarhugtakinu skv. 3. mgr. 2. gr. höfl. þar sem það þykir að mati menntamálaráðuneytisins nægilega víðtækt til að undir það falli miðlunarréttur tilskipunarinnar.<sup>47</sup> Danir, aftur á móti, breyttu orðalagi í birtingarákvæði sinna laga og bættu við sérstökum undirlið um miðlunarréttinn með sama orðalagi og er að finna í tilskipuninni. Þeir undirstrikuðu þó að ekki væri um efnisbreytingu að ræða, þeir töldu það ótvírætt að eldra ákvæðið um birtingarrétt höfundar tæki

39 Sjá heimasíðu RÚV, [www.ruv.is](http://www.ruv.is)

40 Sjá [www.tonlist.is](http://www.tonlist.is)

41 Sjá umfjöllun um 4. tl. 1. gr. í danska frumvarpinu frá 2002, nr. L 19., íbid. og Rosén, bls. 589, íbid.

42 Sjá umfjöllun í norska frumvarpinu, Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), bls. 19.

43 Bernarsáttmálinn til verndar bókmenntum og listum frá 1886 með síðari endurskoðunum, sjá texta hans á [http://brunnur.stjr.is/mrn/logogregl.nsf/ff6c260b2319251d002567ba004d88cb/4f05656259731b9e00256d0a003d1709/\\$FILE/AU11-1999.pdf](http://brunnur.stjr.is/mrn/logogregl.nsf/ff6c260b2319251d002567ba004d88cb/4f05656259731b9e00256d0a003d1709/$FILE/AU11-1999.pdf)

44 Sjá til dæmis 11. gr. og 11. gr. a Bernarsáttmálans.

45 Tilskipunin greinir á milli miðlunarréttar og

dreifingarréttar, sbr. 3. og 4. gr. hennar.

46 Sjá bls. 404-9 í *Internettjura* eftir Kasper Heine, Martin von Haller Grønnebæk og Jan Trazaskowski, 2. útgáfa, Kaupmannahöfn 2002. Norrænir dómstólar hafa talið að það að setja djúprækju á ólöglega birt efni á netinu, nánar tiltekið mp3 tónlistarskrár, falli undir flutningsréttarhugtakið, sbr. U2201.1572 V og NJA 2000:292 (NIR 2000:487), sjá þó nýlegan norskan hæstaréttardóm frá 27. janúar 2005 þar sem ekki var fallist á að slíkar djúprækjur væru sjálfstætt brot á birtingarrétti höfunda heldur hlutdeildarbrott í ólögþætri birtingu efnis.

47 Sjá umfjöllun um 1. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar í fylgiskjali II með frumvarpinu.



til miðlunarhugtaks tilskipunarinnar, þar sem flutningsréttarhugtakið væri svo víðtækt.<sup>48</sup> Sama gildir í Noregi, þ.e. þar var bætt við miðlunarhugtakinu í ákvæðið um birtingarrétt höfunda, sjá 4. mgr. 2. gr. norsku höfundalaganna,<sup>49</sup> en tekið fram í greinargerðum að efnislega væri þess ekki þörf heldur væri það eingöngu gert til að gera löginn skýrari.<sup>50</sup> Þetta styrkir ótvírætt afstöðu menntamálaráðuneytisins um að birtingarhugtak nügildandi höfundalaga sé nægilega víðtækt, enda voru upphaflegu löginn unnin í náinni norrænni samvinnu. Hins vegar eru enn gild þau rök að til samræmingar og skýringarauka væri æskilegt að orðalagi ákvæðisins væri breytt til samræmis við tilskipunina og sambærilegra ákvæða nágrannarþjóða okkar.

### 3.1.2.2. Réttthafar „skyldra réttinda“<sup>51</sup>

Tilskipunin greinir á milli miðlunnarréttar höfunda annars vegar og miðlunnarréttar réttthafa skyldra réttinda hins vegar, sbr. 1. og 2. tl. 3. gr. tilskipunarinnar. Réttihöfum skyldra réttinda er eingöngu tryggður réttur til að gera nánar tiltekna upptökur og hljóðrit aðgengileg almennungi, sbr. 2. tl. 3. gr. tilskipunarinnar. Ástæða þessarar aðgreiningar er sú að í tilskipun nr. 92/100 um leigu- og útlánsrétt er kveðið á um miðlunnarrétt slíkra réttthafa. Hann er þó þrengri en skv. 3. gr. tilskipunar 2001/29.<sup>52</sup> Í nügildandi lögum er kveðið á um rétt réttthafa skyldra réttinda í 45., 46. og 48. gr. höfundalaga.

Ákvæði 2. tl. 3. gr. tilskipunarinnar um rétt réttthafa skyldra réttinda til „að gera verk sín aðgengileg almennungi með þeim hætti að

hver og einn geti fengið aðgang að verkunum á þeim stað og á þeirri stund sem hann sjálfur kys“ fellur undir opinberan flutningsrétt sem þeim er tryggður með ákvæðum 45., 46. og 48 gr. höfl. Ef opinber listflutningur hefur verið gefinn út á hljóðriti er flutningsréttur listflytjenda og framleiðanda háður afnotakvöð<sup>53</sup> í nügildandi lögum, sbr. 1. mgr. 47. gr. höfl. Ekki er heimild til í tilskipuninni að takmarka rétt skv. 2. tl. 3. gr. tilskipunarinnar með afnotakvöð. Því er lagt til í 9. gr. frumvarpsins til breytinga á höfundalögum að bætt verði við eftirfarandi nýjum málslið:

*Heimild til notkunar útgefins hljóðrits til flutnings í útvarpi eða annarrar opinberrar dreifingar listflutnings gildir ekki um þá miðlun hljóðrita sem í því felst að hljóðrit er gert aðgengilegt með þeim hætti að hver og einn geti fengið aðgang að því á þeim stað og á þeirri stundu sem hver og einn sjálfur kys.*

Ef frumvarpið verður að lögum mun þetta ákvæði tryggja listflytjendum og framleiðendum hljóðrita einkarétt á að heimila aðgang að sköpun sinni í gegnum pöntunarþjónustu á netinu og öðrum tölvunetum, t.d. í gegnum tónlistarvefina TONLIST.IS eða til miðlunar kvikmyndu í gegnum vefþjónustur.<sup>54</sup>

### 3.1.3 Dreifingarréttur

Fjallað er um dreifingarréttinn í 4. gr. tilskipunarinnar. Þar segir: „Aðildarríkin skulu kveða á um einkarétt til handa höfundum til að heimila eða banna hvers konar dreifingu til almennings með sölu eða á annan hátt að því er varðar frumrit eða afrit

48 Sjá umfjöllun um 4. tl. 1. gr. danska í Lovforslag nr. L 19, ibid.

49 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. nr. 2/1961 eins og þeim var breytt með lögum nr. 97/2005.

50 Sjá greinargerð með frumvarpinu í Ot.prp. nr. 46, bls.20 og umfjöllun í álitu norsku menningarmálanefndarinnar: Innst. O. nr. 103 (2004-2005), bls. 8.

51 Hér er átt við listflytjendur, framleiðendur hljóð- og myndrita og útvarpsstofnana, sjá V. kafla nügildandi höfundalaga. Hugtakið „skyld réttindi“ er notað

í athugasemdum með frumvarpinu til breytinga á höfundalögum, ibid.

52 Sjá grein Martin Kyst, bls. 307, ibid., og bls. 19 í norska frumvarpinu til inleiðingar tilskipuninni, Ot.prp. nr. 46 (2004-2005).

53 Afnotakvöð felur í sér að ákveðin afnot verndaðra verka eru heimiluð án þess að leita þurfi samþykkis réttthafa en gegn gjaldi.

54 Sjá athugasemdir við 9. gr. frumvarpsins, ibid.

verka þeirra.“ Með þessu er réttur höfunda til dreifingar verka sinna samræmdur innan EES svæðisins að því er varðar önnur verk en tölvuforrit og gagnagrunna en dreifingarréttur til slíkra verka var samræmdur í fyrri tilskipunum Evrópusambandsins.<sup>55</sup> Ákvæðið tekur eingöngu til höfunda en um dreifingarrétt rétthafa skyldra réttinda gildir 9. gr. tilskipunar nr. 92/100 um leigu og útlánsrétt. Í formálgrein 28 er tiltekið að dreifingarrétturinn taki eingöngu til hlutbundinna eintaka, þ.e. dreifing verka á rafrænan hátt, t.d. á netinu, fellur ekki undir dreifingarrétt skv. 4. gr. tilskipunarinnar þar sem ekki er um að ræða eintök sem eru hluti af efnislegri vöru. Þetta er í samræmi við skilgreiningu norræns höfundaréttar á dreifingarréttinum.<sup>56</sup>

Dreifingarréttur höfunda er nú þegar tryggður í íslenskum höfundalögum, sbr. 3. gr. og 2. og 3. mgr. 2. gr. og því er ekki þörf á lagabreytingu til innleiðingar ákvæðis 1. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar.<sup>57</sup>

### 3.1.4 Tæming réttinda

Tæming réttinda fjallar um skilin á milli réttar höfundar til verks síns og réttar þess aðila sem fengið hefur eintak af verki löglega afhent. Þannig segir í tilskipuninni í formálgrein 28: „Eftir fyrstu sölu í bandalaginu á frumverki eða afrítum þess af hálfu rétthafa eða með leyfi hans er rétturinn til að stjórna endursölu þess verks tæmdur.“ Almennt hafði verið álitid að tæming réttinda innan höfundaréttarins væri alþjóðleg, þ.e. endurframsal eintaka af vernduðu verki væri ekki háð rétti höfundar verksins eða annarra rétthafa ef þeir hefðu

samþykkt fyrsta framsal, hvar sem það hefði átt sér stað í heiminum. Alþjóðasamningar WIPO eftirléttu aðildarríkjunum frelsi til að ákveða hvaða reglur, ef einhverjar, skyldu gilda um tæmingu réttinda.<sup>58</sup> Ákvæði tilskipunarinnar um svæðisbundna tæmingu réttinda, sbr. 2. tl. 4. gr. og formálgrein 28, var því umdeilt, ekki bara á meðal EFTA-EES ríkja, heldur á meðal þeirra ríkja sem áður höfðu aðhyllst alþjóðlega tæmingu réttinda.<sup>59</sup> Svæðisbundin tæming hugverkaréttinda gerir rétthöfum kleift að markaðssetja vöru sína með mismunandi hætti eftir því hvaða landsvæði er um að ræða, t.d. með því að hafa mismunandi verð. Ýmsir benda á að þetta fari gegn hagsmunum neytenda. Aðrir segja að þetta sé edlilegur og nauðsynlegur þáttur í rétti höfunda og annarra rétthafa til að tryggja hagsmuni sína.<sup>60</sup>

Tilskipanir nr. 91/250 um tölvuforrit og nr. 96/9 um gagnagrunna höfðu ákvæði um svæðisbundna tæmingu réttinda. Norrænu löndin kusu að líta á þau ákvæði sem valkvæð, þ.e. að þau útilokuðu ekki alþjóðlega tæmingu réttinda og tóku því ekki upp svæðisbundna tæmingu vegna tölvuforrita og gagnagrunna.<sup>61</sup> Mjög umdeilt var hvort ákvæði um svæðisbundna tæmingu réttinda í tilskipun nr. 89/104 um vörumerki skyldaði aðildarríkin, þ.m.t. EES-EFTA ríkin, til að afnema alþjóðlega tæmingu vörumerkjaréttinda eða ekki. EFTA dómstóllinn og Evrópu dómstóllinn (ECJ) komust að mismunandi niðurstöðu um þetta atriði. EFTA dómstóllinn taldi EES-EFTA löndin ekki skuldbundin til að afnema alþjóðlega tæmingu með hliðsjón

55 Sjá c-lið 4. gr. tilskipunar nr. 91/250 um tölvuforrit og c-lið 5. gr. tilskipunar nr. 96/9 um gagnagrunna. Þar sem ákvæðum þessara tilskipana er ekki breytt með 11. gr. tilskipunarinnar er ljóst að ákvæði framangreindra tilskipana um dreifingarrétt eru áfram í gildi, sjá um þetta Martin Kyst, bls. 308, ibid.

56 Sjá Rosén, bls. 586-7, ibid. Ónákvæmni gættir hins vegar í núgildandi höfundalögum um notkun hugtaksins „dreifing“, t.d. er í 4. mgr. 2. gr. höfl. talað um að efni sé dreift með hátalara, skýrara væri að nota „flutt“ eða „miðlað“. Sama gildir um 4. tl. 1. mgr. 45. gr. höfl. Þar segir „dreifing ... um þráð eða þráðlaust“ en ætti að vera „miðlun“ eða „flutningur“. Hugtakanotkunin skiptir máli varðandi skilning á hinum

mismunandi réttindum sem falla undir höfundarétt, t.d. varðandi tæmingu réttinda, sbr. umfjöllun í kafla 3.1.4 hér að neðan.

57 Sjá umfjöllun um 1. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar í fylgiskjali II með frumvarpinu, ibid.

58 Sjá 2. mgr. 6. gr. WCT og 2. mgr. 8. gr. WPPT.

59 Sjá Kyst, bls. 308 og Rosén, bls. 587-8, ibid.

60 Sjá Mogens Koltvedgaard, „Lærebog i Immaterialret“, 7. útgáfa í ritstjórn Jens Schovsbo, Kaupmannahöfn 2005, bls. 123 og áfram.

61 Sjá Rosén, bls. 587, ibid.



af mismunandi tilgangi EES og ESB; EES væri fríverslunarsvæði en ESB væri tollabandalag. ECJ komst hins vegar að gagnstæðri niðurstöðu þar sem annað gæti hindrað frjálsan flutning vöru innan ESB og kæmi á mismunandi réttarástandi á milli einstakra aðildarríkja sem væri gagnstætt tilgangi tilskipunarinnar.<sup>62</sup> Þrátt fyrir niðurstöðu EFTA dómstólsins er óheppilegt að mismunandi reglur gildi um þetta atriði innan EES svæðisins.<sup>63</sup> Ljóst er að svo verður ekki varðandi höfundarétt, þar sem þetta atriði hefur verið til lykta leitt, sbr. umfjöllun hér að framan í kafla 2.0. Í samræmi við það er lagt til í 6. gr. frumvarpsins að innleidd verði svæðisbundin tæming höfundaréttinda hér á landi.<sup>64</sup> Áður hafði svæðisbundin tæming réttinda verið lögfest varðandi dreifingarrétt listflytjenda, sbr. 3. mgr. 45. gr. höfl. og dreifingarrétt framleiðenda mynd- og hljóðrita, sbr. 2. mgr. 46. gr. höfl. vegna innleiðingar tilskipunar nr. 92/100 um leigu og lánsréttindi.<sup>65</sup> Ekki er gert ráð fyrir tæmingu réttinda útvarpsstofnana skv. 48. gr. höfl.<sup>66</sup>

Tæming réttinda tekur til dreifingar- og sýningarréttar að eintökum verks, en ekki til réttar höfundar til eintakagerðar eða flutningsréttar hans. Réttur höfundar til opinbers flutnings verka sinna tæmist ekki við frumflutning verks heldur telst hver flutningur sjálfstæð og vernduð athöfn á grundvelli 3. gr. höfl. Það sem skiptir máli

í þessu sambandi er að dreifingarréttur og sýningarréttur tekur til efnislegra eintaka verka á meðan flutningsrétturinn, þ.m.t. miðlunarrétturinn, tekur ekki til efnislegra eintaka heldur eingöngu flutnings eða miðlunar á viðkomandi verki. Í 3. tl. 3. gr. tilskipunarinnar er ítrekað sérstaklega að tæming réttinda eigi ekki við um flutning eða miðlun verka til almenningis og réttar til að gera efni aðgengilegt almenningi, sbr. formálgrein 29.

### 3.2 Undanþágur og takmarkanir

Í 5. gr. tilskipunarinnar er kveðið á um fjölmargar undanþágur og takmarkanir á einkarétti rétthafa sem eiga að tryggja jafnvægi á milli hagsmuna rétthafa og notenda, sbr. formálgrein 31. Megintilgangur þeirra er að auðvelda notendum, í sérstökum tilvikum, aðgang að efni sem fellur undir vernd höfundaréttar.<sup>67</sup> Mikill ágreiningur ríkti um hvernig nálgast ætti reglur um undanþágur og menn eru ekki á eitt sáttir um hvernig til hafi tekist.<sup>68</sup> Upphaflega frumvarpið fól einungis í sér örfáar undanþágur en ekki náðist samkomulag um að hafa þær færri en 21. Er þar um tæmandi talningu að ræða.<sup>69</sup> Undanþáguheimildir sem þarna eru taldar upp eru valkvæðar, utan ein sem er skyldubundin, sjá 1. tl. 5. gr. Engin þeirra er ófrávíkjanleg og því er hægt að víkja frá þeim með samningum milli rétthafa og notenda.<sup>70</sup> Allar undanþágur verða að uppfylla skilyrði

62 Sjá dóm EFTA dómstólsins í Maglite málinu nr. 2/1997, dags. 3. des. 1997, og dóm ECJ í Silhouette málinu, nr. C-355/1996, dags. 16. ágúst 1998.

63 Sjá í þessu sambandi nýlegan dóm Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-13221/2004, Apple Computer International gegn Tæknivali hf., þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að svæðisbundin tæming vörumerkjaréttinda gilti á Íslandi þrátt fyrir athugasemdir um hið gagnstæða í greinargerð með vörumerkjalogum og niðurstöðu EFTA – dómstólsins í máli nr. 2/1997.

64 Ekki er gerð undantekning varðandi tæmingu réttinda vegna tölvuforrita og gagnagrunna þrátt fyrir að strangt til tekið mætti viðhalda alþjóðlegri tæmingu fyrir þau réttindi í ljósi fyrri tülkunar norræna þjóða á ákvæðum tilskipana nr. 91/250 og nr. 96/9 um að þau útilokuðu ekki alþjóðlega tæmingu, sbr. ákvæði tilskipunarinnar í formálgrein 20 um að tilskipuninni sé ekki ætlað að hafa áhrif á ákvæði fyrri tilskipana nema slíkt sé sérstaklega tekið fram, sbr. 11. gr.

tilskipunarinnar. Það verður að teljast eðlilegt að hafa ekki sérreglu um tæmingu einstakra réttinda skv. höfundalögum, sbr. umfjöllun Rosén, bls. 588, ibid.

65 Sjá 7. og 9. gr. laga nr. 145/1996 um breytingu á höfundalögum.

66 Í 3. mgr. 69. gr. dönsku höfl., sem er sambærilegt ákvæði um útvarpsstofnanir, er gert ráð fyrir tæmingu réttinda, sjá Schönning, „Ophavsretsloven ...“, bls. 581, ibid., en ekki í sambærilegu norsku ákvæði, sjá 45. gr. a norsku höfundalaganna.

67 Sjá kafla 11.4 í almennum athugasemdum með frumvarpinu, ibid.

68 Sjá Kyst, bls. 308-9 og Rosén, bls. 593-4, ibid.

69 Sjá þó ákvæði gr. 5.3.o) sem heimilar minniháttar undanþágur sem eru þegar í landslögum einstakra ríkja á sviði hlíðrænnar notkunar, sjá umfjöllun í kafla 3.2.4. hér að neðan.

70 Sjá almennar athugasemdir með frumvarpinu, kafla 11.4, ibid.



5. tl. 5. gr., um að þeim skuli aðeins „... beitt í tilteknum sértilvikum sem stríða ekki gegn eðlilegri hagnýtingu verks eða annars efnis og skerða ekki með ósanngjörnum hætti lögmæta hagsmuni réttshafa.“ Þetta ákvæði er byggt á 2. mgr. 9. gr. Bernarsáttmálans.<sup>71</sup> Mælikvarðinn sem settur er fram í ákvæðinu gengur undir heitinu „the three step test“ á ensku sem nefna mætti „þriggja þrepa þröskuldinn“ á íslensku vegna þeirra þriggja skilyrða sem undanþágur þurfa að uppfylla. Aðildarríkjum er í sjálfsvald sett hvernig mat á því hvort undanþágur uppfylli þennan mælikvarða er framkvæmt. Þó svo að lokum sé það Evrópuðómstóllinn sem eigi lokaorðið um það varðandi ESB löndin og EFTA-dómstóllinn varðandi EES-EFTA löndin. Í frumvarpinu er ekki lagt til að ákvæðið verði lögfest hér á landi.<sup>72</sup>

Í undanþágunum er yfirleitt ekki greint á milli þess hvaða tækni er notuð, þ.e. þær taka bæði til hliðrænnar og stafrænnar notkunar, fyrir utan ákvæði n. liðar 3. tl. 5. gr. sem varðar tölvaúdgang almennings á almenningsbókasöfnum og sambærilegum stofnunum og ákvæða o. liðar 3. tl. 5. gr. sem varðar minniháttar undanþágur vegna hliðrænnar notkunar.

Undanþágur frá einkarétti höfunda skv. norrænum höfundalögum falla að mestu leyti undir undanþáguheimildir tilskipunarinnar.<sup>73</sup> Í almennum athugasemdum með frumvarpinu til breytinga á höfundalögum er tekið fram að laga þurfi einhverjar undanþágur í höfundalögunum að þeim skilyrðum sem sett eru í tilskipuninni, sbr. t.d. 2. gr. frumvarpsins um eintakagerð til einkanota, en tekið fram að ekki sé þörf á að fella neina af nágildandi takmörkunum niður. Jafnframt er tekið fram að undanþáguheimildir til-

skipunarinnar „...þykja ekki í sjálfu sér gefa tilefni til þess að teknar verði upp nýjar undantekningar í íslensku höfundalögin“.<sup>74</sup>

*3.2.1 Skammtíma eða tilfallandi eftirgerð*  
Vegna þess hve víðtækur einkaréttur höfunda og annarra réttshafa til eintakagerðar er skv. 2. gr. tilskipunarinnar þótti nauðsynlegt að hafa undanþágu vegna skammtíma eða tilfallandi eftirgerðar sem verður til sem „örjúfanlegur og mikilvægur liður í tækniferli“, sbr. nánari skilyrði undanþágunnar í 1. tl. 5. gr. og formálgrein 33. Tilgangur þessarar undanþágu er að koma í veg fyrir að eintakagerð, sem verður sjálfkrafa og tilfallandi til vegna gagnasamskipta á netinu og er nauðsynlegur liður í notkun netsins, sbr. a. lið 1. tl. 5. gr., teljist brot á höfundarétti. Sömuleiðis er tilgangurinn að koma í veg fyrir að sjálfkrafa og tilfallandi eintök sem verða til við eðlilega notkun verka í tölvu, teljist brjóta í bága við höfundarétt þegar um löglega notkun er að ræða, sbr. b. lið 1. tl. 5. gr. Í frumvarpinu er lagt til að þetta ákvæði verði lögfest með nýju ákvæði sem yrði 10. gr. a.<sup>75</sup>

Fyrri undanþágan, sbr. a. lið 1. tl. 5. gr. tilskipunarinnar, varðar milliliði, þ.e. þá sem veita þjónustu í tengslum við umferð á netinu, svo sem fjarskiptafyrirtæki og aðgangsveitendur að netinu. Hún tengist ábyrgðarreglum þjónustuveitenda rafrænnar þjónustu skv. tilskipun nr. 2000/31 um rafræn viðskipti<sup>76</sup> sem hafa verið lögfestar hér á landi.<sup>77</sup> Þegar verki er miðlað í gegnum netið er því skipt upp í litlar einingar til þess að auðvelda flutning þeirra. Þær einingar eru síðan sendar áfram og eru vistaðar í skammtíma á mismunandi beinum (e. router) eða vefþjónum sem síðan beina þeim áfram

71 Sjá líka 13. gr. TRIPS samningsins, 10. gr. WCT og 2. mgr. 16. gr. WPPT.

72 Sjá umfjöllun um 5. mgr. 5. gr. tilskipunarinnar í fylgiskjali II með frumvarpinu, ibid.

73 Sjá Rosén, bls. 594 og Kyst, bls. 309, ibid.

74 Sjá almennar athugasemdir með frumvarpinu, kafli II.4, ibid.

75 Sjá 1. gr. frumvarpsins.

76 Sjá formálgrein 16 í tilskipuninni og einnig formálgrein 50 í tilskipun nr. 2000/31 um rafræn viðskipti sem leggur áherslu á að mikilvægt sé að tilskipanirnar öðlist gildi á sviðuðum tíma svo unnt verði að setja skýran ramma reglna um ábyrgð milliliða með tilliti til brota á sviði höfundaréttar og réttinda sem tengjast honum.

77 Sbr. V. kafa laga nr. 30/2002 um rafræn viðskipti og aðra rafræna þjónustu.

til næsta staðar þar til þær sameinast hjá þjónustuveitanda viðtakanda. Flutningurinn hefur því í för með sér að skammtíma og tilfallandi eintök verða sjálfkrafa til á leiðinni sem hafa þann eina tilgang að greiða fyrir flutningi verkanna. Undanþágan nær til slíkra eintaka og á að koma í veg fyrir að rétthafar geti komið með kröfur á hendur milligönguaðilum á netinu vegna venjulegra og nauðsynlegra athafna.<sup>78</sup> Almennt er skilyrði undanþágunnar að viðkomandi milliliðir eða notendur tölva hafi ekki tók á að stjórna tilurð eða hversu lengi viðkomandi tilfallandi eintök eru til. Skyndivistun sem netþjónustur nota til að auka skilvirkni og til að minnka álag (e. proxy - caching)<sup>79</sup> felur í sér að viðkomandi netþjónustur hafa möguleika á að stjórna hversu lengi hin tilfallandi eintök eru til staðar. Þó er talið að undanþágan nái einnig til slíkra eintaka að því gefnu að þau séu ekki til lengri tíma<sup>80</sup> enda virðist í formálgrein 33 vera gert ráð fyrir slíkum aðgerðum. Þar segir: „... skal undanþágan taka til aðgerða sem gera það kleift að rápa á vefnum og skyndivista, þar á meðal aðgerðir til að tryggja að útsendingarkerfi starfi á skilvirknan hátt“.

Annað skilyrði undanþágunnar er að eintakagerðin hafi ekkert sjálfstætt efnahagslegt gildi.<sup>81</sup> Í frumvarpi sænsku ríkisstjórnarinnar til innleiðingar á tilskipuninni er bent á að eintak sem verður til vegna skyndivistunar sem netþjónustur nota geti haft sjálfstætt fjárhagslegt gildi t.d. ef upphaflega verkið er fjarlægt af netinu. Þeir telja því að þannig eintak falli ekki undir undanþáguákvæði 1. tl. 5. gr.<sup>82</sup> Hvorki er um

þetta atriði fjallað í lagafrumvörpum Dana og Norðmanna né íslenska frumvarpinu.<sup>83</sup> Væntanlega má þó gera ráð fyrir sama skilningi hjá Dönum, Norðmönnum sem og hérlandis, og hjá Svíum, varðandi eintök sem verða til við skyndivistun sem notuð er til að auka skilvirkni, og sem reynast hafa sjálfstæða fjárhagslega þýðingu, á grundvelli hinnar almennu forsendu um að eintakagerðin megi ekki hafa sjálfstætt fjárhagslegt gildi. Það yrði metið í hverju einstöku tilviki.<sup>84</sup>

Ennfremur eru það skilyrði undanþágunnar að milliliðurinn breyti ekki upplýsingunum og gripi ekki inn í löglega notkun tækni, sem er viðurkennd og notuð í atvinnugreininni, í þeim tilgangi að afla sér gagna um notkun upplýsinganna, sbr. formálgrein 33. Þetta eru sömu skilyrði og er að finna í tilskipuninni um rafræn viðskipti.<sup>85</sup>

Undanþágan skv. a. lið 1. tl. 5. gr. er ekki bundin við að hin tilfallandi og skammtíma eintök séu af verkum sem löglega hafa verið sett í umferð. Mikið er um ólöglegt efni á netinu, t.d. tónlistarskrár sem settar hafa verið á netið án samþykkis rétthafa. Rétthafar geta oft ekki upplýst hver er upphafsmaður að dreifingu ólöglegs efnis þó þeir hafi upplýsingar um á hvaða netþjónum verkin liggja og IP tölur<sup>86</sup> notenda. Því getur verið mikilvægt fyrir þá að geta leitað aðstoðar milliliða ef grunur er á að þjónusta þeirra sé notuð til að brjóta gegn höfundarétti. Því er að finna ákvæði í 3. tl. 8. gr. tilskipunarinnar um heimild rétthafa til að krefjast lögbanns gegn milliliðum ef þriðji aðili notar þjónustu þeirra til að brjóta gegn höfundarétti.

78 Sjá Kyst, bls. 306, ibid.

79 Sjá t.d. upplýsingar um slíka skyndivistun hjá þjónustuaðilanum Snerpu, sjá <http://www.snerpa.is/notendur/proxy.phtml>.

80 Sjá Regeringens proposition 2004/05:110, bls. 94, sjá á slóðinni <http://www.copyswede.se/files/sspef2UY.pdf>

81 Sbr. 1. tl. 5. gr. og formálgrein 33.

82 Sjá Regeringens proposition 2004/05:110, bls. 97.

83 Sjá umfjöllun um 7. tl. 1. gr. í danska frumvarpinu frá 2002, nr. L 19, bls. 17 og um 11. gr. a í norska frumvarpinu, Ot.prp. nr. 46(2004-2005), bls. 141, og athugasemdir með 1. gr. frumvarpsins, ibid.

84 Sjá Kyst, bls. 306, ibid. Það er hins vegar athyglisvert að sjá að í greinargerð með 13. gr. laga nr. 30/2002, um rafræn viðskipti, virðist vera gert ráð fyrir að slík skyndivistun geti skapað þjónustuveitenda ábyrgð andstætt því sem talið er gilda í Danmörku, sjá. þskj. 774. – 489. mál, 127. löggjafarþing 2001-2002 og umfjöllun þetta atriði hjá Jakob Plesner Mathiasen í „E-handelsloven regulering af formidleransvaret“ í NIR 2004:2, bls. 140.

85 Sbr. 1. tl. 13. gr. tilskipunar nr. 2000/31 um rafræn viðskipti og 13. gr. laga nr. 30/2002.

86 IP tala er kennitala einstakra tölva.



Ákvæðið er nánar skýrt í formálgrein 59, en þar segir:

„Í mörgum tilvikum eru slíkir milliliðir í bestri aðstöðu til að binda enda á brotlega háttsemi af þessu tagi. Með fyrirvara um önnur viðurlög og úrræði sem bjóðast skulu réttthafar eiga þess kost að fara fram á lögban gegn millilið sem miðlar um net afrakstri af broti þriðja aðila á rétti að vernduðu verki eða öðru efni. Þessi kostur skal einnig vera fyrir hendi þótt aðgerðir milliliðarins séu undanþegnar skv. 5. gr.“

Þetta ákvæði er skylt ákvæðum tilskipunar um rafræn viðskipti sem kveða á um að takmörkun á ábyrgð milliliða komi ekki í veg fyrir úrræði dómstóls eða stjórnvalds til að krefjast þess að þjónustuveitandi stöðvi eða komi í veg fyrir brot.<sup>87</sup>

Undanþágan skv. b. lið 1. tl. 5. gr. í tilskipuninni varðar venjubundna notkun tölvu vegna skammvinnra og tilfallandi eintaka sem verða til, annað hvort í vinnsluminni (e. RAM) eða skyndiminni (e. cache) tölvunnar, t.d. þegar geisladiskur er lesinn af tölvunni eða þegar vafrað er á netinu. Það að vafra á netinu og hlusta á eða lesa efni á vefsíðum telst ekki í sjálfu sér aðgerð sem varðar höfundarétt, svo framarlega sem efni er ekki hlaðið niður. En vegna hinnar víðtæku skilgreiningar á einkarétti réttthafa til eintakagerðar þá myndu hin tilfallandi eintök sem verða til á tölvum notenda við það að vafra vera óheimil ef ekki kæmi til sérstök undanþága. Skilyrði þessarar undanþágu er almennt að um löglega notkun sé að ræða með því að réttthafar hafi samþykkt notkunina,<sup>88</sup> hún sé heimil á grundvelli takmarkana á höfundarétti, sbr. t.d. II. kafla höfundalaga, eða hún falli utan

ákvæða höfundalaga, t.d. vegna þess að höfundavernd er útrunnin eða að aðgerðirnar teljist ekki varða höfundarétt.<sup>89</sup>

Eins og að framan greinir þá er lagt til í frumvarpinu að tekið verði upp nýtt ákvæði í höfundalögin sem heimili undanþágu á einkarétti réttthafa til eintakagerðar vegna tilfallandi og skammvinnra eintaka í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar. Skilyrði undanþágunnar eru talin upp í fjórum tölulíðum. Þau eru samverkandi þannig að sérhver undanþága þarf að uppfylla öll fjögur skilyrðin. Sérstaklega er tekið fram að undanþágan taki ekki til tölvuforrita og gagnagrunna, en réttur til slíkra verka var samræmdur með fyrri tilskipunum Evrópusambandsins.<sup>90</sup>

### 3.2.2 Takmarkanir á réttinum til eftirgerðar, sbr. 2. tl. 5. gr. tilskipunarinnar

#### 3.2.2.1 Almennt

Í 2. tl. 5. gr. tilskipunarinnar er að finna ákvæði sem heimila takmarkanir á einkarétti réttthafa til eintakagerðar. Þeim má skipta í þrennt, eftirgerð á pappír eða svipaðan miðil, sbr. a. lið, eftirgerð til einkanota, sbr. b. lið, og eftirgerð í þágu tiltekinna stofnana sem ekki er gerð í hagnaðarskyni, sbr. c.-e. lið.

Stafræn eintakagerð felur í sér að oft er enginn munur á frumriti og afriti. Hliðræn eintakagerð, t.d. ljósritun eða upptaka á segulband t.d. frá útvarpi, leiðir hins vegar oftast til lakari afrita. Af þeim sökum leiddu menn ekki hugann að því við setningu norrænna höfundalaga á sjötta áratugnum, þegar hliðræn eintakagerð var allsráðandi, að það gæti skipt máli hvort afrit væri gert af

<sup>87</sup> Sjá 3. tl. 12. gr., 2. tl. 13. gr., 3. tl. 14. gr. og 1. tl. 19. gr. tilskipunar nr. 2000/31. Á þetta hefur reynt í Danmörku sbr. úrskurð Eystri Landsréttar þann 29. apríl 2004 í máli ýmissa réttthafasamtaka gegn TDC Totallösungen A/S. Þar var samþykkt að lögban yrði lagt á TDC til að stöðva ólöglega starfsemi aðila sem hafði netaðgang hjá þeim þrátt fyrir að þeir bæru ekki ábyrgð á brotunum á grundvelli laga um rafræn viðskipti.

<sup>88</sup> Samþykki getur verið beint, t.d. í skilmálum sem fram koma með verkinu, eða óbeint með því að endurmiðlunin er möguleg án þess að gert sé ráð fyrir beinu samþykki, sjá athugasemdir með 1. gr. frumvarpsins.

<sup>89</sup> Sjá líka formálgrein 33 in fine.

<sup>90</sup> Sjá 2. tl. 1. gr. tilskipunarinnar, sbr. 2. mgr. 1. gr. frumvarpsins og tilskipanir nr. 91/250 um tölvuforrit og nr. 96/9 um gagnagrunna, sbr. lög nr. 57/1992, 145/1996 og 60/2000 sem löguðu höfundalögin að þeim tilskipunum.



löglegu eða ólöglegu eintaki. Það er hins vegar atriði sem skiptir verulegu máli með tilkomu stafrænnar tækni. Hún hefur í för með sér að hægt er að afrita tæknilega fullkomin eintök á hraðvirkan og ódýran máta sem auðvelt er að dreifa, sérstaklega á netinu.

Í tilskipuninni er ekki að finna beina kröfu um að eintakagerð á grundvelli undanþága sé eingöngu heimil af löglegum eintökum verka, þ.e. eintökum sem ekki fela í sér brot á rétti höfunda skv. 2. og 3. gr. höfl. Hins vegar má óbeint leiða þetta skilyrði af ákvæði 5. t. 5. gr. tilskipunarinnar um að allar undanþágur skuli uppfylla „þriggja þrepa þröskuldinn“.<sup>91</sup> Danir innleiddu ákvæði árið 2001 sem mælti fyrir um að til að geta nýtt sér takmarkanir höfundalaganna á einkarétti rétthafa til eintakagerðar, þá þyrfti viðkomandi eintakagerð að vera framkvæmd á grundvelli löglegs eintaks.<sup>92</sup> Norðmenn og Svíar innleiddu sömuleiðis ákvæði sem kveða á um að eintakagerð til einkanota sé eingöngu heimil af löglegum eintökum, þegar þeir innleiddu tilskipunina.<sup>93</sup>

Norska og sænska ákvæðið er þrengra en það danska, þar sem þau fyrrgreindu taka eingöngu til eintakagerðar til einkanota. Ljóst er af athugasemdum með danska frumvarpinu að ákvæðið hefur mesta þýðingu í tengslum við eintakagerð til einkanota<sup>94</sup> og það er af þeirri ástæðu sem Norðmenn ákváðu að takamarka skilyrðið við eintakagerð til einkanota.<sup>95</sup> Sömuleiðis eru skilyrði refsí- og bótaábyrgðar mismunandi í Danmörku og Noregi. Í Danmörku getur

brot grundvallast annað hvort á ásetningu eða gáleysi<sup>96</sup> en í Noregi þarf ásetningur að liggja fyrir.<sup>97</sup> Hins vegar er tekið fram í athugasemdum með danska ákvæðinu að ekki sé lögð rannsóknarskylda á notendur, eingöngu verði lögð ábyrgð á hendur þeim sem var kunnugt um að eintakið sem afritað var hafi verið ólöglegt.<sup>98</sup>

Ekki er fjallað um þetta atriði í íslenska frumvarpinu. Því hefur verið haldið fram að þar sem ekki sé beint ákvæði í núgildandi höfundalögum sem banni eintakagerð til einkanota af ólöglegum eintökum þá sé vafasamt að slíkt sé ólöglegt.<sup>99</sup> Á hinn bóginn má halda því fram að aðild Íslands að Bernarsáttmálanum<sup>100</sup> og TRIPS samningi alþjóðaviðskiptastofnunarinnar<sup>101</sup> leiði til þess að túlka verði undanþáguna um eintakagerð til einkanota á þann veg að hún sé eingöngu heimil af löglegum eintökum þar sem annað skaðaði „...í óeðlilegum mæli réttmæta hagsmuni rétthafa“ en báðir sáttmálarnir innihalda ákvæðið um „þriggja þrepa þröskuldinn“ sem skilyrði fyrir öllum undanþágum frá einkarétti höfunda.<sup>102</sup> Þetta atriði er mikilsvert fyrir rétthafa höfundaréttar og brýnt að kveðið verði á með skýrum hætti í höfundalögum að a.m.k. heimildin til eintakagerðar til einkanota skv. 11. gr. höfl. sé bundin því að notuð séu lögleg eintök.

### 3.2.2.2 Eftirgerð á pappír

Ef eftirgerð er á pappír (eða svipaðan miðil) þá er heimilt að leyfa ljósritun án samþykkis rétthafa „... með hvers konar ljósmyndatækni

<sup>91</sup> Sjá athugasemdir Peter Schönning í „Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer?“, U.2000B.499.

<sup>92</sup> Sjá 3. mgr. 11. gr. dönsku höfundalaganna, sbr. lög nr. 472 af 7.6.2001, sbr. FT 2000-2001, Tillæg B, s. 1095, ff.

<sup>93</sup> Sjá 4. mgr. 12. gr. norsku höfl. og 4. mgr. 12. gr. sænsku höfl. eftir lagabreytingarnar á þessu ári (2005).

<sup>94</sup> Sjá 3. mgr. 11. gr. dönsku höfl., athugasemdir með lagafrumvarpi nr. L 141, skjal 55, sbr. FT 2000-2001, Tillæg B, s. 1095, ff. og umfjöllun Schönning í „Ophavsretsloven ...“, bls. 239.

<sup>95</sup> Sjá Innst.O. nr. 103 (2004-2005), bls. 10.

<sup>96</sup> Sjá Schönning í „Ophavsretsloven ...“, bls. 239.

<sup>97</sup> Sjá 3. mgr. 55. gr. norsku höfl. og umfjöllun í Innst.O. nr. 103 (2004-2005), bls. 10.

<sup>98</sup> Sjá athugasemdir með lagafrumvarpi nr. L 141, skjal 55, sbr. FT 2000-2001, Tillæg B, s. 1095, ff. og umfjöllun Schönning í „Ophavsretsloven ...“, bls. 239.

<sup>99</sup> Sjá grein í Morgunblaðinu, 1. október 2004, sem er byggð á viðtali við Eirik Tómasson, prófessor við Háskóla Íslands og lögmann Sambands tónskálda og eigenda flutningsréttar, STEF.

<sup>100</sup> Sjá auglýsingu nr. 11/1999.

<sup>101</sup> Sjá auglýsingu nr. 62/1995. TRIPS stendur fyrir Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

<sup>102</sup> Sjá athugasemdir Peter Schönning í „Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer?“, U.2000B.499.

eða öðru vinnsluferli sem gefur svipaðan árangur ...“ án tillits til þess hvort hún sé til einkanota eða í atvinnuskyni svo framarlega sem réttahafar fái sanngjarnar bætur, sbr. a. lið 2. tl. 5. gr. tilskipunarinnar. Nótur eru þó undanskildar þessu. Á grundvelli þessa ákvæðis mætti heimila ljósritun<sup>103</sup> alls verndaðs efnis með afnotakvöð nema nótna. Ljósritun nótna í atvinnuskyni er ekki heimil án samþykkis réttahafa skv. tilskipuninni. Hins vegar geta samningar um ljósritun nótna í atvinnuskyni verið heimilir á grundvelli samningskvaðaákvæðis<sup>104</sup>, en telja verður að samningskvaðaákvæði 15. gr. a nügildandi höfundalaga um ljósritun falli undir undanþágu a. liðar 2. tl. 5. gr. tilskipunarinnar.<sup>105</sup>

Heimildin til undanþágu vegna ljósritunar efnis er því mjög víðtæk. Einnig má af orðalagi formálgreinar 37 ráða að útfærslumöguleikar undantekninga vegna ljósritunar séu fleiri en leiða má af orðalagi greinarinnar, en þar segir: „Innlendar reglur um ljósritun, sem kunna að vera fyrir hendi, valda ekki miklum hindrunum fyrir innri markaðinn. Aðildarríkjunum skal vera heimilt að kveða á um undanþágu eða takmörkun að því er varðar ljósritun.“<sup>106</sup>

Gerð er krafa um sanngjarnar bætur fyrir ljósritun skv. þessu ákvæði hvort sem það er til einkanota eða í atvinnuskyni. Samkvæmt nügildandi lögum þá er ljósritun til einkanota heimil án endurgjalds, sbr. 1. mgr. 11. gr. höfl. Ekki gerð tillaga til breytinga á því fyrirkomulagi í frumvarpinu enda má túlka orð formálgreina tilskipunarinnar á þann veg að það sé heimilt.<sup>107</sup>

### 3.2.2.3 Eftirgerð til einkanota

Af b. lið 2. mgr. 5. gr. tilskipunarinnar má sjá að ef um eftirgerð á annan hátt en á pappír (eða svipaðan miðil) er að ræða, þá er aðeins heimilt að leyfa slíka eftirgerð ef hún er gerð til einkanota og þá skal jafnframt greiða sanngjarnar bætur fyrir. Hér er einkum höfð í huga stafræn eintakagerð.

Norðmenn telja að innan heimildarinnar til eintakagerðar til einkanota falli að einhverju leyti heimild til að gera eintak vegna atvinnu viðkomandi einstaklings, t.d. vegna eintaka sem gerð eru til að taka heim með sér til frekari skoðunar, svo framarlega sem þau eintök séu eingöngu notuð af viðkomandi einstaklingi og fari ekki til annarra aðila.<sup>108</sup> Danir túlka heimildina á sama hátt þrátt fyrir að þegar þeir innleiddu tilskipunina árið 2002 hafi þeir bætt við skilyrðin fyrir eintakagerð til einkanota að hún mætti ekki vera í atvinnuskyni.<sup>109</sup> Er þessi túlkun í samræmi við skilning framkvæmdastjórnar ESB á ákvæðinu.<sup>110</sup> Í íslenska frumvarpinu er lagt til að notað verði orðalagið „... enda sé það ekki gert í fjárhagslegum tilgangi“ til að undirstrika skilyrði b. liðar 2. tl. 5. gr. tilskipunarinnar um að eintakagerðin megi ekki vera viðskiptalegs eðlis.<sup>111</sup> Jafnframt er lagt til að heimildin verði takmörkuð við einstaklinga þannig að ljóst sé að lögaðilar geti ekki notið þessarar undanþágu. Síðast en ekki sist er lagt til að fellt verði úr ákvæði nügildandi 11. gr. höfl. um að enginn megi „...gera eða láta gera fleiri en þrjú slík eintök til notkunar í atvinnu sinn.“ Það ákvæði hefur sætt gagnrýni á norrænum vettvangi fyrir að fara út fyrir ramma þess

<sup>103</sup> Ákvæðið tekur líka til útprentunar á verkum sem eru í stafrænu formi, t.d. frá netinu, sjá orðalag ákvæðisins og Kyst, bls. 310, ibid.

<sup>104</sup> Ot.prp. nr. 46, bls. 42. Samningskvöð, sem á upphaf sitt í norrænum höfundarétti, felur í sér að samningur um not verka gegn endurgjaldi, sem gerður hefur verið við samtök réttahafa höfundaréttar, er látinn binda réttahafa bæði innan og utan samtakanna, sjá Koktvedgaard, „Lærebog ...“, bls. 26. í frumvarpinu er hugtakið „heilдарleyfi“ notað yfir samningskvöð.

<sup>105</sup> Sbr. formálgrein 18 í tilskipuninni sem tryggir áfram hið norræna samningskvaðakerfi.

<sup>106</sup> Sjá Rosén, bls. 596, ibid.

<sup>107</sup> Sjá formálgrein 35, in fine, formálgrein 37 og formálgrein 38, in fine, og almennar athugasemdir með frumvarpinu, kafli 11.4, bls. 12.

<sup>108</sup> Ot.prp. nr. 46, bls. 38–39.

<sup>109</sup> Sjá umfjöllun um 8. tl. 1. gr. í danska frumvarpinu frá 2002, nr. L 19, ibid.

<sup>110</sup> Sjá Kyst, bls. 309, ibid.

<sup>111</sup> Sjá 2. gr. frumvarpsins og athugasemdir með henni, ibid.



að vera til einkanota. Ljóst er að það ákvæði brýtur í bága við ákvæði b. liðar 2. t. l. 5. gr. tilskipunarinnar. Brýnt er því að 1. mgr. 11. gr. nügildandi höfundalaga verði breytt í samræmi við 2. gr. frumvarpsins. Breytingin hefði væntanlega í för með sér svipaða túlkun og viðgengst í Noregi og Danmörku um að hvaða leyti eintakagerð í tengslum við atvinnu einstaklinga falli undir eða utan skilyrða fyrir eintakagerð til einkanota.<sup>112</sup>

Norðmenn og Danir telja jafnframt að heimildin til eintakagerðar til einkanota taki einnig til þess að hún sé gerð með aðstoð utanaðkomandi aðila, bæði fyrir og eftir innleiðingu tilskipunarinnar. Er það einnig skilningur framkvæmdastjórnar ESB á ákvæðinu.<sup>113</sup> Skilgreining á því hvað telst aðstoð utanaðkomandi aðila tekur m.a. til þess að notuð séu tæki til fjölföldunar sem utanaðkomandi aðilar, t.d. bókasófn, hafi til ráðstöfunar.<sup>114</sup> Vinir og ættingjar teljast hins vegar ekki utanaðkomandi aðilar í þessu sambandi og það telst heldur ekki utanaðkomandi aðstoð ef notuð eru tæki á vinnustað einstaklings til að gera eintök til einkanota.<sup>115</sup> Hins vegar lögfestu Norðmenn frekari takmörkun á réttinum til eintakagerðar til einkanota með því að taka fram að ekki mætti nota aðstoð utanaðkomandi aðila við eintakagerð til einkanota þegar um væri að ræða eftirgerð af tónverki eða kvikmynd.<sup>116</sup> Danir lögfestu samsvarandi takmörkunarákvæði þegar árið 1995 með vísan til þess að tónverk, þ.m.t.

nótur, og kvikmyndir væru sérstaklega viðkvæm fyrir fjölföldun þar sem hægt væri á einfaldan hátt að gera afrit á afgerandi ódýrari máta.<sup>117</sup>

Nügildandi ákvæði 1. mgr. 11. gr. höfl. leggur ekki bann við að nota utanaðkomandi aðstoð við eintakagerð til einkanota. Í 3. t. l. 2. mgr. 11. gr. höfl. er tekið fram að ekki sé heimilt að gera eintök til einkanota skv. ákvæði 1. mgr. 11. gr. höfl. ef um er að ræða „eftirgerðar verndaðra tónverka og bókmenntaverka sé leitað til hennar aðstoðar aðila sem taka slíka eftirgerð að sér í atvinnuskyni“.<sup>118</sup> Orðalag 3. t. l. 2. mgr. 11. gr. felur í sér að ekki má leita til aðila sem taka að sér fjölföldun verka gegn gjaldi ef nota á heimild til eintakagerðar til einkanota. Hins vegar útilokar hún ekki að leitað sé aðstoðar utanaðkomandi aðila ef það er ekki gert gegn gjaldi<sup>119</sup>, t.d. með því að nota tæki á bókasófnum eða öðrum opinberum stöðum. Þetta er því víðtækari heimild til að leita utanaðkomandi aðstoðar en gildir hjá nágrannaþjóðum okkar að því er varðar tónverk.<sup>120</sup> Ekki er í ákvæðinu minnst á kvikmyndaverk og því má álykta að heimilt sé að leita utanaðkomandi aðstoðar við að fjölfalda slík verk, hvort sem sú utanaðkomandi aðstoð sé veitt í atvinnuskyni eða ekki. Rétthafar tónverka og kvikmyndaverka eru því verr settir hér á landi en í nágrannalöndum okkar. Rök fyrir því að ekki megi nota aðstoð utanaðkomandi aðila vegna fjölföldunar tónverka og kvikmynda eiga alveg eins við hér á landi og í

**112** Í samningi Fjólís við ríkið um ljósritun og hliðstæða eftirgerð, sem gerður er á grundvelli samningskvaðaákvæðis 15. gr. a höfl., er gert ráð fyrir að 15% heildarljósritunar verndaðra verka séu til einkanota. Jafnframt er kveðið á um að það hlutfall verði endurskoðað ef ákvæði 1. mgr. 11. gr. höfl. verði breytt, sjá um þetta fylgiskjal V með frumvarpinu.

**113** Sjá Kyst, bls. 309, ibid.

**114** Ekki sérstaklega tiltekið í 12. gr. norsku höfl., öfugt við 4. mgr. 12. gr. dönsku höfl., en skilgreint svo í norskum lögskýringagögnum, sjá Ot.prp. nr. 46, bls. 40, ibid.

**115** Sjá Ot.prp. nr. 46, bls. 40, ibid.

**116** Sjá 3. mgr. 12. gr. norsku höfl. eins og þeim var breytt með lögum nr. 97/2005.

**117** Sjá athugasemdir við danska lagafrumvarpið L 119 (1994-1995), sbr. FT 1994-1995, bls. 1340. Þar er jafnframt tekið fram

að Finnar og Svíar hafi þegar lögfest slíka takmörkun og á grundvelli norræns samstarfs sé þess vænst að Norðmenn og Íslendingar fylgi fljótt í kjölfarið.

**118** Ennfremur er í 2. t. l. 2. mgr. 11. gr. höfl. kveðið á um að utanaðkomandi aðstoð sé ekki heimil varðandi „eftirgerðar verka sem verndar njóta eftir reglum um höggmyndalist, nýtjalist eða dráttlist“. Í þeim tilvikum er óheimilt að leita utanaðkomandi aðstoðar hvort sem það er gegn gjaldi eða ekki.

**119** Það að taka gjald fyrir kostnaði telst ekki vera gjaldtaka í atvinnuskyni í Noregi, sjá Ot.prp. nr. 46, bls. 40, ibid.

**120** Hins vegar er takmörkunin þrengri hér á landi að því leyti að hún tekur til bókmenntaverka, sjá umfjöllun um hvort taka skuli upp sambærilega takmörkun í Noregi í Ot.prp. nr. 46, bls. 41, ibid.



nágrannalöndum okkar, þ.e. þetta eru verk sem auðvelt er að afrita og dreifa á ódýran hátt með stafrænni tækni. Því verður að telja að brýnt sé að samsvarandi takmörkun á heimild til eintakagerðar til einkanota verði lögfest hér á landi sem fyrst.

### 3.2.2.3.1 *Sanngjarnar bætur vegna eintakagerðar til einkanota*

Undanþáguheimildin um eintakagerð til einkanota, eins og vegna ljósritunar, er bundin því skilyrði að rétthafar fái sanngjarnar bætur.<sup>121</sup> Ekki er hins vegar sagt fyrir um hvernig þær bætur skuli ákvarðaðar að öðru leyti en með almennum leiðbeiningum í formálgreinum.<sup>122</sup> Af þeim má sjá að mikil áhersla er lögð á að við ákvörðun á hvað teljist sanngjarnar bætur verði tekið tillit til þess mismunar sem er á hliðrænni og stafrænni eintakagerð, þar sem sú síðarnefnda hafi mun meiri fjárhagslega þýðingu fyrir rétthafa.<sup>123</sup> Einnig er ljóst að í einstökum tilvikum getur verið um að ræða að ekki liggi fyrir greiðsluskilylda, þar sem skaði rétthafa er óverulegur<sup>124</sup> eða ef rétthafi hefur fengið greiðslu með öðrum hætti, t.d. sem hluta af höfundabókun eða sérstakar tækniráðstafanir hafa verið notaðar til að hindra afritun.<sup>125</sup>

Flest aðildarríki ESB, þ.á m. allar norrænu þjóðirnar utan Noregs<sup>126</sup>, tryggja endurgjald til rétthafa fyrir eintakagerð til einkanota með sérstöku gjaldi á tæki og hlutum, t.d. geisladiskum, til nota til upptöku og eftirgerðar á vernduðum verkum, sbr. t.d. 3.-5. mgr. 11. gr. höfl.<sup>127</sup> Þau gjöld hafa verið uppspretta mikilla deilna á milli rétthafa og samtaka þeirra annars vegar og notenda hins vegar.<sup>128</sup> Tilskipunin gerir ekki gangskör að því að samræma ákvæði aðildarríkjanna um slíka gjaldtöku.<sup>129</sup> Í frumvarpinu er tekið fram að núverandi fyrirkomulag í 3.-5. mgr. 11. gr. uppfylli skilyrði tilskipunarinnar um sanngjarnar bætur fyrir eintakagerð til einkanota.<sup>130</sup>

### 3.2.2.4 *Eftirgerð einstakra stofnana*

Í c.-e. lið 2. tl. 5. gr. tilskipunarinnar er að finna ákvæði sem heimila eintakagerð í þágu tiltekinna stofnana sem ekki er gerð í hagnaðarskyni. Af þeim hefur heimildin í c. lið 2. tl. 5. gr. um almenningsbókasöfn og sambærilegar stofnanir væntanlega mesta þýðingu, bæði fyrir rétthafa, m.a. þar sem um er að ræða heimild til eintakagerðar slíkra stofnana án kröfu um endurgjald, og vegna þess fjölda notenda sem hún snertir. Undanþágan á að tryggja að bókasöfn og sambærilegar stofnanir fái rækt hlut-

**121** Sjá a., b. og e. lið 2. tl. 5. gr. tilskipunarinnar. Við samningu tilskipunnar var deilt um orðalag, þ.e. upphaflega var talað um „equitable remuneration“ sem breyttist síðan í „fair compensation“ sem felur í sér áherslubreytingu um eðli endurgjaldsins, sjá Rosén, bls. 597, *ibid*.

**122** Sjá formálgreinar 35 til 38.

**123** Sjá formálgreinar 38 og 39.

**124** Sjá formálgrein 35. Í frumvarpinu segir að skaði rétthafa vegna ljósritunar sé óverulegur og því sé ekki greiðsluskilylda vegna þess, sbr. athugasemdir með 2. gr. frumvarpsins. Framkvæmdastjórn ESB lýsti því yfir í tengslum við umfjöllun um formálgrein 35 að hún teldi t.d. ekki að greiðsluskilylda fylgdi því að einstaklingar tækju upp efni úr sjónvarpi eða útvarpi til að hlusta á síðari hentugri tímápunkt (e. time-shifting), sjá nmgr. 22 í grein Kyst, *ibid*.

**125** Formálgrein 35.

**126** Bætur vegna eintakagerðar til einkanota í Noregi eru í gegnum ríkissjóð skv. nánari reglum í reglugerð, sjá 3. og 4. ml. 1. mgr. 12. gr. norsku höfl. og umfjöllun í Ot.prp. nr. 46, bls. 43.

**127** Þau ákvæði voru lögfest með lögum nr. 78/1984, og töku þá til gjalda af upptökutækjum og böndum, þ.e. miðuðust aðallega við hliðræna eintakagerð, sbr. athugasemdir með 8.

gr. lagafrumvarpsins, sjá þskj. 219, 153. mál, 106. löggjafarþing. Með lögum nr. 60/2000 var ákvæðinu breytt til að ná til stafrænnar eintakagerðar, sbr. frumvarpið, sbr. þskj. 575, 1110 og 1111, 325. mál, 125. löggjafarþing.

**128** Hér á landi voru svokallaðir „netverjar“ í fararbroddi gagnrýni á þessi gjöld, sbr. t.d. frétt í Morgunblaðinu þann 7. mars 2001 undir fyrirsögninni „Innheimtu höfundaréttargjalda mótmælt“ þar sem greint er frá því að formaður Félags netverja afhenti þáverandi menntamálaráðherra geisladisk með nöfnum á sautjándra þúsund manns sem lýstu yfir andstöðu sinni við innheimtu slíkra gjalda. Sjá líka vefsíðu þeirra <http://netverjar.is/>. Sú síða er óvirk í dag en við hlutverki hennar hefur vefsíðan [www.netfrelsi.is](http://www.netfrelsi.is) að einhverju leyti tekið við.

**129** Í samningsferlinu við tilurð tilskipunarinnar var rætt að aukin útbreiðsla og notkun tæknilegra ráðstafana, svo sem afritunarvarna, gæti í framtíðinni haft áhrif á miðstýrða sameiginlega gjaldtöku rétthafasamtaka, sjá Kysten, bls. 310, *ibid*.

**130** Sjá athugasemdir með 2. gr. frumvarpsins og í fylgiskjali II með því.

verk sitt að „... efla frjálsan og óheftan aðgang almennings að upplýsingum og þekkingarmiðlum“ eins og segir í lögum um almenningsbókasöfn<sup>131</sup>. Í formálgrein 40 er að finna þrengingu á þessari heimild að því er varðar beinlínuafhengingu á vernduðum verkum eða öðru efni.<sup>132</sup>

Danirhafatúlkad þessa undanþáguheimild tilskipunarinnar þannig að hún heimili bókasöfnum og sambærilegum stofnunum afhendingu ljósrita en ekki stafrænna eintaka verka. Var það í samræmi við gildandi höfundalög Dana fyrir innleiðingu tilskipunarinnar.<sup>133</sup> Til nánari skýringar og til að samræma orðalag heimildarinnar við orðalag tilskipunarinnar, bættu þeir þó við, þegar tilskipunin var innleidd, að eintök sem gerð væru vegna starfsemi bókasafna mættu ekki vera í atvinnuskyni.<sup>134</sup> Jafnframt lögfestu þeir, á sama tíma, nýtt samningskvaðákvæði sem heimilar almenningsbókasöfnum og sambærilegum stofnunum að afhenda stafræn eintök eftir pöntun frá notanda eða öðru safni á grundvelli samninga við rétthafasamtök skv. nánar tilgreindum skilyrðum.<sup>135</sup>

Í núgildandi höfundalögum er að finna ákvæði um að heimila megi með reglugerð opinberum bókasöfnum og sambærilegum stofnunum að „ljósmynda verk til sjálfs sín nota“ en ekki má lána slík eintök eða afhenda út fyrir stofnunina.<sup>136</sup> Þessi heimild hefur þó aldrei orðið virk þar sem engin reglugerð hefur verið sett á þeim rúmu þrjátíu árum sem liðin er frá setningu höfundalaganna. Það þýðir að samkvæmt núgildandi lögum hafa íslensk almenningsbókasöfn enga heim-

ild til eintakagerðar til eigin nota. Hins vegar má álykta frá túlkun á því hvað felist í utanaðkomandi aðstoð við eintakagerð til einkanota, sbr. umfjöllun að framan í kafla 3.2.2.3, að bókasöfn megi ljósrita eða hafa aðstöðu fyrir notendur safnsins til að ljósrita til einkanota, þar sem sú aðstoð telst ekki vera í atvinnuskyni fyrir bókasöfnin. Þrátt fyrir það er aðstöðu almenningsbókasafna hér á landi til að rækta upplýsinga- og þekkingamiðlunarhlutverk sitt verulega áfátt og brýnt að úr því verði bætt hið fyrsta.<sup>137</sup>

Í frumvarpinu er að finna tillögu að breyttu ákvæði um heimild bókasafna og skyldra stofnana til eintakagerðar, bæði hliðrænnar og stafrænnar. Heimildin verður þó eftir sem áður ekki virk fyrir en með setningu reglugerðar.<sup>138</sup> Áréttað er í athugasemdum með frumvarpinu að brýnt er að slík reglugerð verði sett sem fyrst. Ákvæðið í frumvarpinu heimilar þó enga afhendingu gagna, hvorki til annarra stofnana né notenda. Ekki er útskýrt í frumvarpinu af hverju íslenskum almenningsbókasöfnum er markaður þrengri bás hvað þetta atriði varðar en norrænum systurstofnunum þeirra. Æskilegt væri að slíkt frávik frá norrænni framkvæmd væri nánar skýrt með viðeigandi rökum. Þrátt fyrir þessa takmörkun í frumvarpsgreininni verður að álita að bókasöfn geti eftir sem áður aðstoðað einstaklinga við eintakagerð til einkanota eins og að framan er reifað. Þar sem engin takmörkun er í 11. gr. núgildandi höfl. né skv. frumvarpinu á heimild einstaklinga til að nota utanaðkomandi aðstoð við stafræna eintakagerð verður að telja að bókasöfnum sé

<sup>131</sup> Sbr. 1. gr. laga nr. 36/1997 um almenningsbókasöfn, sjá líka 6. og 7. gr. l. nr. 71/1994 um Landsbókasafn Íslands – Háskólabókasafn.

<sup>132</sup> Sjá í því sambandi undanþáguheimild í o. lið 3. tl. 5. gr. um miðlun verka í söfnum með þar tilgerðum endabúnaði á athafnasvæði stofnana vegna fræðistarfa og einkarannsóknna.

<sup>133</sup> Sjá umfjöllun um 14. tl. 1. gr. danska frumvarpsins frá 2002, L 19, íbid.

<sup>134</sup> Tekið var fram að sú orðalagsbreyting væri í samræmi við fyrri framkvæmd, sjá umfjöllun um 13. tl. 1. gr. danska frumvarpsins frá 2002, L 19, íbid, þar sem m.a. var vísað til formálgreinar 18 í tilskipuninni um samningskvaðir.

<sup>135</sup> Sjá 2. mgr. 16. gr. núgildandi danskra höfundalaga, sbr. umfjöllun um 14. tl. 1. gr. danska frumvarpsins frá 2002, L 19, íbid.

<sup>136</sup> Sbr. 12. gr. höfl.

<sup>137</sup> Sjá grein höfundar „Fjólís og eintakagerð verndaðra verka í söfnum“, sem unnin var fyrir Fjólís árið 2002 og birt á heimasíðu þeirra á slóðinni [http://www.fjolis.is/2\\_Hofundarrettur/0202Eintakagerd.html](http://www.fjolis.is/2_Hofundarrettur/0202Eintakagerd.html).

<sup>138</sup> Sjá 3. gr. frumvarpsins.



einnig heimilt að aðstoða við gerð stafrænna eintaka til einkanota. Bannið á afhendingu eintaka sem bókasöfn hefðu heimild til að gera (þegar reglugerð verður sett) kemur þó hugsanlega niður á t.d. aðilum sem vinna að rannsóknum ef eintakagerðin í þágu rannsóknarinnar telst ekki til einkanota. Hugsanlega eru rökin að baki þessu banni í frumvarpinu þau að íslenskur markaður fyrir fræðirit og bókmenntir sé svo lítill að ekki megi við því að bókasöfnum sé heimilt að afhenda ljósrít þeirra nema algerlega ljóst sé að það sé til einkanota. Hins vegar mætti segja, m.a. í ljósi þess að slík afhending eintaka sem lagt er bann við, bæði í núgildandi lögum og skv. frumvarpinu, fer í raun fram í almenningubókasöfnum hér á landi,<sup>139</sup> að eðlilegra hefði verið að heimila slíka afhendingu með samningskvaðaákvæði líkt og Norðmenn<sup>140</sup> hafa gert varðandi bæði hliðræn og stafræn eintök og Danir varðandi stafræn eintök.

Í d. lið 2. tl. 5. gr. tilskipunarinnar er að finna undanþáguheimild að því er varðar bráðabirgðaupptökur útvarpsstofnana í eigin þágu. Þessi heimild er þegar fyrir hendi í núgildandi höfundalögum, sbr. 5. mgr. 25. gr. laganna. Er hún í samræmi við 11. gr. a Bernarsáttmálans.<sup>141</sup> Ekki er sett skilyrði um endurgjald fyrir slík eintök.

Að lokum er í e. lið 2. tl. 5. gr. undanþáguheimild vegna eftirgerðar félagslegra stofnana

á útvarpssendingum. Með félagslegum stofnunum er hér átt við t.d. fangelsi eða sjúkrahús. Eins og aðrar undanþáguheimildir er hún valkvæð. Ekki er lagt til í frumvarpinu að taka hana upp.<sup>142</sup>

### 3.2.3. Undanþágur og takmarkanir á réttindum skv. 2. og 3. gr., sbr. 3. tl. 5. gr. tilskipunarinnar<sup>143</sup>

Hér er að finna samsafn ýmissa undantekninga sem flestar hverjar er þegar að finna í norrænum höfundalögum, þ.m.t. íslenskum, þó svo að sumar hverjar séu með öðru og jafnvel víðtækari orðalagi í tilskipuninni. Vert er að muna í þessu sambandi að allar undanþáguheimildirnar eru valkvæðar (utan undanþágunnar í 1. tl. 5. gr. tilskipunarinnar) og því er eðlilegt að álykta að innan undanþáguheimilda tilskipunarinnar rúmist þrengri takmarkanir á sama sviði.<sup>144</sup> Ekki er áskilnaður í undanþáguákvæðunum um að endurgjald komi fyrir. Hins vegar segir í formálgrein 36 að aðildarríkin geti „kveðið á um sanngjarnar bætur til rétthafa þegar þau beita valfrjálsum ákvæðum um undanþágur eða takmarkanir sem innihalda ekki kröfur um slíkar bætur“.<sup>145</sup>

Undantekningarnar sem er að finna í 3. tl. 5. gr. tilskipunarinnar eru yfirleitt tilkomnar vegna mikilsverðra almannahagsmuna eins og menntunar og rannsókna,<sup>146</sup> vegna notkunar fatlaðra einstaklinga,<sup>147</sup> vegna upp-lysingafrelsis í fréttaskyni,<sup>148</sup> vegna tilvitn-

<sup>139</sup> Sjá „Fjólís og eintakagerð verndaðra verka í söfnum“, *ibid.*

<sup>140</sup> Sjá 16. gr. a norskra höfundalaga, sbr. Besl. O. nr. 93(2004-2005).

<sup>141</sup> Sjá athugasemdir með 6. gr. laga nr. 57/1992, sbr. frumvarp til laga um breytingu á höfundalögum, lagt fyrir Alþingi á 115. löggjafarþingi 1991-92, þingsk. 694, mál nr. 436.

<sup>142</sup> Sjá fylgiskjal II með frumvarpinu, bls. 52, *ibid.*

<sup>143</sup> Í 4. tl. 5. gr. tilskipunarinnar er kveðið á um að heimilt sé að kveða á um undanþágur á dreifingarrétti skv. 4. gr. tilskipunarinnar í þeim tilfellum sem heimild er undanþága frá eftirgerðarréttinum í 2. og 3. tl. 5. gr. tilskipunarinnar.

<sup>144</sup> Rosén, bls. 598, *ibid.*

<sup>145</sup> Sjá t.d. 3. mgr. 14. gr. höfl. sem er takmörkun sem fellur undir ákvæði d. og hugsanlega j. liðar 3. tl. 5. gr. tilskipunarinnar.

<sup>146</sup> Sbr. a. og n. lið 3. tl. 5. gr., sjá 1. og 2. mgr. 14. gr. höfl. sem tekur til undanþágunnar í a. lið. Í frumvarpinu er lagt til að heimild 2. mgr. 14. verði framvegis bundin við að notkun sé ekki í viðskiptalegum tilgangi, sbr. 4. gr. frumvarpsins. Undanþága í samræmi við n. lið 3. tl. 5. gr. er ekki að finna í núgildandi höfundalögum og ekki lagt til í frumvarpinu að slík undanþága verði lögfest.

<sup>147</sup> Sbr. b. lið 3. tl. 5. gr., sjá 19. gr. höfl. sem rúmast innan undanþágunnar að því tilskyldu að eintökin séu ekki notuð í atvinnuskyni. Ekki er lögð til breyting á 19. gr. höfundalaganna um að takmörkunin taki ekki til eintakagerðar vegna notkunar í atvinnuskyni, sem væri þó rétt skv. tilskipuninni.

<sup>148</sup> Sbr. c. lið 3. tl. 5. gr., sjá 1. og 2. mgr. 15. gr. höfl.

ana í tengslum við gagnrýni eða ritdóma;<sup>149</sup> vegna almannaöryggis eða til að tryggja rétta meðferð í opinberum málum;<sup>150</sup> vegna notkunar á opinberum ræðum, t.d. á Alþingi og á öðrum opinberum vettvangi;<sup>151</sup> vegna notkunar við trúarhátíðir eða opinber hátíðarhöld skipulögð af opinberum yfirvöldum;<sup>152</sup> eða vegna annarra nota sem geta talist minniháttar röskun á hagsmunum rétthafa eins og vegna notkunar listaverka á almannafæri;<sup>153</sup> vegna þess að verk er tilfallandi hluti af öðru verki;<sup>154</sup> vegna gagnýtingar í þeim tilgangi að auglýsa listviðburði;<sup>155</sup> vegna skopstælinga;<sup>156</sup> vegna notkunar í tengslum við sýningu eða viðgerð á búnaði;<sup>157</sup> og vegna notkunar listaverks í formi byggingar eða teikningar eða uppdráttar af byggingu í því skyni að endurgera bygginguna.<sup>158</sup> Að lokum er uppsöfnunarákvæði sem á ensku hefur verið nefnt „grandfather clause“ eða „catch-all-clause“ sem varðar undantekningar sem þegar eru fyrir hendi í landsrétti og varða minni háttar hliðræna notkun.<sup>159</sup>

Ljóst er að nügildandi höfundalög heimila flestar þær undanþágur sem tilskipunin tekur til. Hins vegar þyrfti að uppfæra margar af þeim undanþágum, þó að

innleiðing tilskipunarinnar krefjist þess ekki sérstaklega, þannig að þær endurspegluðu betur tæknilegan veruleika dagsins í dag og þarfir nútíma notenda án þess að það þyrfti að skerða hagsmunum rétthafa frekar.

### 3.3 Samantekt og lokaorð

Hér hefur verið rætt um þau réttindi sem tilskipun 2001/29 kveður á um að veita skuli höfundum og öðrum rétthöfum eftir atvikum og þær undanþágur sem tilskipunin heimilar að gerðar verði á þeim.<sup>160</sup>

Nügildandi höfundalög tryggja í meginatriðum þau réttindi sem tilskipunin kveður á um. Ekki er lagt til í frumvarpinu að þeim ákvæðum, sem varða viðkomandi réttindi, verði breytt. Er það rökstutt með því að túlkun viðkomandi ákvæða rúmi þau réttindi sem tilskipunin kveði á um. Ljóst er að ætlun löggjafans var að ákvæðin yrðu þannig úr gærði gerð að þau væru óbundin tækni og tryggðu höfundum einkarétt til allra þeirra athafna og aðferða sem til þess eru fallnar að skila verkum þeirra til vitundar annarra, svo aftur sé vitnað til orða Sigurðar Reynis Péturssonar<sup>161</sup>, eins af aðalhöfundum nügildandi höfundalaga. Þrátt fyrir það væri æskilegt að breyta orðalagi viðkomandi

149 Sbr. d. lið 3. tl. 5. gr., sjá 14. gr. höfl. Tilvitnunarmeimild 14. gr. höfl. virðist vera víðtækari en d. liður 3. tl. 5. gr. tilskipunarinnar ef eingöngu er litið til íslensku þýðingarinnar á henni, sem skilja má á þann veg að tilvitnunin sé eingöngu heimil „vegna gagnrýni eða ritdóma“. Af enskum texta tilskipunarinnar má hins vegar sjá að þessi tilvik eru aðeins nefnd sem dæmi en þar segir „for purposes such as criticism or review“. Enski texti tilskipunarinnar er einn af opinberum textum ESB og gengur væntanlega framur íslensku þýðingunni.

150 Sbr. e. lið 3. tl. 5. gr., sjá 22. gr. a höfl. Þetta ákvæði tilskipunarinnar ásamt 9. gr. hennar tryggir aðgang að opinberum skjólum þrátt fyrir að um vernduð verk skv. höfundalögum sé að ræða. Ákvæðið er mun víðtækara en ákvæði 22. gr. a höfl. T.d. heimilar ákvæði tilskipunarinnar að eintök séu gerð vegna dómsmála, sbr. 28. gr. dönsku höfundalaganna, bæði vegna eintakagerðar lögmanna sem og sjálfra dómsstólanna, sbr. Schönning, „Ophavsretsloven ...“, bls. 351, ibid. Ekki er sambærilegt ákvæði í höfundalögum hér á landi en þó ljóst að töluverð eintakagerð fer fram vegna dómsmála, t.d. framlagning ljósríta úr fræðibókum.

151 Sbr. f. lið 3. tl. 5. gr., sjá 22. gr. höfl.

152 Sbr. g. lið 3. tl. 5. gr., sjá 2. - 4. tl. 1. mgr. 21. gr. höfl.

153 Sbr. h. lið 3. tl. 5. gr., sjá 16. gr. höfl.

154 Sbr. i. lið 3. tl. 5. gr., sbr. 14. og 15. gr. höfl.

155 Sbr. j. lið 3. tl. 5. gr., sjá 2. og 3. mgr. 14. gr. og 4. mgr. 25. gr. höfl.

156 Sbr. k. lið 3. tl. 5. gr. Ekki er sambærilegt ákvæði í nügildandi höfundalögum og ekki lagt til í frumvarpinu að slík undanþága verði lögfest.

157 Sbr. l. lið 3. tl. 5. gr. Sambærileg undantekning er ekki í gildandi lögum og ekki er lagt til í frumvarpinu að slík heimild verði tekin upp í þau.

158 Sbr. m. lið 3. tl. 5. gr. Ekki er að finna sambærilega undantekningu í gildandi lögum og ekki lagt til í frumvarpinu að slík undantekning verði lögfest. Í umfangnum um þennan lið í fylgiskjali II með frumvarpinu er ranglega vísað í 16. gr. höfl. en sú grein varðar eingöngu heimild til að taka myndir af byggingum og listaverkum sem staðsett eru utanhúss, ekki það að teikningar eða myndir séu notaðar til að endurgera bygginguna.

159 Sbr. o. lið 3. tl. 5. gr. tilskipunarinnar. Það ákvæði heimilar að hafa áfram í lögum ákvæði 1. mgr. 20. gr. höfl. um notkun söngtexta á opinberum hljómlögum.

160 Ekki hefur verið rætt um mikilvægan kafla tilskipunarinnar sem varðar vernd tæknilegra ráðstafana, sbr. III. kafla tilskipunarinnar og 12. gr. frumvarpsins enda er það efni í sérstaka grein.

161 Sigurður Reynir Pétursson: „Höfundaréttur ...“, bls. 135, ibid.



ákvæða til samræmingar við orðalag tilskipunarinnar, líkt og þær norrænu þjóðir sem þegar hafa innleitt tilskipunina hafa gert. Það væri til skýringarauka fyrir þá sem byggja rétt sinn á lögnum, hvort sem um er að ræða réttthafa eða notendur, og yki gagnsæi laganna auk þess að stuðla enn frekar að því hagræði sem samræmd norræn höfundalög bjóða uppá.

Undanþáguheimildir tilskipunarinnar eru flestar þegar nýttar í höfundalögum utan heimilda vegna tilfallandi eintakagerðar. Í frumvarpinu er lagt til að úr því verði bætt auk þess sem lögð er til nauðsynleg breyting á ákvæði 1. mgr. 11. gr. um eintakagerð til einkanota. Eins og fjallað er um hér að framan mætti þó ganga lengra í frumvarpinu við breytingar á orðalagi og inntaki undanþáguheimilda, t.d. varðandi bókasöfn, til þess að lög in þjóni betur því hlutverki að skapa jafnvægi á milli hagsmuna réttthafa og almennra notenda.

Ljóst er að við frumvarpssmíðina hefur verið farin sú leið að hrófla sem minnst við núgildandi lögum hvað varðar réttindi og undanþágur. Er það miður að tækifærið hafi ekki verið notað til að taka höfundalögin til gagngerrar heildarendurskoðunar. Lögin bera þess merki að vera komin til ára sinna, sérstaklega í ljósi þeirrar öru tækniþróunar sem átt hefur sér stað á þeim tíma sem lögin hafa verið í gildi. Efnahagslegt mikilvægi upplýsingatækni sem skapandi framlags til þjóðarframleiðslu er verulegt. Því er nauðsynlegt að höfundalögin endurspegli það mikilvægi með því að skýrlega sé tekið í lögnum á þeim þáttum sem snúa sérstaklega að höfundarétti og upplýsingatækni.

Heildarendurskoðun höfundalaga hefur verið boðuð í nánast öllum breytingafrumvörpum til höfundalaganna en af henni hefur ekki enn orðið.<sup>162</sup> Hins vegar er jafnframt ljóst að Ísland er skuldbundið til að innleiða tilskipunina sem fyrst þar sem frestur sá sem EES-nefndin tiltók til innleiðingar hennar í EES- EFTA ríkjum er þegar útrunninn.<sup>163</sup> Það er því brýnt að frumvarpið verði að lögum svo fljótt sem verða má og jafnframt að strax verði farið að undirbúa heildarendurskoðun laganna.<sup>164</sup>

**162** Vert er að geta þess að í framsöguræðu menntamálaráðherra með frumvarpinu, sem ráðherra flutti 19. apríl 2005, er marghnykk á nauðsyn þess að heildarendurskoðun laganna fari fram og í lok ræðunnar er boðað að stefnt sé að því að slík heildarendurskoðun hefjist síðar á árinu.

**163** Hann var sex mánuðir frá því að tilskipunin varð hluti af EES samningnum þann 10. júlí 2004.

**164** Eftir að greinin var afhent til birtingar þá var frumvarpið endurframlagt á 132. löggjafarþingi (2005-2006), sjá þingskjal 222, 222. mál. Það varð að lögum 16. febrúar 2006. Nokkrar breytingar urðu á því við meðferð málsins hjá Alþingi, sjá þingskjal 762, 222. mál, m.a. var kveðið á um að skylt væri að setja reglugerð um heimild bókasafna til eintakagerðar og bætt við ákvæði sem verður 19. gr. höfundalaga um eintakagerð og dreifingu verka í þágu fatlaðra.

## HELSTU HEIMILDIR:

### *Fræðirit og greinar:*

Mogens Koktvedgaard, „Lærebog i Immaterialret“, 7. útgáfa í ritstjórn Jens Schovsbo, Kaupmannahöfn 2005

Martin Kyst, „Direktivet om ophavsret i informationssamfundet“, *Ugeskrift for Retsvæsen*, U.2001B.305.

Michael Lehmann, „The EC Directive on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society – A Short Comment“, *IIC* 5/2003, bls. 521.

Jakob Plesner Mathiasen í „E-handelsloven regulering af formidleransvaret“ í NIR 2004:2, bls. 137.

Jan Rosén, „Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället - något om EG-direktivet 2001/29/EG“, *NIR* 4/2001, bls. 583.

Rán Tryggvadóttir, „Fjölís og eintakagerð verndaðara verka í söfnum“, grein birt á heimasíðu Fjölís (sjá slóðina [www.fjolis.is](http://www.fjolis.is)), nóvember 2002.

Peter Schönning, „Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer?“, U.2000B.499.

Peter Schönning, „Ophavsretsloven med kommentar“ (3. útg.), Kaupmannahöfn, 2003.

Kasper Heine, Martin von Haller Grönbæk og Jan Trazaskowski, „Interntjura“, 2. útgáfa, Kaupmannahöfn 2002.

Sigurður Reynir Pétursson: „Höfundaréttur í myndlist“, *Úlfjótur*, 1. tbl. 1965, bls. 135.