

UiO • **Institutt for privatrett**

Det juridiske fakultet

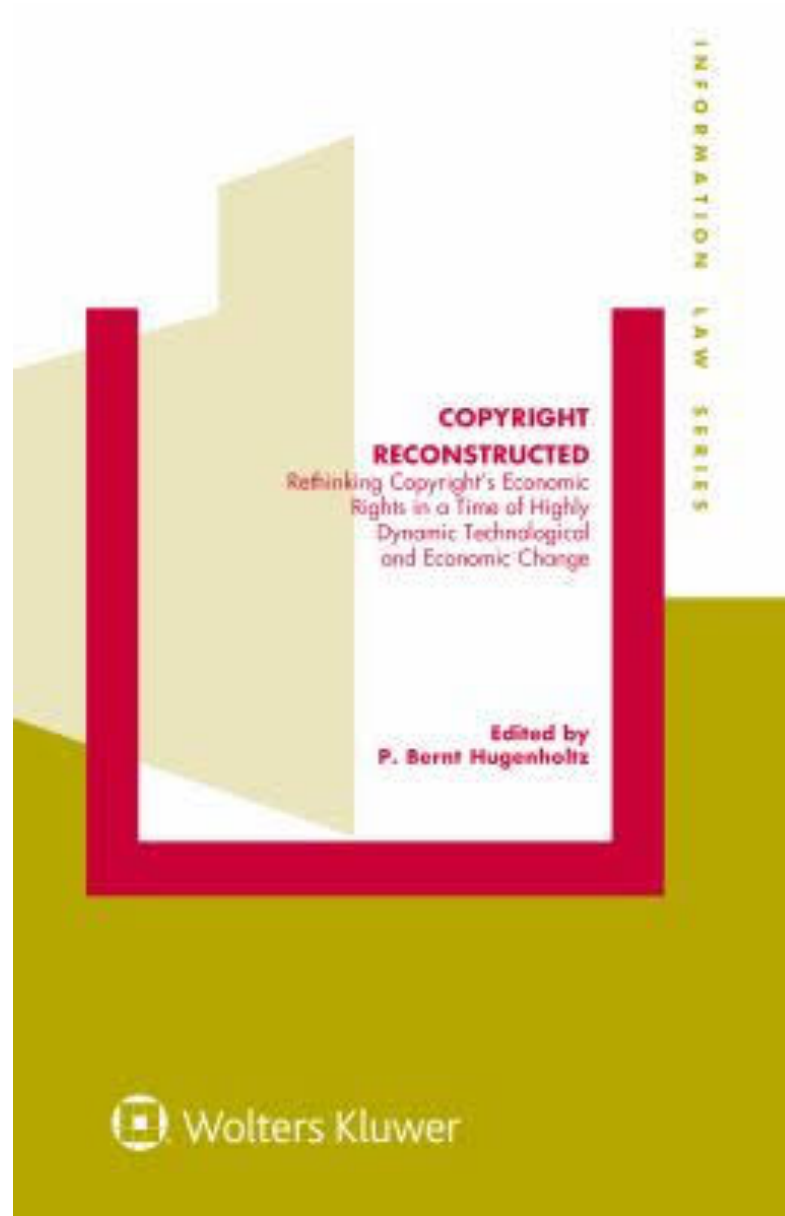
Bygge om opphavsretten?

Om bokprosjektet 'Copyright Reconstructed. Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic, Technological and Economic Change' (P. Bernt Hugenholtz, ed., WolterKluwers, 2018)

SFU-seminarium, Stockholm 11. juni 2018

Professor Ole-Andreas Rognstad





Contents

Chapter 1

Reconstructing Rights: Project Synthesis and Recommendations

P. Bernt Hugenholtz & Martin Kretschmer

Chapter 2

A Brief History of Value Gaps: Pre-Internet Copyright Protection and Exploitation Models

João Pedro Quintais & Joost Poort

Chapter 3

Deconstructing Copyright

Stefan Bechtold

Chapter 4

A Fairness-Based Approach to Economic Rights

Ansgar Ohly

Chapter 5

The Right to Reasonable Exploitation Concretized: An Incentive Based Approach

Ole-Andreas Rognstad & Joost Poort

Chapter 6

Realigning Economic Rights with Exploitation of Works: The Control of Authors over the Circulation of Works in the Public Sphere

Séverine Dusollier

Chapter 7

Reconstructing the Reproduction and Communication to the Public Rights: How to Align Copyright with Its Fundamentals

Alain Strowel

Chapter 8

Towards a Universal Right of Remuneration: Legalizing the Non-commercial Online Use of Works

P. Bernt Hugenholtz & João Pedro Quintais

Chapter 9

Borderlines of Copyright Protection: An Economic Analysis

Joost Poort

Om prosjektets bakgrunn og egen involvering

- Artikkel: Ole-Andreas Rognstad, 'Restructuring the Economic Rights in Copyright. Some Reflections on an Alternative Model', *62 Journal of the Copyright Society USA (2015) 503*
- Bokprosjektet: Oppstart høsten 2014. Finansiert av Microsoft uten bindinger av noen art
- Mitt bidrag til boken: Kap. 5: The Right to Reasonable Exploitation Concretized: An Incentive Based Approach (med Joost Poort)
 - Videreføring av artikkelen fra 2015

Egen involvering – kort om 2015-artikkelen

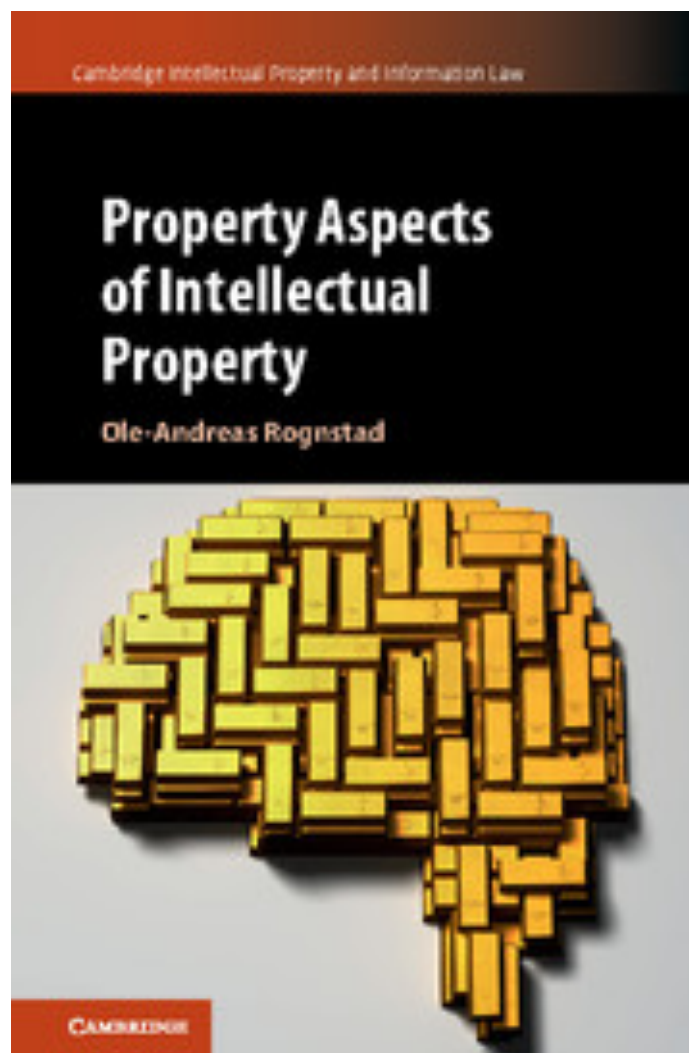
- Tanken om retten til 'rimelig utnyttelse' av det opphavsrettsbeskyttede materialet
- Viktig distinksjon: Modellen som sådan og innholdet i den
- Innholdet: Følger i første rekke av bidraget i boken
- Boken for øvrig: Handler om både modeller og innhold

Dagens strukturering av de økonomiske rettighetene (Seks-stepsstruktur)

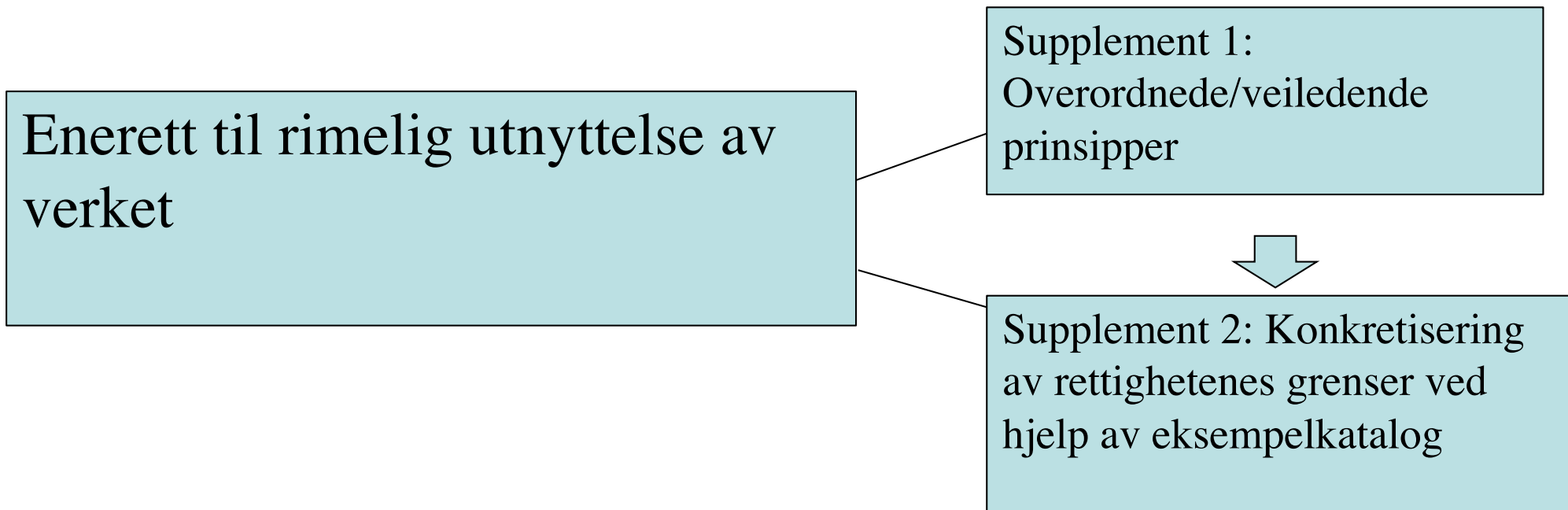


Bekymringer (ikke uttømmende)

- (1) Dagens struktur er ekstremt kompleks/komplisert
- (2) Altfor mye ressurser brukes på å definere innholdet i enerettene
- (3) Enerettskonseptene er ikke egnet til å reflektere interessebalansen
- (4) Konseptene er svakt tilpasset den tekniske utviklingen
- (5) Det samme er 'individuell bruk-tilnærmingen'
- (6) Hovedregel vs. unntaks-strukturen reflekterer ikke nødvendigvis de reelle interesseforholdene



Den alternative modellen: 'Enstegsstruktur'



Bokprosjektet 'Reconstructing Copyright': Hovedkonsept



- De økonomiske rettighetene i opphavsretten er frakoblet opphavsrettens begrunnelse. Hvordan få bedre samsvar?
 - ‘Tenke utenfor boksen’. Uten hensyn til dagens regler
 - Bare Alain Strowels bidrag er basert på dagens regler
- Se Hugenholtz/Kretschmer (kap. 1, Project Synthesis and Recommendations)
- Quintais/Poort (kap. 2, A Brief History of Value Gaps: Pre Internet Protection and Exploitation Models)

‘Borderline cases’ diskutert i boken

- Digitalt videresalg
- Privatkopiering
- Lenking og embedding
- Kabelvideresending
- Tekst og datamining
- Plattform- og ISP-ansvar

Bechthold, Deconstructing Copyright (kap. 3)

- Regulatorisk 'verktøykasse' for domstoler og lovgivere for å besørge en bedre forbindelse mellom opphavsrettsbeskyttelsen og dens formål (syfte)
- Effektsbasert analyse. Henvisning til EU-rettspraksis om konkurranserett og opphavsrett
- Ex ante (regler/rettigheter) vs ex post (virkninger)
- Intuisjon vs kunnskap
- Fleksibilitet vs forutberegnelighet. Per se- og rule of reason-regler
- Vil reform ha noen virkning?
- Forslag: Fleksibilitet kombinert med bevisbyrderegler

Only, 'A Fairness Approach to Economic Rights' (kap. 4)

- Hovedbudskap: Opphavsretten kan trekke lærdom fra varemerkeretten og reglene om illojal konkurranse
 - Reglene om industrielt rettsvern er nærmere sosiale og økonomiske realiteter enn opphavsretten
- Markedssensitivitet i varemerkeretten og markedetsretten
- Metodologien i markedetsretten. Funksjonsorienteringen i varemerkeretten
- 'Fairness' som retningslinje i opphavsretten
- Forslag til modell: 'Tre-stegstest' under inspirasjon av direktivet om urimelig handelspraksis: (i) Svarteliste; (ii) Økonomiske rettigheter kombinert med markedsvirkningsklausul; (iii) Generell klausul om 'unfair use'

Rognstad/Poort, 'The Right to Reasonable Exploitation Concretized – an Incentive Based Approach' (kap. 5) (jf. også Poort 'Borderlines of Copyright Protection: An Economic Analysis, kap. 9)

- Retten til rimelig utnyttelse fylt med innhold
- 'Eksperiment': Hva blir utfallet om man tar utgangspunkt i opphavsrettens incentivfunksjon (effektivitetshensyn) og justerer med andre prinsipper (proporsjonalitet, verdighet, 'public domain', ytringsfrihet, markedsintegrasjon)?
- Tanken: Gir mer konkrete og presise løsninger enn 'balanseparadigmet' som i utgangspunktet er innholdstomt
- Overordnet retningslinje: Kontroll over handlinger som påvirker rettighetshaverens nåværende eller fremtidige utnyttelse av verket på en negativ måte
- Modellen: De konkrete utfallene kan nedfelles i en eksempel katalog over hva som er rimelig utnyttelse, og som det kan trekkes analogislutninger fra

Dusollier, 'Realigning Economic Rights with Exploitation of Works' (kap. 6)

- Hovedkonsept: De økonomiske rettighetene omfatter bare 'utnyttelse' ('exploitation') av verket
- 'Utnyttelse' relaterer seg til opphavsrettens funksjon som kommunikasjon av verket i den offentlige sfære
 - Omfatter to hovedelementer; (i) Bruk av verket som et verk, dvs. dets ekspressive innhold og ikke som informasjon eller referanse; (ii) Beskyttelse mot bruk som skader opphavsrettens funksjon om sikre rettighetshavernes kontroll over utnyttelsen
- Kobles til opphavsretten som offentlig ytring ('public speech'), jf. Kant og Habermas
- Tre relevante kategorier utnyttelse: (i) Markedsføring av varer (goods) som inkorporerer verket; (ii) Ytelse av en tjeneste eller opplevelse av verket; (iii) Utnyttelse av en bearbeidelse

Strowel, 'Reconstructing the Reproduction and Communication to the Public Rights: How to Align Copyright with its Fundamentals' (kap. 7

- Forslaget relaterer seg til dagens, ikke fremtidens, opphavsrett ('a realistic utopia!')
- Også dette forslaget relateres til opphavsrettens funksjon som offentlig ytring
- Forslag: Eksemplarframstillingsretten og overføringsretten er begrenset til *bruk av verket som verk*, og rettighetenes økonomiske dimensjon må stå sentralt
 - Påstand: Den økonomiske funksjonen har forsvunnet i eksemplarframstillingsretten, mens den er mer, men ikke helt konsekvent, til stede i overføringsretten

Hugenholtz/Quintais, 'Towards a Universal Right of Remuneration: Legalizing the Non-commercial Online Use of Works'

- Forslag: Innføring av alternativ kompensasjonssystem for individuelle anvenderes eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring av verk for ikke kommersielle formål (syfte)
- Ulike modeller:
 - (i) Frivillig kollektiv lisensiering; (ii) Avtalelisens; (ii) Tvungen kollektiv rettighetsforvaltning; (iv) Tvangslisens (lovbestemt lisens basert på rettighetsbegrensning); (v) Skattemodell
- Hvem skal betale?
 - ISP'ene fordi de (i) har 'deep pockets'; (ii) Har kontraktuelt forhold til forbrukerne; (iii) Er i økende grad i rettighetshavernes søkelys
- Kompensasjonsberegningen:
 - Beror på modellen, men empirisk belegg for at kundene foretrekker (i) 'flat rate', jf. empriske undersøkelser (IVIR)

‘Common ground’

- Dagens rettighetsbegreper er for formalistiske og behøver større grad av normativ forankring
- Effektsbaserte tilnærminger med kombinasjoner av ‘regler’ og ‘standarder’
- Funksjonalistiske tilnærminger med basis i ulike opphavsrettslige begrunnelser
- Åpenhet også ved rettighetsdefinisjonen, ikke bare ved unntak/begrensninger (fairness/reasonable etc.)

‘Borderline cases’

- Ulike oppfatninger i detaljene, bl.a. om privatkopiering, men bred enighet om at tekst- og datamining ikke bær omfattes av opphavsretten
- Digitalt videresalg: Noe ulike oppfatninger om rettighetshaverens berettigelse til å kontrollere annengangsmarkedet
- Lenking: Stort sett enighet om å skille mellom hyperlenking og embedding

Konklusjon

- Ulikhet i oppfatning om løsning av konkrete tilfeller skyldes ulikheter i normative begrunnelser (f.eks. incentivfunksjon vs. 'fairness')
- Men et hovedpoeng: Slike ulikheter kommer bedre frem med mer åpne modeller enn der man 'gjemmer seg bak' dogmer og begreper
- Åpne modeller betyr ikke nødvendigvis manglende forutberegnelighet. Hvem er i stand til å forutse EU-domstolens løsninger under dagens modell?