

**UTLEVERING AV IDENTITET BAK IP-ADRESSER
OG BLOKKERING AV TILGANG TIL NETTSTEDER –
Utkast til nye regler i åndsverkloven**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 659
Leveringsfrist: 25. november 2011

Til sammen 17 968 ord

16.11.2011

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Den videre fremstilling.....	2
1.3	Rettskilder og metode.....	4
1.3.1	Lovtekst	4
1.3.2	Forarbeider.....	4
1.3.3	Europeiske rettskilder	4
1.3.4	Rettspraksis.....	5
1.3.5	Internasjonale rettskilder	6
1.3.6	Juridisk litteratur	7
2	<u>FORMÅLET MED OPPHAVSRETTE</u>	7
3	<u>RETTSKILDEBILDET I DAG</u>	8
3.1	Åndsverkloven	8
3.1.1	Hvem har vern?	9
3.1.2	Hva vernes?	9
3.1.3	Hvilke rettigheter blir vernet?.....	10
3.2	Norges forpliktelse til EØS og InfoSoc-direktivet	15
3.3	InfoSoc-direktivet artikkel 8 (3).....	17
3.4	Nettilbyders rolle	19
3.4.1	Medvirkning for nettilbyder	19
3.4.2	Ehandelslovens §§ 16-20 – ansvarsfrihetsreglene.....	23
3.5	Peer-to-peer nettverk (P2P) og The Pirate Bay	28

3.6	Telenor-kjennelsen	29
4	<u>ENDRING I NORSK RETTSTILSTAND</u>	34
4.1	Høringsnotatet	34
5	<u>UTKAST TIL NYE ÅVL. § 56B</u>	35
5.1	EUs håndhevingsdirektivs artikkel 8 og den svenske regelen	37
5.2	Telefónica-saken i EU-domstolen.....	39
5.3	Forholdet til EMK artikkel 8 om retten til privatliv	40
5.4	Effektivitet.....	44
5.4.1	Max Manus-kjennelsen og ”et visst omfang”	44
6	<u>UTKAST TIL NYE ÅVL. § 56C</u>	49
6.1	Forholdet til vernet av informasjons- og ytringsfriheten	50
6.2	Effektivitet.....	59
7	<u>AVSLUTNING</u>	61
8	<u>KILDER</u>	63
8.1	Lover og internasjonale rettskilder	63
8.1.1	Norske lover	63
8.1.2	Utenlandske lover	64
8.1.3	Europeiske rettskilder	64
8.1.4	Internasjonale rettskilder	65
8.2	Forarbeider og høringsnotat	65
8.2.1	Norske forarbeider	65
8.2.2	Høringsnotat	66

8.2.3	Utenlandske forarbeider	66
8.3	Domsregister	66
8.3.1	Norske dommer	66
8.3.2	EU-dommer	67
8.3.3	Dommer fra EMD	67
8.3.4	Utenlandske dommer	68
8.4	Litteraturliste	69
8.4.1	Bøker	69
8.4.2	Artikler	69

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er vern av opphavsrettigheter, rettighetshavernes mulighet for håndhevelse av sine rettigheter på Internett, samt lovreguleringen av mellommenns ansvar for å hindre krenkelser av opphavsrettigheter på deres tjenester. Oppgaven vil redegjøre for de gjeldende reglene på området, og videre redegjøre for og drøfte et nytt utkast til lovregler i åndsverkloven som Kulturdepartementet har foreslått i et høringsnotat sendt ut på høring i mai 2011, med frist 30. september 2011.

Den nærmere problemstillingen for oppgaven vil være hvordan det nye utkastet til åndsverkloven ivaretar opphavsretten på Internett i forhold til retten til privatliv og ytringsfriheten, og om de foreslåtte reglene vil være effektive.

Oppgavens tema er svært aktuelt i dag. I løpet av den teknologiske utviklingen har det vist seg vanskelig å ivareta og sanksjonere vernet av rettighetshavernes enerett til åndsverk i den digitale verden. Digitaliseringen av medier øker muligheten for å spre blant annet musikk og filmer over Internett i en mye større grad enn tidligere, samtidig som det er vanskeligere å se hvem som står bak dette. Det er enkelt å være anonym på Internett, da en persons identitet ikke fremgår av IP-adressen.¹ Digitaliseringen over Internett har gjort verden til et mindre sted i og med at mye av denne spredningen skjer på tvers av landegrensene. Dette vanskeliggjør arbeidet med å få tatt de som bryter opphavsretten ved å spre ulovlig materiale på Internett, da de kan sitte i andre land enn det landet rettighetshaveren befinner seg i.²

¹ En unik adresse som tildeles ved oppkobling til Internett, jf. Bing (2008) s. 84

² Høringsnotatet s. 9

Et godt eksempel er den ulovlige fildelingen som er blitt utbredt den siste tiden. Fildelingsteknologien har utviklet seg fra Napster på 90-tallet til den nye BitTorrent-teknologien, som har effektivisert og forenklet distribusjonen av relativt store filer over Internett. The Pirate Bay, selverklært verdens største BitTorrent-tracker,³ er et nettsted som i stor grad bidrar til slik omfattende fildeling.

Rettighetshaverne, blant annet den mektige film- og musikkbransjen, hevder de taper store summer som følge av denne ulovlige fildelingen.⁴ I løpet av den siste tiden har de brukt store ressurser på å få bukt med denne trenden i den digitale verdenen, blant annet ved å rette søksmål mot både de som direkte krenker deres rettigheter og enkelte mellommenn som bidrar til at ulovlig opphavsrettslig materiale er tilgjengelig på Internett. Dette har ført frem med varierende hell i ulike land, både i Europa og USA.

EU har jobbet for å gjennomføre regler som skaper mer effektive håndhevingstiltak for rettighetshaverne slik at de har bedre muligheter til å sikre sitt vern. Norge, som en del av EØS, er forpliktet til å gjennomføre en stor del av EUs direktiver på opphavsrettens område, og har til en viss grad fulgt opp og gitt lovbestemmelser i tråd med dette. Etter mye fokus på om Norge i realiteten har tilstrekkelige lovregler for håndheving av opphavsretten, har Kulturdepartementet kommet på banen og utarbeidet et utkast til nye regler i åndsverkloven som skal klargjøre rettstilstanden, og gjøre det lettere for rettighetshavere å ivareta sine rettigheter på Internett.

1.2 Den videre fremstilling

Oppgavens kapittel 1 inneholder en innledning, herunder tema og problemstilling for oppgaven, mens kapittel 2 inneholder en redegjørelse for formålet med opphavsretten.

³ <http://thepiratebay.org/about>

⁴ <http://www.aftenposten.no/kultur/article3984181.ece>

Kapittel 3 er en redegjørelse for den gjeldende rett i Norge, i spørsmålet om hvilke rettigheter opphavsretten verner, gjennom en kort presentasjon av åndsverklovens hovedregler. Det vil bli redegjort kort for de ulike aktørene og deres rettigheter. Det vil ikke bli problematisert hvilke ulike typer verk som går innenfor betegnelsen ”åndsverk” i åndsverkloven § 1, eller utdypet de ulike rollene og posisjonene rettighetshaverne har etter åndsverkloven. En redegjørelse for rekkevidden av beskyttelsen av verket, i forhold til når det er skjedd en krenkelse, og grensen for nye og selvstendige verk etter åndsverkloven § 4, er også utelukket. Spredningsretten av åndsverk og avgrensningen av eneretten gjennom låneregler og fribruksregler, herunder tvangslisensregler og avtalelisensregler, vil kun kort bli omtalt.

En presentasjon av Norges forpliktelser etter EØS, og nærmere om mellommenns ansvar for krenkelser av opphavsretten er det også redegjort for i kapittel 3. Peer-to-peer nettverk og nettstedet The Pirate Bay⁵ er i fokus, da omfattende opphavsrettskrenkelser foregår her, og et avsnitt omhandler hvordan disse fungerer for å belyse hvordan rettsreglene kommer til anvendelse overfor disse aktørene. Til slutt følger en redegjørelse av Telenor-kjennelsen⁶ for å vise hvordan de gjeldende rettsreglene har blitt anvendt i praksis.

Kapittel 4 inneholder en kort presentasjon av tiltakene Kulturdepartementet ønsker å innføre, mens det i kapittel 5 og 6 vil gå i dybden på to av de foreslåtte lovbestemmelsene. Det vil her drøftes hvordan disse stiller seg i forhold til henholdsvis retten til privatliv etter EMK artikkel 8 og ytringsfriheten etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10.

I kapittel 7 vil det bli gjort noen avsluttende betraktninger.

⁵ Se punkt 3.5

⁶ Se punkt 3.6

1.3 Rettskilder og metode

I denne oppgaven vil det bli anvendt alminnelig juridisk metode basert på Eckhoffs rettskildelære.⁷

1.3.1 Lovtekst

Utgangspunktet vil være norsk lov. Den sentrale loven i denne oppgaven er åndsverkloven av 1961 som regulerer rettighetshaveres vern av sine rettigheter. Opphavsretten i norsk rett er i stor grad utviklet gjennom et nordisk samarbeid, og i noen sammenhenger kan det være hensiktsmessig å sammenlikne med blant annet dansk og svensk opphavsrett. I forhold til mellommenn og deres ansvar på Internett, så er det ehandelsloven av 2003 som kommer til anvendelse.

1.3.2 Forarbeider

Det er sentralt for vurderinger av innhold og rekkevidde av bestemte lovregler å se til forarbeidene til disse lovene for klargjøring av hvilken tolkning lovgiver har lagt til grunn. Dette har blitt gjort i stor grad i denne oppgaven. Mange av reglene er lite anvendt i praksis, slik at det er forarbeidene som klargjør tydeligst hvilken forståelse man bør ha for reglene.

1.3.3 Europeiske rettskilder

Både den nåværende åndsverklov og ehandelslov er basert på direktiver fra EU.⁸ Det vil dermed være naturlig å trekke inn disse direktivene der de er relevante i oppgaven, på tilsvarende måte som de norske forarbeidene.

⁷ Eckhoff (2001)

⁸ Disse er forpliktende for Norge gjennom EØS-avtalen, jf. EØS-loven § 1.

Av andre europeiske rettskilder er Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 1950 av sentral betydning. Norge er forpliktet til å gjennomføre bestemmelsene i denne konvensjonen som norsk lov gjennom menneskerettsloven av 1999. Den hjemler grunnleggende menneskerettigheter, blant annet retten til privatliv og ytringsfriheten. Disse rettighetene vil bli vurdert opp mot vernet av opphavsretten slik den er hjemlet i utkastet til Kulturdepartementet.

1.3.4 Rettspraksis

Det er få saker som regulerer forholdet mellom rettighetshaver og mellommenn som har vært oppe i det norske rettssystemet. Det har vært noen tilfeller av spørsmål om medvirkning til krenkelser av opphavsrettigheter på Internett, men dette har vært tvister mellom rettighetshaver og den som har krenket deres rett eller tilrettelagt for dette. Så langt har kun én sak vært oppe i rettssystemet som belyser problemstillingen mellom rettighetshaver og nettilbyder, Telenor-kjennelsen, som først kom opp i Asker og Bærum tingrett og så ble avgjort i Borgarting lagmannsrett i 2010. Denne ble ikke anket til Høyesterett, og har dermed ikke en slik prejudikatsvirkning en Høyesterettsdom vil ha. Samtidig er den den eneste av sin natur, og er derfor til en viss grad veiledende for tolkningen av nåværende regler.

I de andre nordiske landene er det høyere frekvens på saker av en slik karakter oppgaven omhandler. Med tanke på de likelydende reglene i både Norge, Sverige og Danmark er noen av disse rettsavgjørelsene relevant å trekke inn for å belyse problemstillingen med eksempler på hvordan reglene er blitt tolket tidligere.

Videre vil det bli presentert en dom fra USA. Det er en større industri av musikk og film i det amerikanske markedet, og hvor en del av de større fildelingsprogrammene er utviklet. På denne bakgrunn har det vært en del rettsavgjørelser innen området av opphavsrettslige krenkelser på Internett. Opphavsretten har en lang tradisjon både i USA og Europa, og en

av de første internasjonale konvensjonene ble opprettet på slutten av 1800-tallet.⁹ De grunnleggende opphavsrettslige prinsippene er derfor omtrent tilsvarende i USA og i Norge. Avgjørelser fra USA kan dermed ha en overføringsverdi til norske tilfeller i den grad de anvender de samme grunnprinsippene i sine begrunnelser, slik som Grokster-dommen.¹⁰

Opphavsretten har også vært oppe i den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) i Strasbourg, og ofte vært stilt opp mot andre rettigheter i den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). I særlig grad har det vært spørsmål om vern av opphavsrettigheter i forhold til ytringsfriheten og retten til privatliv. Noen slike dommer fra EMD vil bli trukket inn for å belyse hvordan domstolen tolker EMK, med tanke på hvordan disse rettighetene skal avveies i forhold til hverandre. Dommer fra EMD har en rettskildemessig verdi for forståelsen av norsk rett, ettersom Norge er forpliktet til å tolke EMK i tråd med EMDs forståelse av konvensjonen.¹¹

1.3.5 Internasjonale rettskilder

Opphavsretten i USA og Europa er basert på internasjonale konvensjoner, blant annet TRIPS-avtalen. Den ble etablert av WTO¹² i 1994 og inneholder i hovedsak håndhevingstiltak og sanksjoner for å sikre effektiv og enhetlig beskyttelse av immaterielle rettigheter. Den beskytter både patenter, varemerker og åndsverk. TRIPS-avtalen er basert på internasjonale konvensjoner som forvaltes av Verdensorganisasjonen for immaterialrett (WIPO), en særorganisasjon i FN-systemet.¹³ Den stiller minimumskrav for medlemsstatene som forplikter dem til å gjennomføre konvensjonens artikler. TRIPS-

⁹ Bern-konvensjonen 1889

¹⁰ Se under punkt 3.4.1

¹¹ Rt. 2000 s. 996 på s. 1007

¹² World Trade Organization

¹³ www.regjeringen.no/nb/dep/tema/handelspolitikk/wto/wto---doha-runden/handelsrelaterte-sider-ved-immaterielle-.html?id=446716

avtalen implementerer Bernkonvensjonen, som ivaretar opphavsrettsbeskyttelse både for sine medlemsstater og andre medlemmer av denne konvensjonen.

Som rettskilder vil disse internasjonale konvensjonene ikke bli trukket inn i oppgaven. Både de nordiske lovene og EU-direktivene er basert på disse konvensjonene, så deres prinsipper ligger til grunn for store deler av den opphavsrettslige lovgivningen både i norsk rett og i fellesskapsretten.

1.3.6 Juridisk litteratur

Det er en del juridisk litteratur på opphavsrettens område, både av norske og utenlandske forfattere. I denne oppgaven vil juridisk litteratur bli anvendt i liten grad. Det vil kun bli trukket inn der den kan fungere som støtteargumenter for forståelsen av de gjeldende reglene i norsk rett.

2 Formålet med opphavsretten

Formålet med opphavsretten er å ivareta både rettighetshaverens tidsbegrensede¹⁴ økonomiske rett til å disponere over verket som han ønsker, og å ivareta hans ideelle rettigheter – som rett til å bli navngitt og rett til å ikke få verket sitt anvendt i det som kan oppfattes som krenkende sammenhenger. Hensikten er å beskytte rettighetshaverne mot utnyttelse av deres verk fra en tredjepart.

Denne begrunnelsen er et resultat av den rettslige historien bak opphavsretten i angloamerikansk og kontinentaleuropeisk rettstradisjon. Den moralske retten er vektlagt i kontinental rettstradisjon, særskilt i Frankrike (*droit d'auteur*). Her er fokuset anerkjennelsen av skaperen av åndsverket og hans rett til å uttrykke seg kunstnerisk, og beskytte ham mot at andre gjensker hans verk uten tillatelse. Den økonomiske retten er

¹⁴ Vernetiden for åndsverk er på 70 år etter opphavsmannens død, jf. åndsverkloven § 40 første ledd.

mest i fokus i angloamerikansk rett, og fortrinnsvis i USA (copyright law). Den oppstod på bakgrunn av at opphavsretten ble utviklet for å beskytte utgiverne (produsentene av kopiene) av åndsverkene og deres økonomiske fortjeneste.¹⁵

Å ivareta produksjonen av åndsverk ved å sørge for en økonomisk kompensasjon for rettighetshaveren, fungerer som en oppmuntring til ham til å investere tiden sin i kreasjon av ulike verk. Han bidrar til samfunnets kulturarv, og til slutt er dette til glede for alle i samfunnet.¹⁶ Mens ordinære lønnstakere får lønn for arbeidsinnsatsen de gjør for arbeidsgiveren sin, er det rimelig at kunstnere og andre skapere av åndsverk får lønn for strevet de legger i å utvikle musikk, film, bilder osv. At det er sentralt for opphavsretten at rettighetshaveren beholder eneretten til produktet han har laget, bidrar til at ingen andre beriker seg på hans bekostning. Det gjenspeiler den økonomiske begrunnelsen for opphavsrettsbeskyttelse.

I norsk rett har det tradisjonelt vært lagt stor vekt på å balansere opphavsretten mot andre rettigheter, og at den ikke skal fortrenge andre viktige samfunnsinteresser.¹⁷

3 Rettskildebildet i dag

3.1 Åndsverkloven

Den gjeldende loven som regulerer vern av opphavsrettigheter er åndsverkloven av 1961.

¹⁵ Drahos (1998) s. 2

¹⁶ Rognstad (2009) s. 31

¹⁷ Rognstad (2009) s. 34

3.1.1 Hvem har vern?

Opphavsmannen har krav på vern av sitt åndsverk. Rettighetshaveren vil etter åndsverkloven § 1 første ledd være den som skaper et åndsverk. Det er oftest en fysisk person, med tanke på at noe skapes, men også en juridisk person kan få overført rettighetene til et verk, jf. åndsverkloven § 39 første ledd. Dette kan for eksempel være ved personer ansatt i et foretak eller som utfører oppdrag på vegne av noen, som overfører opphavsretten til arbeidsgiver eller oppdragsgiver.¹⁸

I tillegg har de som er omfattet av naborettighetene i åndsverkloven kapittel 5 et selvstendig vern. Dette er for eksempel den utøvende kunstneren, produsenten av lydopptak osv.

I denne oppgaven brukes begrepet ”rettighetshaver” som henviser til enhver som har rett til beskyttelse etter åndsverkloven, både opphavsmannen til verket og de som har rett etter naborettighetene.

3.1.2 Hva vernes?

Åndsverket, jf. åndsverkloven § 1. Det vil si litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform. Videre følger en liste over eksempler på hva som regnes som slike typer verk som har rett til vern, jf. åndsverkloven § 1 andre ledd.

I denne oppgaven er overføring over Internett det sentrale, og det er i størst grad tale om digitale filer som inneholder musikk, tv-serier eller filmer. Disse typer digitale filer blir overført ulovlig mellom brukere i stor skala ved hjelp av en såkalt tracker¹⁹ og torrent-filer. Det er altså ikke et eksemplar av verket eller informasjon om selve musikkfilen, men informasjon og beskrivelse av hvilke brukere av BitTorrent-systemet som sitter på de

¹⁸ Rognstad (2009) s. 119

¹⁹ Se punkt 3.5

etterspurte musikkfilene. Det er på det rene at datafiler som inneholder musikk eller film vil falle innenfor betegnelsen ”verk” i åndsverkloven § 1. Det blir også spesifisert i § 1 andre ledd i henholdsvis nr. 4 for musikkverk og nr. 5. for filmverk. Dette vil bli lagt til grunn for den videre redegjørelsen. Noen redegjørelse for vilkår for å betegne et verk som beskyttet etter opphavslovgivningen vil ikke bli foretatt.

3.1.3 Hvilke rettigheter blir vernet?

Opphavsretten verner rettighetshaverens utnyttelse av verket, herunder hans økonomiske rett, jf. åndsverkloven § 2, og hans ideelle rett, jf. åndsverkloven § 3. Innenfor eneretten finnes eksemplarfremstillingsretten og tilgjengeliggjøringsretten. Dette fremgår direkte av ordlyden i § 2: ”Opphavsretten gir ... enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten ...”.

Under tilgjengeliggjøringsretten ligger retten til spredning, visning og fremføring. Mer detaljert regulert i § 2 tredje ledd vil denne tilgjengeliggjøringen kunne skje for eksempel ved salg, utleie eller utlån, eller ved offentlig fremvisning. Innenfor den ideelle retten ligger respektretten, rett til navneangivelse og retten til vern mot bruk av åndsverket i sammenhenger som kan oppfattes som krenkende. Rett til navneangivelse og respektretten fremgår av § 3, hvor det står at ”opphavsmannen har krav på å bli navngitt slik som god skikk tilsier”, og det fremgår av bestemmelsens andre ledd at opphavsmannen kan kreve at endring av åndsverket ikke skjer ”på en måte eller i en sammenheng som er krenkende ...”

I tillegg er visse nærstående rettigheter vernet etter åndsverkloven kapittel 5. Dette gjelder for eksempel eneretten til å råde over sin fremføring av et verk, jf. § 42, rettigheter til databaser, jf. § 43, eller rett til opptak, jf. § 45.

Opphavsretten gir beskyttelse til rettighetshaveren ved å gi han en tidsbegrenset eksklusiv rådighet over verket sitt. Motsetningsvis tilsier dette at ingen andre har adgang til å råde over verket uten samtykke fra rettighetshaveren. En annen bruk enn den tillatte, eller gjennom andre regler, vil anses for å være en krenkelse av opphavsretten til

rettighetshaveren.²⁰ Opphavsretten blir begrenset i noen sammenhenger gjennom unntak i visse ”låneregler”, blant annet retten til å sitere fra verk etter åndsverkloven § 22, retten til privat eksemplarframstilling i åndsverkloven § 12, samt gjennom visse ”fribruksregler” som tvangslisensregler og avtalelisensregler.²¹

Det er ikke noe krav om å registrere verket sitt i et register for å få beskyttelse for dette, slik som for varemerker etter varemerkeloven § 12 og patenter etter patentloven § 1 første ledd. Verket har vern ved tilblivelsen gjennom opphavsmannens manifestasjon av ideen til et produkt.

3.1.3.1 Eksemplarframstillingsretten

I noen av de internasjonale opphavsrettskonvensjonene,²² i InfoSoc-direktivet²³ artikkel 2 og i angloamerikansk rett er eksemplarframstillingsretten omtalt som ”the reproduction right”; reproduksjonsretten. Det beskriver at denne retten verner rettighetshaverens rett til å beskytte seg mot at andre reproducerer hans verk, det vil si at noen på en eller annen måte lager kopier av det opphavsbeskyttede materialet.²⁴

Eksemplarframstillingsretten omfatter mange typer reproduksjoner av verket, både analogt og digitalt. Dette blir presisert gjennom åndsverkloven § 2 annet ledd hvor det står at ”som framstilling av eksemplar regnes også overføring til innretning som kan gjengi verket”. Dette betyr for eksempel overføring til avspillingsutstyr, være seg lydopptaker eller videoopptaker. Det samme gjelder når man overfører til digitale verktøy som en datamaskin, mp3-spiller eller mobiltelefon. Ifølge forarbeidene²⁵ er det ikke tvilsomt at også midlertidige lagringer i datamaskiner omfattes av eksemplarframstillingsbegrepet, uansett varighet og selvstendighet. I tillegg omfatter den ikke bare rene kopier, men også

²⁰ Rognstad (2009) s. 133

²¹ Rognstad (2009) s. 216

²² F. eks. TRIPS-avtalen artikkel 14 og Bernkonvensjonen artikkel 9

²³ Directive 2001/29/EC

²⁴ Rognstad (2009) s. 152

²⁵ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 16 flg.

andre gjengivelser av verket.²⁶ Dette følger av ordlyden ”i opprinnelig eller endret skikkelse” i åndsverkloven § 2 første ledd. Åndsverkloven § 2 må tolkes i samsvar med InfoSoc-direktivets artikkel 2 som regulerer eksemplarframstillingsretten. Den har en omfattende ordlyd som dekker både direkte, indirekte, midlertidig eller permanent reproduksjon, og på hvilken som helst måte og i hvilken som helst form. De fleste kopimåter, gjengivelser og lignende, vil være beskyttet av rettighetshavers enerett.

3.1.3.1.1 Unntak for midlertidig eksemplarer

Av hovedregelen i åndsverkloven § 2 fremgår det i ordlyden at eksemplarframstillingsretten gjelder både varige og midlertidige eksemplarer av verket. Det er gjort et unntak fra dette når det gjelder digitale kopier i åndsverkloven § 11a, når to kumulative vilkår er oppfylt. For det første vil en ”tilfeldig eller forbigående fremstilling” ikke anses for å være en fremstilling av et eksemplar av verket. Dette gjelder når det er som en del av en teknisk prosess, hvor formålet er å muliggjøre verket på lovlig måte eller gjennom et mellomledd som en del av en overføring i nettverk på vegne av en tredjepart. Det siktes til midlertidige lagringer ved behandling i datamaskiner, og gjennom overføringer mellom datamaskiner. Ifølge forarbeidene innebærer ”forbigående” et krav om lagringens potensielle varighet, som i denne sammenheng må være tidsbegrenset, jf. ordlyden ”lagringen må således fremstå som flyktig, ubestendig eller forgjengelig”. Kravet om ”tilfeldig” må forstås som vilkårlig lagring, samtidig som den ”i en viss grad også skal være uberegnelig, uforutsett eller utilsiktet”.²⁷

For det andre må det midlertidige eksemplaret ikke ha en ”selvstendig økonomisk betydning” for verken mellommann, rettighetshaver eller sluttbruker. Dette er tilfellet dersom handlingen har ”økonomisk betydning utover det som kreves for å muliggjøre overføring i nettverk ...”.²⁸

²⁶ Rognstad (2009) s. 152

²⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 16

²⁸ Ot.prp. nr.46 (2004–2005) s. 17

Åndsverkloven § 11a ble inkludert i åndsverkloven for å gjennomføre artikkel 5 (1) i InfoSoc-direktivet. Denne artikkelen hjemler et unntak fra ”the reproduction right” i artikkel 2 i den forstand at den åpner for følgende:

”Temporary acts of reproduction referred to in Article 2, which are transient or incidental [and] an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable (a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or (b) a lawful use of a work or other subject-matter to be made, and which have no independent economic significance, shall be exempted from the reproduction right provided for in Article 2.”

Sammenholdt med fortalens punkt 33 hvor det står at unntaket bør omfatte:

“... browsing as well as acts of caching to take place, including those which enable transmission systems to function efficiently, provided that the intermediary does not modify the information and does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information”

Dette vil si vanlige, tekniske handlinger som er en forutsetning for at informasjonsspredning over Internett skal fungere optimalt. Bestemmelsene i åndsverkloven og InfoSoc-direktivet er omtrent likelydende, og kan forstås å ha samme rekkevidde.

3.1.3.2 Retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten

Utgangspunktet er at rettighetshaveren sitter på eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. I prinsippet skal alle handlinger som kan karakteriseres som

tilgjengeliggjøring være omfattet uansett hvilken måte dette skjer på.²⁹ Denne tilgjengeliggjøringsretten er nærmere definert av inndelingen i kategoriene visning for offentligheten, spredning for offentligheten og offentlig fremføring i åndsverkloven § 2 tredje ledd. Disse kategoriene er ikke uttømmende over måter å gjøre verket tilgjengelig på, hvilket fremgår av forarbeidene til lovendringene som ble gjort i 2005.³⁰ Det samme la Høyesterett til grunn i Napster.no-dommen³¹ fra samme år, hvor de uttalte at tredje ledd ikke er ”ment som noen legaldefinisjon av ’tilgjengeliggjøring for allmennheten’”.³²

I teknologien er det utviklet ”on demand”-tjenester (også kalt ”på forespørselstjenester”). Verk gjøres tilgjengelig slik at brukerne kan ta glede av de når det passer for dem, på et sted og tidspunkt de selv velger. Det kan være på Internett eller andre media. Et eksempel er når TV3 legger ut tv-programmer på sine nettsider, som de har rettighetene til, slik at brukerne kan se på disse tv-programmene på sin datamaskin gjennom streaming.³³ Tilsvarende er når de betalingsbaserte tv-kanalene gjør det mulig for brukerne å lagre tv-program og spille dem av på et senere tidspunkt. Streamingtjenestene Spotify og Wimp er tilsvarende tjenester for musikkavspilling over Internett. Slike ”on demand”-tjenester er omfattet av tilgjengeliggjøringsretten til rettighetshaveren.³⁴

3.1.3.3 Spredning

Rettighetshaverens enerett til spredning av sitt eget verk er spesifikt regulert i åndsverkloven § 2 tredje ledd bokstav a. Det følger i utgangspunktet av eksemplarframstillingsretten at rettighetshaveren har enerett til å bestemme hvorvidt og hvordan åndsverket skal bli utnyttet. Derav følger også retten til å bestemme hvordan det

²⁹ Rognstad (2009) s. 155

³⁰ Høringsutkast 2003 s. 75

³¹ Rt. 2005 s. 41

³² Rt. 2005 s. 41 avsnitt 42.

³³ På norsk kalt ”strømming”- en form for direkte avspilling gjennom Internett uten at det lagres hos brukeren, jf Bing (2008) s. 247

³⁴ InfoSoc-direktivet artikkel 3 (1) og åndsverkloven § 2 fjerde ledd.

blir spredt, samtidig som den som har tilegnet seg et eksemplar av verket på lovlig vis har rett til å omsette dette videre ved ønske. Spredningsretten rekker dermed ikke lenger enn til første gangs spredning på markedet, og den konsumeres ved første gangs salg eller overdragelse.

Det er på det rene at spredningsretten omhandler den fysiske spredningen av eksemplarer, for eksempel ved besittelsesoverføring av CD-er eller DVD-er. Det er også klart at det er spredning både ved salg, utleie og lån, og også idet man frembyr eksemplaret. Det vil si når eksemplaret blir utstilt i butikker eller annonsert for i reklame og lignende. Det har vært et spørsmål om en tilsvarende spredningsrett gjelder for digitale eksemplarer av verket. Da er det ikke tale om fysiske eksemplarer, men overføring av data som gir mottakeren muligheten til å fremstille et eget eksemplar. Realiteten kan være den samme, særlig når man kjøper musikk på nettsteder, for eksempel på iTunes eller gjennom streamingtjenester som Spotify eller Wimp. Da får man muligheten til å disponere over musikkfilen under begrensning av avtalte lisensvilkår.³⁵ InfoSoc artikkel 4 regulerer ”the distribution right”; spredningsretten. Sammenholdt med direktivets fortale punkt 28 fremgår det at bestemmelsen i hovedsak regulerer fysiske eksemplarer av åndsverk. Den samme forståelsen kan man utlede av forarbeidene der det står at ”eneretten til spredning [gjelder] bare åndsverk som er innarbeidet i et fysisk produkt som er gjenstand for omsetning som en vare”.³⁶

3.2 Norges forpliktelse til EØS og InfoSoc-direktivet

I EU er det utarbeidet flere direktiver innen opphavsretten som tar sikte på å harmonisere rettsområdet for alle medlemsstatene i Europa, jf. Infosoc-direktivets fortale punkt 1. Etter fortalens punkt 2 kommer det til uttrykk at opphavsretten og beslektede rettigheter spiller en avgjørende rolle i forbindelse med opprettholdelsen av et indre marked for nye varer og tjenester. Disse rettighetene beskytter og fremmer utviklingen, og markedsføringen av nye

³⁵ Rognstad (2009) s. 158-159

³⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 27

varer og tjenester, samt skapelsen og utnyttelsen av deres kreative innhold.³⁷ Et av de mest omfattende direktivene er direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet.³⁸

Hovedformålet med dette er å skape ensartede regler innen opphavsrettens område. Det har en tverrgående virkning, og regulerer en rekke forhold over hele opphavsrettsområde for å hindre at de ulike medlemsstatene utvikler ulike beskyttelsesmekanismer på ulike nivåer for immaterielle rettigheter. Dette kan igjen føre til restriksjoner på fri flyt mellom statene og skape en oppdeling av det indre marked.³⁹

Prosessen ble initiert av at EU ble medlem av WIPO, og forpliktet seg til å gjennomføre TRIPS-avtalen og WIPO Copyright Treaty i den europeiske fellesskapsretten. InfoSoc-direktivet ble resultatet av dette. Særsilt var direktivet nyskapende i den forstand at den tilpasset opphavsretten til det digitale miljøet, og blant annet regulerte forholdet til overføring over nettverk og DRM-teknologier⁴⁰ og omgåelse av dette.

InfoSoc-direktivet er gjeldende for Norge gjennom EØS-avtalen, og vi er forpliktet til å gjennomføre dette direktivet i norsk lov. Dette er blitt gjort ved den siste lovendringen av åndsverkloven i 2005.

InfoSoc-direktivet verner ”the reproduction right” i artikkel 2, ”the right of communication to the public” i artikkel 3, og ”the distribution right” i artikkel 4. Til sammen gir disse artiklene en tidsbegrenset økonomisk enerett for rettighetshaveren av åndsverk på lik linje med den norske åndsverkloven. I tillegg har direktivet hjemlet en rekke unntak i artikkel 5 som i noen sammenhenger begrenser rettighetshavers enerett. Det er kun ett unntak som er obligatorisk,⁴¹ mens medlemsstatene ellers står fritt til å velge hvilke av unntakene de vil gjennomføre i sin nasjonale rett.

³⁷ Rognstad (2009) s. 54

³⁸ Directive 2001/29/EC

³⁹ Fortalens punkt 6

⁴⁰ Digital Rights Management

⁴¹ Artikkel 5 (1)

InfoSoc-direktivet har stort fokus på bekjempelse av ulovlig spredning av digitale kopier av beskyttede verk. Gjennom artikkel 6 i direktivet hjemler de et grunnlag for medlemsstatene å forby omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer, og i artikkel 7 et pålegg om sanksjoner mot dette.

Til slutt fremgår det av artikkel 8 i InfoSoc-direktivet at medlemsstatene er forpliktet til å legge til rette for passende sanksjoner og rettsmidler ved krenkelser av opphavsretten. Etter artikkel 8 (1) er det klart at sanksjonene skal være effektive, proporsjonale og avskrekkende. Etter artikkel 8 (2) skal medlemsstatene sørge for at rettighetshavere skal ha mulighet til å gå til erstatningssøksmål og kunne kreve det ulovlige materialet beslaglagt.

Særsilt fremgår det av artikkel 8 (3) i InfoSoc-direktivet at medlemsstatene har plikt til å sikre at rettighetshaverne kan kreve rettslig forføyning mot mellommenn, dersom de på en eller annen måte har en rolle ved krenkelser av opphavsrettigheter eller beslektede rettigheter.

3.3 InfoSoc-direktivet artikkel 8 (3)

Artikkel 8 (3) er plassert under overskriften ”Sanctions and remedies” i InfoSoc-direktivet.

Bestemmelsen skal gi rettighetshaverne muligheten til å be om en rettslig forføyning overfor mellommenn som tilbyr tjenester som blir brukt av de som direkte krenker opphavsrettighetene til rettighetshaverne. Formålet er å gi rettighetshavere et effektivt håndhevingsmiddel overfor mellommenn som på er involvert i forhold til brukerne som bryter opphavsretten.

Hensikten bak bestemmelsen følger av fortalens punkt 59. I hovedsak dreier det seg om at mellommenn i større grad anvendes av tredjeparter til krenkelser av opphavsrettslig materiale, og på bakgrunn av dette er de også i den posisjonen som enklest kan forhindre slike krenkelser. Derfor åpner artikkel 8 (3) for at rettighetshaverne skal kunne kreve forføyning overfor mellommenn som overfører dette ulovlige materialet gjennom sitt

nettverk på ulike måter, på vegne av de som direkte krenker opphavsretten. Denne retten for rettighetshaverne gjelder selv om mellommannen i utgangspunktet er underlagt unntaket for ansvar i InfoSoc artikkel 5 (1), som samsvarer med åndsverkloven § 11a for en viss midlertidig eksemplarfremstilling. Selv om mellommannens handlinger gjør ham ansvarsfri etter artikkel 5 (1) kan han bli pålagt en midlertidig forføyning etter krav fra rettighetshaverne gjennom artikkel 8 (3) når deres tjenester er brukt til å bryte opphavsretten, og dermed bli pålagt en plikt til å hindre eller stanse overtredelser.⁴² Selv om mellommannen er fri fra skyld og ansvar, så kan han i noen tilfeller derfor ha en aktsomhetsplikt, selv når han ikke har kunnskap om det ulovlige materialet. Dette er fordi mellommannen er i en best mulig posisjon i forhold til å kunne bringe brudd på opphavsretten til opphør.

I Norge er denne regelen gjennomført uten at lovgiver har sett det nødvendig å endre gjeldende rett.⁴³ Det ble vurdert slik at de gjeldende regler i opphavsrettslovgivningen og de alminnelige rettergangsreglene i tvisteloven var tilstrekkelige. Ved brudd på åndsverkloven har rettighetshaver adgang til å gå til ordinært søksmål med krav om erstatning, eller kreve straff overfor den som krenker deres opphavsrettigheter, jf. åndsverkloven §§ 54 og 55. I tillegg har rettighetshavere mulighet til å gå til domstolen og kreve en midlertidig forføyning mot de som bryter opphavsretten gjennom de vanlige reglene i tvistelovens kapittel 34.

Som avgjort i Telenor-kjennelsen⁴⁴ kan ikke InfoSoc-direktivet artikkel 8 (3) brukes som direkte hjemmel for å pålegge mellommenn noen handlingsplikt i forhold til brudd på opphavsrettigheter som foregår gjennom deres nettverk.

⁴² Mazziotti (2007) s. 172

⁴³ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 15

⁴⁴ RG 2010 s. 171, og se punkt 3.6

3.4 Nettilbyders rolle

Nettilbyder er den aktøren som er mellommannen ved overføringer på Internett. Som et utgangspunkt vil ikke nettilbyder være den som direkte krenker opphavsretten.

Et spørsmål er rekkevidden av ansvaret for nettilbyderen – den utøveren som gjør tilgangen til Internett mulig, og som muliggjør nedlastningen/opplastingen av digitale filer.

3.4.1 Medvirkning for nettilbyder

Åndsverkloven hjemler et medvirkningsalternativ for brudd på lovens bestemmelser, jf. åndsverkloven § 54 tredje ledd. Det kan tenkes tilfeller der nettilbyder eller en annen mellommann er i en slik posisjon at han kan falle innenfor medvirkningsansvar for brudd på åndsverkloven § 2.

Dette var tilfellet i Napster.no-dommen i Høyesterett.⁴⁵ Her ble en dømt for medvirkning etter åndsverkloven § 54 første ledd bokstav d og § 2 på bakgrunn at han hadde tilgjengeliggjort tilgang til musikkfiler i mp3-format på Internett uten rettighetshavernes samtykke. Brukerne som valgte å trykke på linkene han hadde gjort tilgjengelig brøt åndsverkloven § 2 ved å laste ned musikkfilene, mens medvirkeren ble ansett for å ha bidratt ved tilretteleggelse i så stor grad til denne muligheten for brukerne at hans handlinger var innenfor medvirkningsansvaret. Høyesterett sa følgende:

”Lenkingen har forsterket virkningen av opplasternes handlinger ved å øke tilgjengeligheten til musikken. A har selv gitt uttrykk for at brukerne normalt ikke ville funnet musikkfilene uten lenker til disse.”⁴⁶

En generell rettstridsreservasjon må vurderes før medvirkningsansvaret skal kunne legges til grunn. Handlingene må kvalifiseres som ”utilbørlig”, ”uforsvarlig”, ”lastverdig” eller

⁴⁵ Rt. 2005 s. 41

⁴⁶ Rt. 2005 s. 41 avsnitt 63

liknende.⁴⁷ Her kom førstvoterende frem til at handlingene til A var forsettlige og meget klanderverdige på bakgrunn av at det fremgikk av nettsiden at A hadde som et klart formål å tilgjengeliggjøre musikkfilene til brukere, og at han var klar over at han ikke hadde rettighetshavernes samtykke til dette.

Et annet tilfelle var Direct Connect-dommen i Oslo tingrett i 2005.⁴⁸ Her hadde en person organisert en såkalt hub⁴⁹ som gjorde det mulig at et stort, begrenset antall brukere kunne dele film-og musikkfiler med hverandre gjennom serveren. Forskjellen fra Napster.no-dommen var at hub'en kun hadde som funksjon å sette brukere i kontakt med hverandre for direkte nedlastning seg imellom, mens napster.no var en nettside hvor filene ble lastet ned direkte fra Internett. Tingretten kom frem til at det forelå straffbar medvirkning til ulovlig fildeling på bakgrunn av at hensikten var å dele opphavsrettsbeskyttet materiale, og at vedkommende visste at driften førte til ulovlig fildeling. Vedkommendes argumenter om at han kun var ”vaktmester” for hub'en ved å vedlikeholde den, og at han ikke kunne se de filene som ble delt, fikk ikke medhold hos tingretten. Den mente hans virksomhet rundt hub'en var mer omfattende enn at det kunne betraktes som ”vaktmestervirksomhet”.

Fildelingstjenesten The Pirate Bay ble dømt for medvirkning til brudd på den svenske opphavsrettsloven i 2010.⁵⁰ Tilsvarende ville nok The Pirate Bay blitt dømt for medvirkning til brudd på opphavsretten dersom de var blitt saksøkt i Norge, ettersom regelverket er relativt likelydende. Denne nettsiden utgjør også et godt eksempel på hvem en medvirker kan være som omfattes av åndsverkloven § 2. Dette kan problematiseres hvis noe av det som ligger ute på The Pirate Bay er lovlig materiale, hvor The Pirate Bay i tilfelle ikke er medvirkere til brudd på opphavsretten. Selv om mesteparten av materialet på nettsiden viser til materiale som er gjort tilgjengelig uten samtykke fra rettighetshaver, så er

⁴⁷ Rt. 2005 s. 41 avsnitt 65

⁴⁸ RG 2005 s. 1627

⁴⁹ I denne sammenheng er en ”hub” et annet begrep om en sentral tjenermaskin – det vil si en maskin som inneholdt informasjon om hvor den forespurte filen var tilgjengelig, jf Bing (2008) s. 243 – 244.

⁵⁰ Sak B 13301-06

nettsiden også blitt brukt til å tilgjengeliggjøre lovlig materiale. I Sverige har for eksempel artisten Timbuktu lagt ut noe av sin musikk gjennom The Pirate Bay til gratis anvendelse for brukerne.⁵¹

En amerikansk dom i 2005⁵² berørte denne problemstillingen. Her hadde de tiltalte utviklet to systemer for fildeling som ikke baserte seg på en sentralisert filkatalog. De digitale filene befant seg på datamaskinene til brukerne som hadde installert fildelingsprogrammet, og muliggjorde at brukerne kunne laste ned filer direkte fra hverandre. Domstolen måtte ta stilling til om de som stod bak disse programmene kunne dømmes til medvirkning til krenkelser av den amerikanske Digital Millennium Copyright Act. Der de tidligere instanser frikjente de tiltalte på grunn av at systemene også kunne brukes på lovlig måte, måtte The Supreme Court avgjøre om dette innebar at de tiltalte kunne være uten ansvar.

Av tidligere amerikansk rettspraksis fremgikk Sony-doktrinen, som gikk ut på at en produsent av en videoopptaker ikke kunne sies å medvirke til ulovlig kopiering av videofilmer, fordi produktet var ”capable of commercially significant noninfringing uses.”⁵³ Denne doktrinen ble ikke anvendt i Grokster-saken fordi bevis tydelig pekte på aktive handlinger fra de tiltaltes side for å promotere muligheten for ulovlig fildeling, fremfor det lovlige aspektet ved programvaren. De tiltalte i Grokster-saken ble dømt. Begrunnelsen var at selv om produktet de hadde laget var egnet til lovlig bruk, så kunne de ikke komme unna medvirkningsansvar til brudd på opphavsrettigheter. Deres hensikt med fildelingssystemene var å bidra til opphavsrettskrenkelser, og det var også dette programvaren nesten utelukkende ble brukt til.⁵⁴ De var ikke passive i forhold til informasjonen de fikk om opphavsrettskrenkelser. De klar over at brukerne brukte systemet til å spre ulovlige filer, og de var også aktive og oppmuntret til brudd på opphavsretten.

⁵¹ http://www.teknofil.no/artikler/timbuktu_satser_paa_pirate_bay/84076

⁵² Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd.

⁵³ Fra dommen Sony Corp. Of America v. Universal Studios Inc., 464 US 417 (1984), jf. Grokster-dommen s. 15

⁵⁴ Det hevdes at nesten 90% av de tilgjengelige filene var opphavsrettsbeskyttede verk, jf. dommen side 4.

Dette tyder på at det aldri vil være en mulighet at nettsider som The Pirate Bay, og andre varianter av BitTorrent-systemer, vil kunne frifinnes for medvirkningsansvar overfor rettighetshavere selv om det er en sjanse for at tjenesten også kan anvendes til å spre lovlig materiale.

Tankegangen bak medvirkningsansvaret er at dersom mellommennene som bidrar til at den enkelte bruker kan dele filer med andre på Internett kan sanksjoneres, så er det lettere å begrense og forhindre spredning av opphavsrettsbeskyttet materiale generelt. Man får redusert mellommennene, slik at fildeling over Internett blir vanskeligere.⁵⁵ Dette ble vektlagt i Grokster-dommen:

”When a widely shared service or product is used to commit infringement, it may be impossible to enforce rights in the protected work effectively against all direct infringers, the only practical alternative being to go against the distributor of the copying device for secondary liability on a theory of contributory [medvirkende] or vicarious [stedfortredende] infringement.”⁵⁶

I eksemplene på medvirkere som har blitt dømt til erstatningsansvar for sin rolle i ulovlig fildeling over Internett, er et gjennomgående trekk at de alle har vært i betydelig grad aktive selv i å tilrettelegge for den ulovlige fildelingen mellom brukere. Selv om denne lovgivningen ikke utelukker at nettilbyder kan være en slik medvirker, så har ingen av aktørene i de nevnte eksemplene vært nettilbyder.

Et eksempel på en nettilbyder som ble pålagt ansvar var i Højesteret i Danmark,⁵⁷ da den danske nettleverandøren Telenor ble pålagt å blokkere tilgangen til The Pirate Bay. Højesteret var enig med de tidligere instansene i at Telenor medvirket til krenkelser av opphavsretten ved ulovlig eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring i sin overføring av

⁵⁵ Rognstad (2009) s. 405.

⁵⁶ Grokster-dommen s. 12

⁵⁷ Sag 153/2009

informasjon fra The Pirate Bay til sine kunder. Telenor var ikke unntatt etter den danske ophavsretsloven § 11a, da den forutsetter at det skjer en eksemplarframstilling på grunnlag av kun lovlige utgivere, jf. § 11, stk. 3. Hovedregelen i ophavsretsloven § 2 kom til anvendelse. Rettighetshaverne fikk medhold i sitt krav om at Telenor måtte sperre tilgangen til nettstedet for sine brukere. Den danske loven har et annet rettsgrunnlag for unntaket for midlertidig eksemplarframstilling enn den norske åndsverkloven. Etter norsk rett er det ikke et vilkår at den eksemplarframstillingen nettilbyder foretar ved overføring gjennom sitt nett, er basert på lovlig materiale.

Det er ingen nettilbydere i Norge som har vært pålagt medvirkningsansvar for brudd på åndsverkloven § 2 om rettighetshavers enerett. Noe av årsaken til dette kan være reglene i ehandelsloven som fritar fra blant annet slikt erstatningsansvar som nettilbydere kan omfattes av i visse tilfeller.

3.4.2 Ehandelslovens §§ 16-20 – ansvarsfrihetsreglene

Ehandelsloven ble gjennomført på bakgrunn av EU-direktivet som omhandlet visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester på indre markedet.⁵⁸ Direktivet har til hensikt å sikre fri bevegelse av informasjonssamfunnstjenester mellom medlemsstatene.⁵⁹ Ehandelslovens §§ 16 til 20 er en gjennomføring av direktivets kapittel om ansvarsregulering.

Hensikten bak ansvarsfrihetsreglene er at mellomledet skal unngå å måtte vurdere lovligheten av innholdet som overføres, da dette i noen situasjoner kan være en vanskelig vurdering.⁶⁰ I andre tilfeller kan det føre til en hindring av informasjons- og ytringsfriheten, og eventuelt føre til privat sensur ved at mellomledet tar for omfattende forholdsregler for

⁵⁸ Directive 2000/31/EC

⁵⁹ Ehandelsdirektivets fortale punkt 1

⁶⁰ Høringsnotatet s. 38

å sikre at de går klar av ansvar (kalt ”chilling effect”⁶¹). Det kan sammenliknes med unntaket fra redaktøransvaret som teknisk personale er underlagt etter straffeloven § 254 og skadeserstatningsloven § 3-6 fjerde ledd. Her er også formålet med fritaksbestemmelsen begrunnet i hensynet til ytringsfriheten, da denne gruppen ellers måtte ha tatt stilling til om ytringene i det trykte skriftet er lovlige.⁶²

Ehandelsloven regulerer forholdet for mellommannen som videreformidler informasjonen fra den primære yteren til brukeren gjennom sin informasjonssamfunnstjeneste. Ehandelsloven § 1 andre ledd definerer det som elektroniske tjenester som blir formidlet over avstand etter en individuell anmodning, og som tjenester som gir adgang til informasjon eller som overfører informasjon over et elektronisk kommunikasjonsnett. Tjenestene det er tale om er ren overføring, mellomlagring eller lagring, og de blir alle levert av et mellomledd. Ehandelslovens §§ 16, 17 og 18 regulerer henholdsvis disse tre situasjonene, og har en form for avskjæring av ansvar.⁶³ Den generelle hovedregel for de tre bestemmelsene er at mellommannen kan være unntatt ansvar for det innhold som han overfører eller lagrer for brukerne av nettet hans. I utgangspunktet er mellommannens handlinger innenfor den alminnelige hovedregel i åndsverkloven § 2 når han overfører ulovlig opphavsrettslig materiale på vegne av tredjemann. Etter disse ansvarsfritetsreglene kan han likevel bli unntatt fra dette konkrete straffe- og erstatningsansvaret som er hjemlet i åndsverkloven §§ 54 og 55. Dette følger motsetningsvis av § 15 og direkte av §§ 16 – 18.

Det fremgår av ehandelsloven § 15 at det nettilbyder ikke kan holdes ansvarlig for er ”informasjon”. Dette kan være ”... alle typer av innhold/data; herunder tekst, lyd, bilde, film eller en kombinasjon av disse.”⁶⁴ Det gjelder dermed opphavsrettslige vernet materiale som i utgangspunktet er beskyttet av rettighetshavers enerett.

⁶¹ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 13, som viser til Kyrre Eggens særskilte vedlegg til NOU 1999:27, side 316 fl.

⁶² Bing (2008) s. 206

⁶³ Bing (2008) s. 209

⁶⁴ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 37

3.4.2.1 Ehandelsloven § 16

Ehandelsloven § 16 regulerer de rene tilgangstjenester og overføringshandlinger som foretas på vegne av tjenestemottakeren ("mere conduit"). Ifølge ehandelsloven § 3 bokstav b er en tjenestemottaker "en fysisk eller juridisk person som benytter en informasjonssamfunnstjeneste". Ifølge forarbeidene⁶⁵ innebærer videreformidlingshandlingen at det skjer en rekke tekniske reproduksjoner oppdelt i små pakker, som blir sendt gjennom nettverket i deler og gjennom ulike rutere, før de samles i sluttdestinasjonen. For at overføringen skal kunne gjennomføres er det derfor nødvendig at informasjonen blir automatisk mellomlagret på flere rutere og servere.⁶⁶ Ansvarsfriheten forutsetter at overføringen ikke starter hos mellomledet, at han selv ikke velger mottakeren for overføringen og at han ikke endrer eller bestemmer informasjonen som overføres, jf. § 16 første ledd bokstav a – c. Tilsvarende gjelder dersom det kun er en automatisk, mellomliggende og kortvarig lagring av informasjonen som blir overført, forutsatt at det er nødvendig som en del av gjennomføringen av overføringen, jf. § 16 andre ledd bokstav a – b. Tilfeller som havner innenfor ehandelsloven § 16 kan for eksempel være tilgangsoperatøren, den som gir tilgang til Internett, og den som overfører fra tilbyder til sluttbruker. Ansvarsfriheten omfatter kun mellommanns aktivitet som begrenses til teknisk drift og adgang til et nettverk hvor informasjonen er tilgjengeliggjort av en tilbyder, og hvor det kun mellomlagres for å effektivisere overføringen, uten at mellommannen har kontroll eller kunnskap om innholdet av det som overføres. Tjenesteyteren går ansvarsfri uavhengig av hva slags kunnskap han har om innholdet han overfører.⁶⁷

Ehandelsloven § 16 kan sammenliknes med åndsverkloven § 11a. Åndsverkloven § 11a er et rent unntak fra eksemplarframstillingsretten i åndsverkloven § 2, som tilsier at en viss forbigående lagring er unntatt ansvar uansett. Ansvarsfrihetsregelen i ehandelsloven § 16 kan i visse tilfeller rekke like langt som åndsverkloven § 11a når det gjelder tjenesteyters ansvar. Verken åndsverkloven § 11a første ledd bokstav b eller ehandelsloven § 16 andre

⁶⁵ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 7

⁶⁶ Ot.prp. nr 4 (2003-2004) s. 7

⁶⁷ Ehandelsdirektivets fortale punkt 42

ledd stiller som vilkår at kopieringsgrunnlaget for eksemplarframstillingen er lovlig. Unntaket fra ansvar gjelder selv om informasjonen som mellomlagres er ulovlig etter opphavsrettens regler, såfremt den etter åndsverkloven § 11a er ”tilfeldig eller forbigående”, eller den er ”automatisk, mellomliggende og kortvarig” etter ehandelsloven § 16 andre ledd.

3.4.2.2 Ehandelsloven § 17

Ehandelslovens § 17 første ledd skal sørge for at tjenesteyter ikke kan holdes ansvarlig for informasjon som mellomlagres midlertidig (”proxy caching”), men som samtidig varer lenger enn den helt nødvendige mellomlagringen som reguleres av ehandelsloven § 16.⁶⁸ I denne bestemmelsen er også vilkåret for ansvarsfrihet at tjenesteyteren ikke selv publiserer informasjonen, endrer eller bestemmer informasjonen, men kun videreformidler hva brukerne laster opp og sender over nettverket. Tjenesteyteren har adgang til å foreta midlertidig lagring i sine proxyservere⁶⁹ for å gjøre overføringen raskere. Denne prosessen er avhengig av at tjenesteyteren lagrer informasjonen som skal overføres midlertidig, og i visse tilfeller kan tjenestemottakeren bli henvist til denne proxyserveren og kopien av nettsiden istedenfor å måtte vente på å bli henvist til nettsidens opprinnelige server.⁷⁰ Mellomlagringen som foretas er nødvendig, særlig dersom det er mye belastning på nettet, og man må vente på tilgjengelig overføringskapasitet, hvilket fremgår av ordlyden i bestemmelsen og ehandelsdirektivets fortale punkt 42.

Ehandelsloven § 17 rekker lengre enn åndsverkloven § 11a. Her er vilkåret ”midlertidig” mellomlagring, i motsetning til åndsverkloven § 11a sitt vilkår om ”forbigående”. Dette tyder på at tilfeller hvor mellomlagringen strekker seg lengre enn til forbigående lagringstid, så er mellommannen ikke unntatt ansvar etter åndsverkloven § 11a, og i utgangspunktet innenfor hovedregelen i åndsverkloven § 2. Han kan være fritatt fra dette

⁶⁸ Bing (2008) s. 221

⁶⁹ Nærhetstjenere, se Bing (2008) s. 219

⁷⁰ Bing (2008) s. 212

ansvaret i åndsverkloven § 2 gjennom ehandelsloven § 17 dersom denne bestemmelsens vilkår er oppfylt.

3.4.2.3 Ehandelsloven § 18

Ehandelsloven § 18 omhandler lagring ("hosting"). Dersom tjenesteyteren lagrer informasjon på vegne av en mottaker, uten forsett, med tanke på at informasjonen kan være ulovlig materiale, så er han unntatt ansvar etter denne bestemmelsen. Aktører som kan bli fritatt ansvar etter denne bestemmelsen kan typisk være de som tilbyr lagringsplass på sin server på Internett.

3.4.2.4 Generelt

I forhold til alle tre ansvarsfrihetsbestemmelsene er det slik at graden av nødvendigheten i handlingen, for å gjennomføre den tekniske prosessen som kreves for å overføre informasjonen, må vurderes i forhold til graden av ansvarsfrihet, for at tjenesteyterens handlinger ikke skal anses å være noen selvstendig eksemplarframstillingshandling.⁷¹ Mens § 16 fritar alt ansvar, uansett om nettilbyder har opptrådt forsettlig eller uaktsomt dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, så er man ikke ansvarsfri etter § 17 dersom man er mer involvert i mellomlagringen enn det som går automatisk. Dersom man får kunnskap om ulovlig informasjon gjennom pålegg om fjerning fra domstolen, eller annen offentlig myndighet, og ignorerer dette, faller man utenfor § 17 og kan være ansvarsbetinget etter hovedregelen i åndsverkloven § 2. Dette fremgår av § 17 andre ledd. Når det gjelder § 18 kan det bli medvirkning dersom man som mellommann er forsettlig eller grovt uaktsom i forhold til lovligheten av det innholdet man lagrer på sitt nettverk. Mellommannen kan lettere falle utenfor § 18s område for ansvarsfrihet ettersom det kan være tilfeller hvor passivitet kan føre til grov uaktsomhet. Dersom mellommannen er klar over at ulovlig materiale lagres hos ham kan hans handlinger, eller unnlattelse av handlinger, betraktes som forsettlig. Det kan dermed være sammenheng mellom hvor stor faktisk innblanding

⁷¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 17.

mellommannen har i innholdet av materialet og hvor mye ansvar som blir pålagt/fritatt ham.

3.5 Peer-to-peer nettverk (P2P) og The Pirate Bay

I forhold til denne oppgaven er peer-to-peer nettverk sentralt. Det er ofte gjennom disse nettverkene på Internett at brukerne finner ulovlig opphavsrettslig materiale som de overfører gjennom tjenestebyters nettverk.

Idet man laster ned en fil til sin datamaskin så kopierer man et eksemplar av filen. Når man laster opp fra datamaskinen igjen, så tilgjengeliggjør man filen for allmennheten uten samtykke fra rettighetshaveren. Begge disse handlingene er i strid med åndsverkloven § 2 første ledd. I peer-to-peer nettverk, for eksempel i BitTorrent-protokollen, vil man i prosessen av å laste ned samtidig laste opp til andre brukere. Dette gjøres ved at det skapes en ”sverm” av nedlastere/opplastere som laster ned og opp ulike deler av selve filen samtidig. Når den ene brukeren har lastet ned ett komponent av filen til sin datamaskin, så er denne delen tilgjengelig for nedlastning av en av de andre brukerne i denne svermen. På denne måten blir fildelingen mer effektiv og mindre belastende på nettverket, fordi man ikke er avhengig av å vente på at en bruker har lastet ned hele filen ferdig, før nestemann kan laste ned den samme filen til sin datamaskin. Torrent-filene inneholder informasjonen om hvilke brukere som har lastet ned hvilke deler av komponentene til filen, og kan holde orden i systemet. Det er også torrent-filen som inneholder informasjon om trackeren – sporingstjeneren – som kobler alle brukerne sammen. Det å anvende denne teknologien for å laste ned ulovlige filer vil være krenkelser av opphavsretten.⁷²

The Pirate Bay⁷³ er basert på denne teknologien, hvor nettstedet opptrer som en tracker. Gjennom denne nettsiden/trackeren kan man søke etter torrent-filer, og gjennom disse koble seg opp mot andre brukere. Det ble konstatert i den første dommen i Sverige, mot

⁷² Mazziotti (2007) s. 165 og Bing (2008) s. 247

⁷³ <http://thepiratebay.org>

bakmennene bak The Pirate Bay, at det meste av filene som blir delt gjennom The Pirate Bays nettsider er ulovlig materiale.⁷⁴ Formålet bak nettstedet var ”att skapa en mötesplats för fildelare”.⁷⁵

3.6 Telenor-kjennelsen⁷⁶

Medvirkningsansvaret og ansvarsfraskrivelsesreglene i ehandelsloven kom opp i domstolen i forbindelse med et søksmål fra rettighetshavere rettet mot ISP-leverandøren⁷⁷ Telenor.

Rettighetshaverne⁷⁸ krevde at Telenor skulle stenge tilgangen til nettstedet The Pirate Bay for sine kunder, gjennom krav om midlertidig forføyning. De hevdet at ettersom Telenors kunder lastet ned ulovlige filer fra dette nettstedet, medvirket Telenor til tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling av opphavsrettsbeskyttet materiale. Lagmannsretten la til grunn at Telenor leverte den fysiske infrastrukturen, og stod for ca. 50% av markedet, som gjorde det mulig for deres kunder å oppsøke nettsteder som The Pirate Bay.

En midlertidig forføyning krever at saksøker kan sannsynliggjøre å ha et krav. Dette måtte som et utgangspunkt bli avgjort ut ifra en vurdering av om hvorvidt Telenor, gjennom sine handlinger, hadde medvirket til brudd med rettighetshavernes enerett etter åndsverkloven § 2. Problemstillingen som lagmannsretten måtte ta stilling til var som følger:

”Telenor i lovens forstand – objektivt og med den nødvendige grad av subjektiv skyld – kan anses å medvirket til de opphavskrenkelser som finner sted blant Telenors kunder via The Pirate Bay ved at Telenor har stilt sitt nett til rådighet og

⁷⁴ Sak B 13301-06,70 – 71.

⁷⁵ Sak B 13301-06, s 63

⁷⁶ RG 2010 s. 171

⁷⁷ Internet Service Provider

⁷⁸ I alt 23 aktører innen film-og platebransjen fra både Norge og USA.

unnlatt å etterkomme Rettighetshavernes anmodning om å blokkere The Pirate Bay fra sitt nett”⁷⁹

Lagmannsretten la til grunn at Telenor i utgangspunktet er fritatt det direkte ansvaret for innholdet av overføringstjenestene til nettilbyder, gjennom ehandelsloven § 16 tredje ledd, når selskapet tilbyr tilgang til nettverk. Ansvarsfriheten er ikke ubegrenset, og ehandelsloven § 20 åpner for at det er adgang for rettighetshaverne til å rette et krav om midlertidig forføyning mot Telenor, da ”denne ansvarsfriheten ikke skal være til hinder for at domstol ... på annet rettsgrunnlag enn denne loven krever at tjenesteyteren bringer en overtredelse til opphør eller hindrer den.” Tilsvarende fremgår av forarbeidene til ehandelsloven, hvor det uttrykkelig står at samme lovs §§ 16 til 18 ikke skal ”hindre medlemsstatens mulighet til å fastlegge prosedyre for å fjerne informasjon eller hindre tilgang til den”.⁸⁰ Dette forutsettes også i InfoSoc-direktivet artikkel 8(3). Det åpner for at domstolen kan pålegge Telenor å blokkere tilgangen til nettstedet The Pirate Bay på grunn av deres posisjon som nettilbyder. Mens rettighetshaverne hevdet at artikkel 8 (3) kun oppstiller et vilkår for blokkering at ”mellommannens tjeneste brukes av en tredjemann til å overtre en opphavsrett eller beslektet rettighet”,⁸¹ så kom lagmannsretten frem til at disse kildene ikke ga en hjemmel for rettighetshaverne til å kreve midlertidig forføyning overfor Telenor. De hevdet, med støtte i fortalens punkt 59, at InfoSoc-direktivet artikkel 8 (3) kun ga hjemmel til å utarbeide nærmere vilkår for midlertidig forføyning i lovgivningen, ikke som hjemmel for selve den midlertidige forføyningen.⁸²

De fant heller ikke noe direkte hjemmel for å pålegge Telenor en handlingsplikt andre steder i den opphavsrettslig lovgivningen. De mente at kildene holder muligheten åpen for krav og midlertidig forføyning overfor mellommenn som Telenor, men ikke noe om hvor langt dette medvirkningsansvaret rekker. Som sitert fra Rognstad i dommen:

⁷⁹ RG 2010 s. 171, s. 30

⁸⁰ Ot.prp nr. 4 (2003-2004) s. 34

⁸¹ RG 2010 s. 171, s. 31

⁸² RG 2010 s. 171, s. 31

”Dersom tjenesteyteren kan sies å *medvirke* til ulovlige handlinger i strid med åvl. § 54, jf. § 55, vil det derfor kunne være grunnlag for forbud og midlertidige forføyninger selv om ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven gjelder og vilkårene for straff eller erstatning *av den grunn* ikke er oppfylt.”⁸³

Ehandelsloven § 20 åpner for at Telenor kan bli pålagt plikt til å hindre overtredelse, selv om de er uten ansvar, dersom det finnes et annet rettsgrunnlag som kan anvendes, men ehandelsloven selv som hjemmel er utelukket.

Rettsgrunnlaget som var påberopt fra saksøkernes side var medvirkning til brudd på åndsverkloven § 2. Om Telenor skulle betraktes som ansvarlige, og dermed gi rettighetshaverne et krav for sin forføyning, var avhengig av om de kunne omfattes av medvirkningsansvaret i åndsverkloven. Oppgaven lagmannsretten stod overfor var å finne hvor grensen for dette ansvaret gikk i denne saken, for å vurdere om de har medvirket etter åndsverkloven § 2 jf. § 54 tredje ledd.

Lagmannsretten kom frem til at dette kravet ikke førte frem, og at rettighetshaverne ikke hadde noe krav mot Telenor. Begrunnelsen var:

”Det er ikke naturlig å se Telenors aktivitet som leverandør av et nettverk som straffbar medvirkning til at noen av Telenors kunder via The Pirate Bay direkte seg imellom laster opp eller laster ned opphavsrettslig beskyttet materiale. Telenors nøytrale og tekniske bidrag til disse handlingene er for fjerne til at de i lovens forstand [k]unne ha blitt karakterisert som ulovlige og straffbare handlinger.”⁸⁴

Lagmannsretten fant støtte for dette i forarbeidene til ehandelsloven. Her fremgår det at selv om man ser bort ifra ehandelslovens ansvarsfrihetsregler, så ville Telenor som

⁸³ RG 2010 s. 171, s. 32

⁸⁴ RG 2010 s. 171, s. 33

tjenesteyter allerede vært fritatt fra ansvar for informasjon de kun overfører etter den daværende gjeldende rett.⁸⁵ Det er nærliggende å anta at Telenors handlinger etter den vanlige medvirkningslæren ville være for fjerne og avledede til at de kan betraktes som medvirkning. De uttalte:

”... Telenors medvirkningsansvar etter åndsverkloven – selv ikke uten de uttrykkelige unntak for ansvarsfrihet i ehandelsloven - [ville ikke] ... ha strukket seg så langt som til å gjøre Telenor medansvarlig for de straffbare overtredelser som Telenors slutt kunder måtte foreta via nettstedet The Pirate Bay”.⁸⁶

Lagmannsretten avviste at det kunne være medvirkning til brudd på opphavsretten på bakgrunn av en generell rettstridsreservasjon, som det ble vurdert i Napster.no-dommen.⁸⁷ Retten mente at de to sakene ikke var sammenliknbare. Telenor hadde en annen rolle i den ulovlige fildelingen enn det som var tilfellet for den ansvarlige i Napster.no-saken.⁸⁸

Konklusjonen til lagmannsretten ble at rettighetshaverne ikke hadde noe krav om at Telenor skulle blokkere The Pirate Bay med hjemmel i åndsverkloven, da de ikke kunne anses å medvirke til straffbare eller erstatningsbetingende handlinger. Da de gjennom en ren overføringstjeneste ikke lagret noe av informasjon var de heller ikke pålagt en slik handlingsplikt som fremgår av ehandelslovens §§ 17 og 18. ”Det krav som forføyningen grunner seg på mangler hjemmel i norsk lov”, jf. lagmannsretten.

Resultatet i denne dommen kan betraktes som et hint til lovgiver for ikke å ha gjennomført forpliktelsen etter InfoSoc-direktivet artikkel 8 (3) godt nok, ettersom domstolen mente det ikke finnes en klar hjemmel for å pålegge Telenor som nettilbyder noe handlingsplikt i forhold til nettsider som The Pirate Bay. Formålet bak artikkel 8 (3) er å kunne rette

⁸⁵ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 15

⁸⁶ RG 2010 s. 171, s. 34

⁸⁷ Rt. 2005 s. 41

⁸⁸ RG 2010 s. 171, s. 34

kravet/handlingsplikten mot mellommannen fordi det er praktisk vanskelig å rette kravet direkte mot nettstedet. Dette vil bli forfeilet om man ikke kan pålegge Telenor noe plikt på den måten rettighetshaverne har forsøkt på i dette søksmålet.

Samtidig kan lagmannsretten kritiseres for sin avgjørelse. Saken oppstilte spørsmål av rettspolitisk betydning, og den reiste spørsmål på et uavklart område som var preget av usikkerhet om hva løsningen kunne komme til å bli. Kjennelsen bærer preg av forsiktighet fra domstolen sin side. Med denne saken hadde de en mulighet til å skape litt mer klarhet i rettskildetilstand for sånne typer problemstillinger.

Videre stod tvisten mellom private parter, slik at domstolen ikke var bundet av kravet om klar lovhjemmel for å pålegge noen plikt.⁸⁹ I det henseende kunne det ha vært mer rimelig om domstolen ga rettighetshaverne medhold, hvilket rettighetshaverne var inne på i sine anførsler. De argumenterte for at en midlertidig forføyning ikke ville være generell, men gitt ved en konkret domstolvurdering.⁹⁰ Den direkte betydningen av dommen ville i utgangspunktet ikke ramme Telenor kraftig, med tanke på at de kun leverer internetttilgang til sine kunder, som dermed får tilgang til nettstedet The Pirate Bay. I realiteten er det nettstedet selv som taper på dette økonomisk sett ved at de mister kunder og annonseinntekter.

I tillegg kan det nevnes at Telenor blokkerer tilgang til barnepornografiske nettsider. Kripos oppdaterer fortløpende en liste over nettsteder hvor det finnes barneporno, og Telenor oppdaterer sitt blokkeringsfilter i tråd med dette. Dette er en ordning som Telenor frivillig har gått med på, uten at Kripos måtte til å gå til domstolene med dette. Telenor kunne valgt å bli fritatt denne plikten ettersom de er omfattet av ehandelsloven § 16. På denne måten har Telenor satt seg i en posisjon at de opptrer som domstol i den forstand at de selv velger hvilke typer nettsider de blokkerer for brukerne sine. De uttalte i sine anførsler at de ikke ønsket en tilstand hvor det var nettleverandørenes oppgave å vurdere

⁸⁹ Sml legalitetsprinsippet i straffesaker

⁹⁰ RG 2010 s. 171, s. 9

hva som skulle blokkeres, slik at de sensurerer deler av Internett på vegne av rettighetshavere.⁹¹ De er likevel i en situasjon som de argumenterer for at er en del av årsaken til at de ikke vil etterkomme kravet til rettighetshaverne i Telenor-kjennelsen. Det er ingen tvil om at det er positivt at Telenor tar ansvar og bidrar til å redusere tilgjengeligheten for barneporno. Men ved å ikke hindre tilgjengeligheten til ulovlig opphavsrettslig materiale gjør at de setter seg selv inn i den ”dommerrollen” de ønsker å unngå, ved at de likevel vurderer hvilke lovbrudd som bør føre til blokkering av visse nettsteder.

På den annen side fremgår det av kjennelsen at Kulturdepartementet hadde varslet en gjennomgang av åndsverkloven, og særskilt at det kunne komme endringer og klargjøring av handlingsplikt ved ulovlig fildeling. På grunn av dette kan det virke som at lagmannsretten forventet å gjøre noe som kunne bidra til å endre rettstilstanden, når lovgiver snart skulle utvikle klarere regler.⁹²

4 Endring i norsk rettstilstand

4.1 Høringsnotatet

Kulturdepartementet har utarbeidet et høringsnotat for et utkast til noen nye regler i åndsverkloven. Formålet er å styrke rettighetshavernes muligheter for håndheving av sine rettigheter ved krenkelser på Internett.⁹³

Blant de konkrete tiltakene som er foreslått i høringsnotatet er:

- (1) Lovregler som regulerer tilgang til opplysninger om identiteten bak IP-adresser.

⁹¹ RG 2010 s. 171, s. 21

⁹² RG 2010 s 171, s. 32

⁹³ Høringsnotatet s. 4.

- (2) Blokkering av tilgang til nettsider som i omfattende grad inneholder materiale som krenker opphavsretten i grove tilfeller, og også eventuelt sletting av nettsider.

5 Utkast til nye åvl. § 56b

Som et ledd i å effektivisere håndhevingstiltakene for rettighetshaverne vil Kulturdepartementet innføre noen nye lovregler som gjør det mulig for rettighetshaverne å kreve at domstolen pålegger nettilbyderen å utlevere identiteten bak IP-adresser til abonnenter som laster ned ulovlig materiale.

Etter utkastets § 56b skal det være adgang for rettighetshaver å innhente informasjon om hvem som står bak IP-adresser på Internett dersom de krenker deres opphavsrett. Dette forutsetter at rettighetshaver får adgang til å registrere IP-adresser som brukes til å begå krenkelser på Internett. Etter dagens lovregler må rettighetshaver søke om konsesjon fra Datatilsynet for å kunne lagre opplysninger om hvilke IP-adresser man registrerer at laster ned ulovlig opphavsrettslig materiale etter personopplysningsloven § 33 første ledd.

Konsesjon har vært krevd fordi slike opplysninger betraktes som sensitive personopplysninger etter personopplysningsloven § 2 nr. 8. Med det nye utkastets § 56a ønsker departementet å endre dette til at rettighetshaver kan unntas konsesjonsplikten i § 33, selv om personopplysningene kan være sensitive. Resten av personopplysningsloven skal fremdeles gjelde.⁹⁴ Registrering av IP-adresser etter § 56a skal være opplysninger som både er personopplysninger og sensitive personopplysninger.⁹⁵ De kan være sensitive fordi personen bak IP-adressen er mistenkt for en straffbar handling, jf. personopplysningsloven § 2 nr. 8 bokstav b. Rettighetshaver, som databehandler etter personopplysningsloven § 2 nr. 4, får dermed kun meldeplikt til Datatilsynet innen 30 dager etter at registreringen har startet, som hjemlet i personopplysningsloven § 31. Forutsetningen for registreringen av

⁹⁴ § 56a andre ledd

⁹⁵ Høringsnotatet s. 79

opplysningene skal være at de anvendes ”for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav”.⁹⁶ De skal anvendes som bevis for å forfølge krenkelser av sine rettigheter i rettssystemet, blant annet gjennom § 56b.⁹⁷

Kun registrering av IP-adresser vil ikke bidra til at rettighetshaverne får vite hvilke personer som står bak opphavsrettskrenkelsene, og kan ikke gå til rettslig skritt for å stanse dem. Derfor ønsker departementet at det skal være adgang til å kreve utlevering av identitet bak IP-adressene som er registrert etter § 56b ved en begjæring til domstolen. Vilkåret for at rettighetshaverne skal få utlevert identiteten bak IP-adresser som bryter opphavsretten skal være at de kan sannsynliggjøre at det er skjedd krenkelser. Det alminnelige beviskrav i sivilretten, sannsynlighetsovervekt, bør være tilstrekkelig.⁹⁸

Etter dagens regler har ikke nettilbyder plikt til å gi ut informasjon om identiteten til abonnenter bak IP-adresser. De er underlagt taushetsplikt etter ekomloven § 2-9. I § 56b åpnes det derfor for at nettilbyder fritas denne taushetsplikten for å utlevere opplysninger til rettighetshaver. Dette er i første omgang Post- og Teletilsynet som skal samtykke i dette, mens domstolen skal ha adgang til å overprøve tilsynets avgjørelse i en helhetsvurdering av om informasjon skal utgis.⁹⁹

En prøving av om informasjonen skal utgis i etter en domstolsvurdering begrunnes i sentrale rettssikkerhetsgarantier.¹⁰⁰ Det er fremhevet at det er viktig at domstolen, for å pålegge nettilbyder en plikt, foretar en interesseavveining av hensynene for utlevering mot taushetsplikten til nettilbyder.¹⁰¹ Taushetspliktens formål er blant annet å verne om abonnentenes personvern, slik at det i vurderingen til domstolen er av sentral betydning å

⁹⁶ § 56a første ledd, sml personopplysningsloven § 9 første ledd bokstav e

⁹⁷ Høringsnotatet s. 79

⁹⁸ Høringsnotatet s. 30

⁹⁹ Høringsnotatet s. 81

¹⁰⁰ Høringsnotatet s. 29

¹⁰¹ Høringsnotatet s. 4

vektlegge abonnentenes rett til vern om sitt privatliv.¹⁰² Departementet mener at det ikke skal være nødvendig å stille vilkår om at krenkelsene er av stort omfang eller grove for at rettighetshaverne skal kunne kreve utlevering.¹⁰³ Dette bør derimot være et moment som skal inngå i interesseavveiningen som domstolen skal foreta, sammen med en vurdering av krenkelsens grovhet og skadevirkninger.¹⁰⁴

Det er klart at en utlevering av identiteten bak IP-adresser griper inn i privatlivet til enkeltindivider. I en slik utlevering må det tas hensyn til enhvers rett til personvern. Spørsmålet er hvordan denne avveiningen mellom vern av opphavsretten og retten til privatliv burde tas i forhold til utkastets § 56b.

5.1 EUs håndhevingsdirektivs artikkel 8 og den svenske regelen

Det er nærliggende å se på de tilsvarende reglene i Sverige. Der er regelen at mellommenn, herunder tilbydere av elektroniske informasjonstjenester, kan pålegges av en domstol å utlevere informasjon om de ulovlige varers eller tjenesters opprinnelse etter opphovsrättslagen § 53 a - d. Derunder kan de bli pålagt å gi ut informasjon om hvem som står bak IP-adresser som krenker opphavsretten på Internett.

Regelen er innført som en konsekvens av at EU-kommisjonen vedtok direktivet om håndheving av immaterialrettigheter.¹⁰⁵ Generelt regulerer direktivet sivilrettslige sanksjonsmidler ved inngrep i immaterialrettigheter. Artikkel 8 hjemler en plikt for medlemsstatene til å sørge for at de nasjonale domstolene kan innhente opplysninger om opprinnelsen av opphavsrettslige krenkelser, blant annet fra tjenesteyter. Regelen innebærer i praksis en utvidelse av hvilken informasjon som kan kreves å utgis i forbindelse med en rettssak om opphavskrenkelser, men det er samtidig et vilkår om at forespørselen fra for

¹⁰² § 56b tredje ledd

¹⁰³ Høringsnotatet s. 30

¹⁰⁴ Høringsnotatet s. 81

¹⁰⁵ Directive 2004/48/EC

eksempel rettighetshaveren må være berettiget og proporsjonal. Det er denne regelen opphovsrettsloven §§ 53 a – d er basert på.

Direktivet og artikkel 8 er ikke gjennomført i norsk rett, ettersom det inneholder en del bestemmelser av prosessuell art, og dermed er utenfor EØS-området.¹⁰⁶ Ettersom vi etter tradisjon ser til de andre nordiske land ved rettsutvikling, og også i utviklingen av utkastets § 56b, kan vi indirekte få liknende regler som i fellesskapsretten, fordi Sverige som medlem av EU har gjennomført EU-direktivets artikkel 8.

Det sentrale i EU-direktivets artikkel 8 er kravet om proporsjonalitet i domstolens vurdering av om informasjon skal kunne kreves å utgis. Det svenske departementet har tolket direktivets artikkel 8s proporsjonalitetskrav slik at rettighetshaveren skal ha en legitim interesse i å få tilgang til informasjonen, samtidig som at begrunnelsen for utleveringen skal veie opp for den ulempe det er for abonnenten eller eventuell annen motstående interesse, og særlig den enkeltes integritet.¹⁰⁷ Det uttales at:

”Det innebär att det bör att krävas att det är fråga om intrång av en viss omfattning för att en rättighetshavare ska få ut uppgifter ...”¹⁰⁸

Det svenske departementet mener at EU-direktivet ikke klargjør hvilke momenter som bør tas i betraktning i denne forholdsmessighetsvurderingen. De konkluderer med at det er på bakgrunn av at proporsjonalitetskravet i EU-retten er generelt formet, fordi det i vurderinger av motstående interesser skal kunne tilpasses omstendighetene i de konkrete sakene.¹⁰⁹ Det er nærliggende å anta at tilfeller der det kun er nedlastning av få verker, så vil den største interessen for vern ligge hos abonnenten. Ved omfattende opplastning er det

¹⁰⁶ Høringsnotat Justisdepartementet, side 8.

¹⁰⁷ Prop.2008/09:67 s. 160

¹⁰⁸ Prop.2008/09:67 s. 162

¹⁰⁹ Prop.2008/09:67 s. 161

derimot rettighetshavernes opphavsrett som oftest bør beskyttes. I den svenske proposisjonen utelukkes det ikke at det er adgang for å komme frem til at rettighetshaverne bør få informasjon om identiteten bak IP-adresser også i tilfeller hvor det er tale om ett musikalsk verk eller én film, såfremt det ikke finnes mindre inngripende tiltak som heller kan anvendes for at rettighetshaverne skal kunne beskytte sine rettigheter på Internett.

Samtidig presiseres det at et vilkår om at det må være omfattende krenkelser, enten ved at det er skjedd gjentatte ganger eller at det er et stort antall verk som er tilgjengeliggjort, kan gjøre regelen ineffektiv. Dels på grunn av at IP-adresser ofte skiftes blant abonnentene, og dels på grunn av at det ikke fremgår i alle BitTorrent-programmer hvor mye som lastes ned/lastes opp av den enkelte bruker.¹¹⁰ Det tyder på at det må være adgang for domstolen å komme til at det skal utgis informasjon om identiteten bak IP-adressene, selv om det ikke har skjedd såkalte omfattende krenkelser, og at den må foreta en ren interesseavveining i enkelte tilfeller.

5.2 Telefónica-saken i EU-domstolen

På generelt grunnlag er det sentralt å foreta en forholdsmessighetsvurdering mellom de to interessene som søkes vernet etter EU-rettslige bestemmelser. I Telefónica-saken¹¹¹ i EU-domstolen kom dette klart frem. Her var spørsmålet om en nettilbyder for bruk i en sivil sak hadde plikt til å utlevere identiteten bak en IP-adresse som hadde brutt opphavsretten ved ulovlig fildeling på peer-to-peer nettverket Kaaza. Spørsmålet måtte avgjøres på bakgrunn av ulike EU-direktiver.¹¹²

EU-domstolen kom frem til at det ikke forelå en plikt for medlemsstatene å pålegge nettoperatører å utgi opplysninger om deres abonnenter til rettighetshavere for å beskytte opphavsretten etter direktivene. Selv om det ikke var regulert en konkret plikt i direktivene

¹¹⁰ Prop.2008/09:67 s. 162

¹¹¹ Sak C-275/06 Productores de Música de España v Telefónica de España SAU

¹¹² Directives 2001/29/EC, 2000/31/EC, 2004/48/EC og 2002/58/EC

uttalte EU-domstolen at det kunne kreves etter EU-retten at de nasjonale reglene måtte sikre en forholdsmessig balanse mellom de fundamentale rettighetene i fellesskapsretten, også i forhold til proporsjonalitetsprinsippet. EU-domstolen kom frem til at i vurderingen av hvorvidt de nasjonale reglene skal pålegge en plikt må det gjøres rom for en avveining mellom hensynet til personvern og hensynet til vern av effektiv håndhevelse av opphavsretten.

5.3 Forholdet til EMK artikkel 8 om retten til privatliv

Som det fremgår av EU-retten og svensk rett så er det gjennomgående at det, i en vurdering av om nettilbyder skal ha plikt til å utlevere informasjon om abonnentene sine, må foretas en avveining av interessen til beskyttelse av personvern mot hensynet til vern av opphavsrettigheter. Beskyttelsen av personvern er hjemlet i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv. Spørsmålet blir om EMK artikkel 8 setter noen grenser for hvor inngripende tiltak som kan gjennomføres uten at det bryter med denne artikkelen, og hvordan stiller det seg i forhold til utkastets § 56b?

EMK artikkel 8 har et vidt anvendelsesområde. Bestemmelsens første ledd beskriver selve rettigheten, et forbud mot statlig inngrep i privatlivet til borgerne. Både ”privatliv”, ”familieliv”, ”hjem” og ”korrespondanse” er generelle begreper, sekkebetegnelser,¹¹³ som ikke sier mye om hva de inneholder. Hensikten bak bestemmelsen er at individer skal ha rett til å råde over sitt eget liv uten innblanding utenfra, innenfor rekkevidden av bestemmelsen.¹¹⁴ Etter andre ledd kan statens inngrep være unntatt forbudet dersom det oppfyller kravet til lovhjemmel, det er nødvendig i et demokratisk samfunn og det kan gå innenfor et av de legitime hensynene i den uttømmende listen i bestemmelsen. Rettspraksis viser at bestemmelsen har fått anvendelse innenfor mange ulike rettsområder, blant annet utlendingsrett, familierett og opphavsrett.

¹¹³ Høstmølingen (2003) s. 216

¹¹⁴ Høstmølingen (2003) s. 215

Av rettspraksis fremgår det at behandling av personopplysninger, både overvåkning og registre, er omfattet i vern av privatlivet, og derav intime og fortrolige opplysninger og offentlige og private registre. I to saker fra EMD¹¹⁵ konstateres det at både det å oppbevare og utlevere opplysninger fra hemmelige registre er et brudd på retten til respekt for privatlivet.¹¹⁶ Opplysningene i disse sakene befant seg enten i politiregistre eller registre i sikkerhetstjenesten, og de var svært sensitive opplysninger. Andre eksempler fra EMD rundt registre har også omhandlet sensitive opplysninger, blant annet om barnevernsopphold og sykdomshistorie.¹¹⁷

I saken *Klass and Others v Germany* ble det lagt til grunn at unntaket i artikkel 8 andre ledd må tolkes snevert.¹¹⁸ Saken gjaldt et tilfelle av overvåkning av enkeltes brev og telefon, uten at de var klar over at denne overvåkingen skjedde. EMD innfortolket et krav om at de nasjonale statene må stille tilfredsstillende og effektive garantier mot misbruk når det gripes inn i den enkeltes personvern. EMD kom frem til at overvåkingen skulle tillates, såfremt de nasjonale lovreglene sørger for at garantiene sikrer uavhengighet, upartiskhet og en effektiv prosedyre for å hindre misbruk.¹¹⁹ Hvilke konkrete krav som skal stilles til garantiene vil variere ut ifra inngrepets art.¹²⁰

Saken har til en viss grad relevans med utkastets §§ 56a og 56b. De sensitive personopplysningene som kan bli innhentet med hjemmel i § 56b vil foregå uten abonnentens kjennskap, slik at han er hindret fra å få innsyn i dette registeret. Det er en form for overvåkning av enkeltes bevegelser på Internett. Derfor er det viktig at det er tilrettelagt for et uavhengig kontrollorgan i tilfeller hvor det blir registrert informasjon som man ikke får kunnskap om, som kan sørge for at alle rettigheter blir ivaretatt og at

¹¹⁵ *Leander v Sweden* 1987 avsnitt 48 og *Rotaru v Romania* 2000 avsnitt 46

¹¹⁶ NOU 2003:21 avsnitt 5.2.2.2, s. 106

¹¹⁷ F.eks sakene *Gaskin v the United Kingdom* 1989, *Z v Finland* 1997 og *M S v Sweden* 1997.

¹¹⁸ *Klass and Others v Germany* avsnitt 42

¹¹⁹ *Klass and Others v Germany* avsnitt 55

¹²⁰ NOU 2003:21

informasjonen ikke blir misbrukt. Datatilsynets kontroll kan bidra til å oppfylle EMDs krav om å legge til rette for å hindre misbruk.

Det vil være domstolens ansvar å vurdere rettighetshavernes hensikt med å få informasjon om hvem som står bak IP-adresser som krenker opphavsretten, og slik kan det sikres uavhengighet og upartiskhet. Hensikten bak utkastets bestemmelse er å sørge for at rettighetshaverne får effektivt beskyttet sin rett på Internett. Dersom det fremgår at rettighetshaverne bruker denne hjemmelen for eksempel til å få vite hvem som står bak anonyme ytringer på ulike nettsted, så kan dette tale for misbruk av muligheten til føre register over disse IP-adressene. En annen skranke for å hindre slikt misbruk kan være kravet om at rettighetshaverne må sannsynliggjøre at det har skjedd opphavskrenkelser, for at de skal kunne kreve utlevering av identiteter til abonnenter. Disse nevnte momentene trekker i retning av at man i utkastet har sørget for visse sikkerhetsgarantier, for å kunne hindre eller minimere misbruk av regelen i tråd med det EMD uttalte i *Klass and Others v Germany*.

Rettighetshavernes enerett til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring til allmennheten etter åndsverkloven § 2 har hjemmel i norsk lov og dermed er lovkravet etter EMD artikkel 8 andre ledd oppfylt. Videre er det ”nødvendig i et demokratisk samfunn” i den forstand at det i tråd med opphavsrettens formål er i samfunnets interesse at opphavsrettigheter blir beskyttet mot krenkelser. Departementets hensikt med å effektivisere håndhevingen av opphavsrettskrenkelser vil verne om dette formålet, og det kan betraktes som et viktig arbeid hvor det på det nåværende tidspunkt har vist seg at virkemidlene er mangelfulle. Samtidig har ikke abonnentene en berettiget forventning om en like høy grad av beskyttelse, med tanke på at deres handlinger på Internett er i strid med åndsverkloven.¹²¹

I forhold til vilkåret om at det må kunne begrunnes i et av de legitime hensynene nevnt i EMK artikkel 8 andre ledd, så er det alternativet ”å beskytte andres rettigheter og friheter”

¹²¹ Sml. Rt. 2010 s. 774 avsnitt 52

som er det aktuelle å påberope seg. Opphavsrettigheter er å betrakte som ”andres rettigheter” etter EMK artikkel 8. Det er slått fast av EMD i saken *Anheuser-Busch Inc. v Portugal* avsnitt 72 at immaterielle rettigheter nyter vern etter EMKs tilleggsprotokoll nr. 1 artikkel 1 om retten til egen eiendom. I saken *Chappell v The United Kingdom* avsnitt 51 kom EMD frem til at opphavsretten er en rett som går under det legitime hensynet om vern av andres rettigheter i andre ledd.

Som det fremgår skal det foretas en konkret forholdsmessighetsavveining hvor det sentrale er å avveie vern av opphavsretten mot vern av enkeltindividers privatliv. Mer konkret, nødvendigheten av å utlevere identiteten til rettighetshaverne mot abonnentens behov for å være anonym for å verne sitt privatliv. Det sentrale momentet i både svensk rett og som foreslått av departementet er at krenkelsene bør være av et visst omfang. Etter EMD og EU-domstolen skal det tale til fordel for abonnenten dersom tiltaket mot ham vil være for inngripende til at det er legitimt i forhold til vernet av privatliv. Dersom domstolen kommer frem til at det er mer inngripende for abonnenten å få utlevert sin identitet i forhold til krenkelsens omfang, så vil det gripe inn i retten til privatliv dersom de likevel lar rettighetshaverne få innsyn i deres identitet. Motsatt vil det være legitimt å kreve utlevering dersom abonnenten har krenket rettighetshaverens opphavsrett i stor grad, fordi i forhold til deres lovbrudd er det mer beskyttelsesverdig å verne rettighetshavernes rett enn abonnentens.

Basert på at vilkårene i andre ledd må anses å være oppfylt, og med støtte i saken *Klass and Others v. Germany*, må det kunne være adgang for å begrense retten til privatliv for vern av rettighetshavernes opphavsrett.

Departementets vurdering er i samsvar med det de øvrige kildene legger opp til i forhold til opphavsretten mot retten til privatliv. Regelen blir en fleksibel regel hvor det er nærliggende å anta at rekkevidden for den må bli avgjort av domstolene etter hvert som rettighetshavere påberoper seg regelen og sakene kommer opp i rettsystemet.

5.4 Effektivitet

Det kan spørres hvor effektiv en utlevering av identitet bak IP-adresser vil være. Selv om rettighetshaverne i visse tilfeller kan få tilgang til identiteten til abonnenter som laster ned ulovlig materiale, så er det ikke alltid tilfelle at disse driver med fildeling i stort omfang. I hvilken grad er utkastets § 56b tilpasset tilfeller hvor enkeltbrukere laster ned et par CD-er i måneden og en film av og til?

5.4.1 Max Manus-kjennelsen og ”et visst omfang”

Et tilfelle om utlevering av identitet bak en IP-adresse som var oppe i Høyesterett i 2010,¹²² kan belyse forståelsen av § 56b. Spørsmålet var om tvistelovens regler for bevissikring utenfor rettsak kunne anvendes som rettsgrunnlag for å kreve utlevering av identiteten til et abonnement. Det var anført at abonnenten ved ulovlig fildeling hadde brutt bestemmelser i åndsverkloven. Etter tvisteloven § 28-4 gjelder reglene om tilgang til realbevis og bevisopptak i rettsak så langt de passer i saker om bevissikring utenfor rettsak. Spørsmålet ble for det første om tvisteloven § 22-3 ”passer” i dette tilfellet. Etter de nåværende reglene er nettilbyderen underlagt lovbestemt taushetsplikt etter ekomloven § 2-9 når det gjelder informasjon om identiteten bak IP-adresser. Etter tvisteloven § 22-3 er det ikke adgang for å føre bevis om opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt. Etter hovedregelen er det altså ikke adgang for nettilbyderen å fremlegge slike bevis. I tredje ledd er det en snever unntaksregel som gir retten kompetanse til å bestemme at beviset likevel skal føres, etter en avveining mellom hensynet til taushetsplikten og sakens opplysning. I denne avveiningen skal det tas hensyn til formålet med begjæringen og den etterspurte informasjonens art og omfang. Det skal også tas hensyn til tredjepersonen som har krav på hemmelighet.¹²³

Høyesterett kom frem til at tvisteloven § 22-3 passet i dette tilfellet. Med støtte i tvistelovens forarbeider var begrunnelsen lovgivers ønske om å utvide anvendelsesområdet

¹²² Rt. 2010 s. 774

¹²³ Rt. 2010 s. 774 avsnitt 48

for bevisreglene til også å gjelde bevis tilgang utenfor rettsak, såfremt bevisene også kunne fremlegges i en aktuell tvist. Dermed var tvisteloven § 28-3 fjerde ledd gjeldende, og tvisteloven § 22-3 anvendelig. Selv om dette ikke innebar kontradiksjon for abonnenten ved at han ikke ble varslet før sikringen var foretatt, så mente Høyesterett, på bakgrunn av forarbeidene, at bevissikringen også kunne gjelde tilgang til opplysninger som var taushetsbelagte.¹²⁴

I den konkrete vurderingen av tvisteloven § 22-3 tredje ledd mente Høyesterett at lagmannsretten hadde foretatt en bredt anlagt avveining av de motstridende hensyn i samsvar med lovhjemmelen. Det var sentralt å vektlegge at abonnenten ikke kunne ha en berettiget forventning om vern av slik rettstridig bruk (å tilgjengeliggjøre opphavsrettsbeskyttede filmfiler). Lagmannsretten hadde også trukket inn et moment som talte for et slikt vern, at det var usikkert om det var abonnenten som faktisk stod bak den ulovlige aktiviteten. Høyesterett var enig i lagmannsrettens vurdering i at dette ikke strakk seg lenger enn at abonnenten i etterkant ville blitt gitt muligheten til å forklare seg.

På den ene siden mener departementet at krenkelsene av opphavsretten helst bør være av et stort omfang for at domstolen skal komme frem til at det er av størst interesse for rettighetshaverne å få informasjon om abonnenten på bekostning av abonnentens personvern og nettilbyderens taushetsplikt.¹²⁵ Høyesterett i Max Manus-kjennelsen uttalte at de betraktet opplastingen av de to filmene ”Max Manus” og ”Kautokeino-opprøret” på Internett som av et visst omfang.¹²⁶ Det kan spørres om departementet er enig med Høyesteretts vurdering og dermed er av den oppfatning av opplasting av to filmfiler er av et visst omfang, eller om departementet med dette utkastet ønsker å innskrenke den rekkevidden som Høyesterett trakk opp i dommen?

¹²⁴ Rt. 2010 s. 774 avsnitt 47

¹²⁵ Høringsnotatet s. 31

¹²⁶ Rt. 2010 s. 774 avsnitt 58

Utgangspunktet skal være at utlevering skal gjøres, såfremt ikke momenter av vesentlig vekt taler imot.¹²⁷

Departementet sier i høringsnotatet:

”[Det] som regel [vil] være tilfellet ved for eksempel tilgjengeliggjøring (opplasting) av en film dersom det kan legges til grunn at det representerer en vesentlig økonomisk skade for rettighetshaveren.”¹²⁸

Samtidig presiserer de at nedlastning av noen få verk ikke bør føre til at rettighetshaveren skal få tilgang til identiteten til abonnenten.¹²⁹ Uttrykket ”et visst omfang” sier ikke noe særlig om hvilket nivå departementet ønsker for at rettighetshaver skal kunne få medhold i kravet sitt.

På den annen side åpner departementet for at det er en adgang for å fravike momentet om et visst omfang i konkrete vurderinger ettersom ”det ikke kan stilles noe ubetinget krav til overtredelsens omfang for at opplysningene kan kreves utlevert.”¹³⁰ Det er blant annet begrunnet i at noen BitTorrent-programmer fungerer slik at det lastes opp og ned filer i samme prosess. Dermed kan det ikke i alle tilfeller vektlegges at abonnenten laster opp materiale, når hensikten kun er å laste ned. Dersom domstolen skal vektlegge opplastningen mer enn nedlastningen i slike tilfeller, så vil flere abonnenter som ikke tilgjengeliggjør i stort omfang kunne bli rammet like hardt som de som laster opp opphavsrettsbeskyttet materiale i stor grad. Et annet moment som departementet nevner er om det er til ”vesentlig økonomisk skade for rettighetshaveren”. Dette momentet kan ha en betydning i tilfeller der krenkelsene ikke er av stort omfang, men hvor det likevel kan være

¹²⁷ Høringsnotatet s. 31

¹²⁸ Høringsnotatet s. 31

¹²⁹ Høringsnotatet s. 31

¹³⁰ Høringsnotatet s. 31

svært inngripende for rettighetshaveren om han ikke blir gitt muligheten til å stanse krenkelsene. I slike tilfeller må det foretas en konkret vurdering.¹³¹

Det kan være av avgjørende betydning for rettighetshavere hva ”et visst omfang” kan omfatte, når de skal ta stilling til om de skal kreve utlevering av identiteten bak krenkelsene på Internett. Dersom krenkelsen de er utsatt for ikke blir bedømt til å være av en viss størrelse, kan resultatet bli at de ikke får medhold av domstolen. De ikke får mulighet til utlevering av bevis for krenkelsene med tanke på fremtidige søksmål. Den som har brutt loven kan forbli anonym på Internett. Det kan trekkes paralleller til tyveri¹³² av fysiske eksemplarer av åndsverk i butikk med videoovervåkning. Det er en tilsvarende adgang for butikkeieren og rettighetshaveren å velge om de vil anmelde tyveriet av verket, men mulighetene for bevistilgang viser seg å være ulik for de to tilfellene. I butikken kan videoen avsløre identiteten til gjerningsmannen når tyveriet begås, og den kan brukes som bevis i en fremtidig rettssak. Det er enklere for butikkeieren å finne ut identiteten til gjerningsmannen enn det er for rettighetshaveren, når rettighetshaveren må sannsynliggjøre omfanget av krenkelsen for at domstolen skal kunne vurdere om han skal få utlevert identiteten bak IP-adressen som er brukt ved krenkelsene. En som stjeler fysiske eksemplarer kan dermed risikere å bli straffet uansett, mens det etter § 56b kan settes en veiledende grense for et stort omfang av tyveri før tiltak kommer til anvendelse.

Med omfanget av krenkelsen som et sentralt kriterium i utkastets § 56b innskrenker departementet muligheten for enkelte rettighetshavere til å kreve utlevering, for eksempel for opphavsmenn som kun har laget ett musikkalbum eller skrevet én bok, når domstolen har avgjort at den økonomiske skaden for opphavsmannen ikke er stor nok. Utkastet kan gjøre det vanskeligere for dem å prøve å hindre spredning eller kreve erstatning enn etter dagens regelverk. Det er nærliggende å anta at utkastets § 56b vil tilgodese de store rettighetshaverne som finnes i den etablerte musikk- og filmindustrien fremfor de små uavhengige artistene og andre enkeltstående opphavsmenn.

¹³¹ Høringsnotatet s. 31

¹³² Etter straffeloven § 257

Selv om rettighetshaverne kan få adgang til å overvåke IP-adresser, så kan det spørres hvor lett det er å få tatt de som laster ned filer i små til moderate mengder. Denne risikoen for den enkelte bruker vil fremdeles være lav. Når det kreves at rettighetshaverne må gå til domstolen for å kunne få tilgang til identiteten bak IP-adresser, så skal det mye til før rettighetshaverne vil rette fokuset mot mannen i gata i jakten på pirater. I forhold til den ”daglige” nedlastningen av ulovlige filer på Internett så vil det kreve større kostnader og tid enn det det vil være verdt for rettighetshaverne. I en sammenlikning av kostnadene og tiden det tar å reise søksmål, i forhold til det eventuelle erstatningsbeløpet som kan oppnås i en etterfølgende rettssak, så er det sannsynlig at rettighetshaver vil la være å kreve utlevering for opphavskrenkelser av liten økonomisk verdi. Et eksempel er saksomkostningene i Max Manus-kjennelsen. Rettighetshaverne ble sittende igjen med en regning på kr. 233 000,- for å få utlevert bevis fra nettoperatoren, og dette var etter at Høyesterett reduserte de faktiske kostnadene, som i utgangspunktet ble hevdet å være kr. 469 500,- totalt. Hovedregelen om at den som begjærer utlevering må dekke kostnadene ønskes videreført i de nye reglene, slik at dette vil være det samme for fremtidige begjæringer fra rettighetshaverne.¹³³ For opphavsmenn som ikke er en del av et stort plateselskap eller et stort produksjonsselskap, så kan det dermed være vanskelig å hindre misbruk av sine få verk, da de kanskje har lite økonomiske ressurser til å gå til domstolen. For få verk er det en stor sjanse for at domstolene ikke vil gi rettighetshaveren medhold, og han blir sittende igjen med saksomkostningene, og ikke noe reelt vern for sin økonomiske enerett etter åndsverkloven. Dette kan gjøre at utkastets § 56b er mindre effektivt for små, uavhengige opphavsmenn i forhold til de store selskapene. Utkastets § 56b kan derimot være effektivt i forhold til brukere som laster opp og tilgjengeliggjør filer i stor skala. Da kan rettighetshaverne i beste fall begrense spredningen på Internett.

¹³³ Høringsnotatet s. 35

6 Utkast til nye åvl. § 56c

I Telenor-kjennelsen ble resultatet at det ikke forelå noen lovhjemmel i norsk rett til å pålegge nettilbyder å blokkere tilgang til The Pirate Bay. Utkastets § 56c skal gi rettighetshavere denne muligheten, enten ved en prosess gjennom Medietilsynet som behandlingsorgan, eller gjennom domstolen ved kjennelse.

Konkret går forslaget ut på at enten må nettilbyder blokkere tilgangen til den aktuelle nettsiden for sine brukere, eller så kan rettighetshaver kreve nettstedet slettet. Denne plikten skal gjelde nettilbyder uavhengig av om rollen hans er kun overføring, tilgang eller lagring av informasjon av ulovlig karakter. Selv om nettilbyder i utgangspunktet er unntatt fra et straffe- eller erstatningsrettslig ansvar etter ehandelsloven §§ 16 – 18, så kan han bli pålagt denne blokkeringen. Adgangen til blokkering/sletting skal ikke stille noe krav om ansvar eller skyld hos nettilbyder.¹³⁴ Reglene for ansvarsfrihet for nettilbyder for ulike typer overføringstjenester skal ikke være til hinder for at det kan innføres nye regler som kan pålegge nettilbyder et ansvar for blokkering. Dette følger av forarbeidene til ehandelsloven da ehandelsdirektivets artikler om ansvarsfrihet ble gjennomført: ”[Ehandelsloven §§ 16-18] skal heller ikke hindre medlemsstatens mulighet til å fastlegge prosedyrer for å fjerne informasjon eller hindre adgang til den.”¹³⁵

Den samme tankegangen ligger bak artikkel 8 (3) i InfoSoc-direktivet. Denne bestemmelsen åpner for at det kan rettes pålegg mot mellommenn som tilbyr overføringstjenester og lignende som brukere benytter seg av for å laste ned og spre ulovlig materiale. I fortalens punkt 59 fremheves det at grunnen til at rettighetshavere skal kunne rette krav mot nettilbyder ikke er fordi nettilbyder har gjort noe galt som gjør at de skal holdes ansvarlig. Det er ut ifra den betraktning at de er nærmest til å kunne gripe inn og gjøre det vanskeligere for brukere som bryter opphavsretten ved spredning av digitale filer, uten samtykke fra rettighetshaverne. Det har vist seg vanskelig for rettighetshaverne å rette

¹³⁴ Høringsnotatet s. 52

¹³⁵ Ot.prp nr. 4 (2003-2004) s. 34

krav direkte mot nettsider hvor det tilrettelegges for nedlastning av for eksempel musikk og film. Et eksempel er The Pirate Bay som ikke tar krav fra rettighetshaverne til etterretning. Istedenfor latterliggjør de slike krav ved å legge de ut på nettsiden sin under ”Legal threats”.¹³⁶

Ideen i utkastet er at nettilbyder skal bli pålagt å gjennomføre tekniske tiltak som fysisk hindrer brukernes tilgang til visse nettsted. Det skal være adgang for sletting av visse nettsider når dette er mulig. Det vil oftest være tilfelle dersom det er tale om norske nettsider, hvor personene som står bak nettsiden som regel er enkle å identifisere. For utenlandske nettsider kan dette være utfordrende, fordi man ikke vet hvem de er, eller det er vanskelig å oppnå kontakt med dem. I de tilfellene vil blokkering av tilgang være det mest effektive tiltaket.¹³⁷

6.1 Forholdet til vernet av informasjons- og ytringsfriheten

Det fremgår av Kulturdepartementets høringsnotat at utviklingen av effektive håndhevingstiltak, for rettighetshaverne i kampen mot ulovlig fildeling, må avveies mot andre sentrale hensyn som blir berørt, blant annet ytringsfriheten.¹³⁸

Ytringsfriheten er hjemlet både i Grunnlovens § 100 og i EMK artikkel 10. Det skal ikke problematiseres hvorvidt innholdet av Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 er tilsvarende, eller om de to bestemmelsene rekker like langt. Det legges til grunn for den videre redegjørelsen at de har likelydende innhold og rekkevidde.

Grunnlovens § 100 første ledd sier at ”Ytringsfrihet bør finde Sted.” Den er generell og åpner for at alle mulige varianter av ytringer faller innenfor bestemmelsen. Den

¹³⁶ <http://thepiratebay.org/legal>

¹³⁷ Høringsnotatet s. 50

¹³⁸ Høringsnotatet s. 11

alminnelige retten til å fremsette ytringer er uavhengig av form og medium ytringen fremsettes i. Et åndsverk er en ytring i form av et bilde, en tekst eller lyd.¹³⁹

I EMK artikkel 10 første ledd står det: ”Enhver har rett til ytringsfrihet.” EMD legger til grunn i en dom¹⁴⁰ at EMK artikkel 10 ikke bare garanterer retten til å gi informasjon, men også allmennhetens rett til å motta informasjon. Det er den tilsvarende informasjonsfriheten som er hjemlet i Grunnloven § 100.

Departementet har vurdert forholdet til ytringsfriheten i Grunnloven og EMK slik at det å begrense ytringer som tilgjengeliggjør ulovlig opphavsrettsbeskyttet materiale må falle innenfor kravet til særlig tungtveiende hensyn.¹⁴¹ Slike ytringer som blir lagt ut på Internett skal ha mindre vern enn den retten rettighetshaverne har etter åndsverkloven. Det som blir slettet eller blokkert er materiale som er lagt ut uten samtykke fra de rettmessige eierne.

Ytringsfriheten er ikke absolutt. Det fremgår av Grunnloven § 100 andre og tredje ledd og av EMK artikkel 10 andre ledd at det er adgang til å begrense ytringsfriheten. Av § 100 andre ledd kan det gjøres unntak fra ytringsfriheten dersom inngrepet ivaretar tungtveiende hensyn som ”det lader sig forsvare holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelse i Sandhedssøgen, Demokrati og Individets frie Meningsdannelse.” Tilsvarende fremgår av EMK artikkel 10 andre ledd. Inngrepet kan være tillatt dersom det har lovhjemmel, er nødvendig i et demokratisk samfunn og kan begrunnes i et av de legitime hensynene listet opp i bestemmelsen. Staten må begrunne innskrenkninger i ytringsfriheten. Det blir en tilsvarende vurdering som etter EMK artikkel 8, da det i begge tilfeller er tale om begrensninger med grunnlag i vern av opphavsretten. Også etter artikkel 10 er det i tråd med formålet til opphavsretten nødvendig i samfunnet, og rettighetshavernes vern er hjemlet i åndsverkloven. Som nevnt nyter opphavsretten vern etter EMKs tilleggsprotokoll nr. 1 artikkel 1, og kan defineres som ”andres rettigheter” i EMK artikkel 10 andre ledd. I

¹³⁹ Bing (2008) s. 67

¹⁴⁰ Times Newspapers Ltd. v United Kingdom

¹⁴¹ Høringsnotatet s. 55

forhold til artikkel 10 er dette også etablert i EMD.¹⁴² Dermed tyder det på at det er en adgang for å gripe inn i ytringsfriheten for å ivareta vern av opphavsrettigheter over Internett, og at departementets konklusjon stemmer i forhold til hensynet til ytringsfriheten.

Departementet vil sette som krav i § 56c at det kun skal blokkeres eller slettes nettstedet hvor det åpenbart ulovlige opphavsrettslige innhold er av et stort omfang.¹⁴³ Departementet vektlegger en forholdsmessighetsvurdering, i tråd med EMKs prinsipper om proporsjonalitet, hvor både omfanget, alvorligheten og hensynet til ytringsfriheten skal tas med i betraktning.¹⁴⁴ For hvert nettsted rettighetshaverne ønsker å få blokkert vil det bli foretatt en konkret vurdering hvor et moment vil være en analyse av hvor mye av innholdet på nettsiden som inneholder lovlig materiale. Dersom innholdet på nettstedet hovedsakelig er lovlig, men den også inneholder ulovlig materiale, så vil ikke dette kunne kvalifisere til blokkering etter departementets mening.¹⁴⁵ På denne måten vil ikke lovlig innhold bli rammet og man unngår en konflikt med ytringsfriheten. § 56c skal være ment som en bestemmelse som skal ”brukes med varsomhet og forbeholdes de mer alvorlige tilfellene”,¹⁴⁶ på grunn av regelens inngripende karakter.

Dette tilsier derimot ikke at utkastets § 56c begrenser ytringsfriheten i noen tilfeller. Det er nærliggende å hevde at departementet, i forhold til vurderingen opp mot ytringsfriheten, kunne ha vært mer spesifikke på om det er noen momenter som er hensiktsmessige for domstolen å ta i betraktning i interesseavveiningen mellom opphavsretten og ytringsfriheten. Det kan spørres om det er tilfeller der opphavsretten bør vike for ytringsfriheten?

¹⁴² F.eks Smith Kline and French Laboratories Ltd v the Netherlands og Melnychuk v. Ukraine

¹⁴³ § 56c første ledd

¹⁴⁴ Høringsnotatet s. 58

¹⁴⁵ Høringsnotatet s. 59

¹⁴⁶ Høringsnotatet s. 59

Det er sentralt å presisere at mens ytringsfriheten verner meningsinnhold, så verner opphavsretten den enkelte opphavsmanns presentasjon av sin mening. Opphavsretten er i utgangspunktet ikke til hinder for at man ytrer seg, så lenge man gjør det med sine egne ord, og ikke tilgjengeliggjør andres ytringer.¹⁴⁷ Opphavsretten er dels ment til å stimulere til ytringer, ikke begrense dem,¹⁴⁸ men når det er tale om at andre utnytter opphavsrettigheter i strid med rettighetshavers ønske, slik at det går på bekostning av eneretten, så kan opphavsretten begrense ytringsfriheten fremfor å fremme den, dersom vernet av opphavsretten opprettholdes. Opphavsretten verner den form som opphavsmannen har valgt å presentere ytringen i. Det kan tenkes tilfeller der man vil bruke opphavsretten for å hindre tilgang til informasjon, for eksempel informasjon som rettighetshaver ikke ønsker at skal komme i offentlighetens søkelys. Utkastets § 56c kan i slike tilfeller være den adgangen man trenger til en begrensning, for da kan man blokkere tilgangen på ytringene, og dermed hindre at de gjøres tilgjengelig for allmennheten.

Dr. Drahos formulerer det slik i forbindelse med en paneldiskusjon i WIPO:

”It is precisely because information has become the primary resource that the exploitation of information through the exercise of intellectual property rights affects interests that are the subject of human rights claims. Property rights by their nature allow the rightholder to exclude others from the use of this prime resource and so they are likely to produce instances of rights conflict. To illustrate the point somewhat tersely: property in expression (copyright) conflicts with freedom of expression.”¹⁴⁹

Et eksempel på opphavsretten mot ytringsfriheten er sitatretten i åndsverkloven § 22. I åndsverkloven § 22 er vurderingen opp mot ytringsfriheten allerede avklart. Nettsider som har anvendt opphavsrettslig materiale i en begrenset utstrekning, slik at man er innenfor

¹⁴⁷ Paddy Ashdown v Telegraph Group Ltd avsnitt 31

¹⁴⁸ Rognstad (2009) s. 69

¹⁴⁹ Drahos (1998) s. 2

sitatretten etter åndsverkloven § 22, har foretatt en lovlig gjengivelse av materialet. Forutsetningen er at verket tidligere er offentliggjort. Grensen for hvor mye som kan siteres går ved det som er ”i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger”, jf. ordlyden i bestemmelsen. Det må vurderes slik at dersom sitatet ikke kan begrunnes i ”Sandhedssøgen, Demokrati og Individets frie Meningsdannelse” etter Grunnloven § 100 andre ledd, så er det nærliggende å anta at det heller ikke er i samsvar med god skikk etter åndsverkloven § 22.

Problemet oppstår dersom det gjengis utenfor rekkevidden av sitatretten, og dermed utover det opphavsretten tillater, for eksempel dersom man siterer fra verk som ikke er offentliggjort, eller man gjengir hele filmen i form av en fil eller hele boken blir scannet og lagt ut på nettstedet, uten samtykke fra rettighetshaverne. I utgangspunktet er opphavsretten krenket i dette tilfellet, slik at rettighetshaver kan påberope sin rett for å hindre at det ulovlige materiale blir publisert på Internett. I den norske juridiske litteraturen åpner Rognstad for at ”det i særskilte situasjoner kan siteres fra ikke offentliggjorte verk, selv om sitatregelen i åndsverkloven § 22 ikke gir rett til det.”¹⁵⁰

Ytringsfrihetskommisjonen uttalte, i forbindelse med revisjonen av Grunnloven § 100 i 2004, at avveiningen mellom ytringsfriheten og opphavsrettigheter må være tilsvarende som ved vurderingen av andre begrensninger i ytringsfriheten. Typiske eksempler på konflikter vil være når opphavsmannen ikke ønsker å at hans ytringer blir delt, og når noen ønsker å bruke ikke offentliggjorte verk som kilde.¹⁵¹ Ytringsfrihetskommisjonen sa følgende:

”Begrensningene må heller ikke være av en slik art at frimodige ytringer om offentlige spørsmål ikke blir tillatt, jf. § 100, 3. ledd. Det skulle tilsi at opphavsrett brukt som et middel for å motvirke en informert offentlig debatt ikke kan stå seg

¹⁵⁰ Rognstad (2009) s. 71

¹⁵¹ NOU 1999:27 avsnitt 6.2.4.3

mot ytringsfriheten. Dette har sterk støtte både i sannhetsprinsippet og demokratiprinsippet.”¹⁵²

Videre vektla Ytringsfrihetskommisjonen at det avgjørende momentet, i vurderingen av begrensninger i ytringsfriheten, burde være å se på motivet for krenkelsen av opphavsretten. Er det for egen økonomisk utnyttelse eller for opplysning i debatt av offentlig interesse?¹⁵³

Et eksempel er en sak der NRK Brennpunkt offentliggjorde en rapport som avslørte at Trafigura, en internasjonal oljeforhandler, prøvde å kvitte seg med giftig avfall på ulovlig måte. Selskapet skulle ikke offentliggjøre rapporten, og forsøkte derfor å stoppe NRK fra å offentliggjøre den, uten å lykkes. De hevdet at NRK hadde fått tak i materialet på ulovlig måte, og at de ikke hadde adgang til å publisere fordi Trafigura eide rapporten.¹⁵⁴ Etter utkastets § 56c kunne Trafigura hatt adgang til å gå til domstolen og krevd at NRK Brennpunkt slettet sine nyhetsartikler hvor rapporten var publisert.¹⁵⁵ Dersom Ytringsfrihetskommisjonens betraktning ble anvendt i en domstols forholdsmessighetsvurdering i en eventuell sak mot Trafigura, så kunne NRK rettmessig hatt adgang til å publisere rapporten, selv om dette gikk på bekostning av oljeselskapets opphavsrett til rapporten. NRK Brennpunkt er et aktualitetsprogram som driver granskende journalistikk med et formål å sette søkelys på problemer i samfunnet, også i dette tilfellet. Hadde NRK derimot publisert rapporten for egen vinning økonomisk sett, så hadde vernet av deres ytringsfrihet og rett til å gi informasjon stått svakere.

Denne vurderingen kan underbygges av hvordan EMD vurderte forholdet til EMK artikkel 10 i en sak¹⁵⁶ om pressens forhold til dokumenter som var fremskaffet ulovlig. Saken

¹⁵² NOU 1999:27 avsnitt 6.2.4.3

¹⁵³ NOU 1999:27 avsnitt 6.2.4.3

¹⁵⁴ <http://www.nrk.no/programmer/tv/brennpunkt/1.6816347>

¹⁵⁵ Forutsatt at Trafigura har søksmålskompetanse etter norsk rett.

¹⁵⁶ Fressoz and Roire v. France

handlet ikke om opphavsrettsbeskyttet materiale, men dokumenter som det på annen måte ikke var adgang til. EMD uttalte at det var et generelt prinsipp at journalister måtte være i en posisjon til å vurdere om det er nødvendig å gjengi dokumenter som de ikke rettmessig eier for å skape troverdighet i saksformidlingen. De må også ha muligheten til å beskytte sin rett til å avsløre informasjon av allmenn interesse, så lenge de opptrer i god tro og legger frem nøyaktig og presise fakta. Pressens sentrale rolle i samfunnet ble vektlagt, samt deres behov for frihet for å fungere som samfunnets vaktbikkje for å bidra til den offentlige debatten, og sette søkelys på hendelser som er relevante og interessante for offentligheten.¹⁵⁷

Et annet eksempel var en sak som var oppe i domstolen i Storbritannia.¹⁵⁸ I en avisartikkel ble det gjengitt private nedtegnelser gjort av en partileder i et lukket møte med en partileder av et annet parti. Som i norsk opphavsrett er disse nedtegnelsene vernet av den britiske opphavsretten. Innledningsvis la retten til grunn at

”There will be occasions when it is in the public interest not merely that information should be published, but that the public should be told the very words used by a person, notwithstanding that the author enjoys copyright in them. On occasions, indeed, it is the form and not the content of a document which is of interest.”¹⁵⁹

Retten mente at den britiske opphavsretsloven åpnet for bruk av slike dokumenter i aktuelle hendelser, men at det ikke var adgang for gjengivelse av dem dersom de var produsert i fortiden. Denne saken kunne betraktes som en aktuell hendelse. Det neste spørsmålet som måtte avgjøres var om det var nødvendig for journalistene i avisen å legge frem sitater fra politikerens nedtegnelser, i så stor grad som de gjorde, for å redegjøre for sin troverdighet for at møtet fant sted. Retten uttalte:

¹⁵⁷ Fressoz and Roire v France avsnitt 54

¹⁵⁸ Paddy Ashdown v Telegraph Group Ltd

¹⁵⁹ Telegrap-dommen, avsnitt 43

”... We do not believe that it can. The statement by the Sunday Telegraph that they had obtained a copy of the minute coupled with one or two short extracts from it would have sufficed.”¹⁶⁰

Retten kom frem til at avisens hensikt med å trykke en eksakt gjengivelse av nedtegnelsene var først og fremst å ”add flavour to the article” og dermed appellere til leserne på et kommersielt grunnlag.¹⁶¹ De krenket dermed opphavsretten til politikeren for sin egen økonomiske vinning, og deres ytringsfrihet etter EMK artikkel 10 var ikke beskyttelsesverdig i forhold til opphavsretten.

Saken gir et godt eksempel på den betraktningen som Ytringsfrihetskommissjonen gjorde i tilfeller hvor det må avgjøres om opphavsretten må vike for ytringsfriheten. Den britiske domstolen vektla at hovedmotivet for avisen var økonomisk vinning gjennom salg av flere utgaver. I NRK Brennpunkt-tilfellet var derimot informasjonen som ble fremlagt av stor aktuell interesse for allmennheten, og deres hovedmotiv var ikke å tjene penger på det, men heller et ønske om å bidra til offentlig debatt. Det er nærliggende å anta at Trafigura ønsket å stanse offentliggjøringen av rapporten på grunn av dens innhold for å hindre at de avslørende opplysningene skulle komme frem, og ikke for å bevare den innsatsen som lå bak produksjonen av selve rapporten. De fortjener dermed ikke vern ettersom det kan betraktes som et misbruk av hensikten bak opphavsretten. Ytringsfrihetens formål var derimot mer verneverdig i det tilfellet og burde få prioritet.

Et siste eksempel er saken om Scientologikirken mot motstandere i Sverige. Motstanderne hadde fått tak skrifter fra Scientologikirken som i utgangspunktet ikke var offentliggjort. Scientologikirken hevdet at å gjengi innhold fra disse var i strid med opphavsretten, fordi de gikk utenfor rekkevidden av sitatretten. De fikk medhold av Svea Hovrätt,¹⁶² og dermed

¹⁶⁰ Telegraph-dommen, avsnitt 81

¹⁶¹ Telegraph-dommen, avsnitt 82

¹⁶² Sak T 1096-98

kunne ikke motstanderne anføre EMK artikkel 10 som grunnlag for å slippe unna erstatningsansvar etter den svenske opphavsrettsloven. Stockholm tingrett uttalte i sin dom¹⁶³ at dersom noen ønsket å angripe Scientologikirken, så var de ikke avhengig av å krenke opphavsretten til Scientologikirkens verk for å gjøre dette. Denne begrunnelsen la hovrätten til grunn for sin dom.

I vurderingen av dommen er det klart at det Scientologikirken står for, og hva som foregår i deres virksomhet, kan være av offentlig interesse. Det fremstår også som klart at motstanderne ikke var ute etter å offentliggjøre de hemmelige dokumentene for å tjene penger på disse, men for å belyse problemer som skjer innen trosretningen, på tilsvarende måte som NRK Brennpunkt ønsket i Trafigura-saken. Det kan spørres om det griper for mye inn i ytringsfriheten å hindre dem offentliggjøring av disse dokumentene. Det virker som at Scientologikirkens motiv for å påberope seg opphavsrettslig vern var for å hindre at det ble rettet søkelys mot deres kritikkverdige forhold. Et moment i tilsvarende retning er at domstolen i Nederland kom til motsatt resultat som i Sverige i en tilsvarende sak mot Scientologikirken.¹⁶⁴ Her kom domstolen frem til at offentligjøringen av dokumentene måtte være tillatt med grunnlag i EMK artikkel 10.

Denne redegjørelsen viser at det er tilfeller hvor opphavsretten har kollidert med ytringsfriheten, og noen av sakene viser at det kan være problematisk dersom opphavsretten gis forrang på bekostning av ytringsfriheten. Eksemplene viser særlig at det kan være adgang til å gi ytringsfriheten forrang når rettighetshaver bruker opphavsretten for å begrense kritiske ytringer rettet mot dem selv, og til dels når de opphavsrettslige verkene er anvendt av profesjonelle journalister. Det tyder på at Ytringsfrihetskommisjonens betraktninger er gode, og at det kan være et moment å se på hvem det er som krenker opphavsretten for å komme frem til rimelige slutninger.

¹⁶³ Sak T 7-866-96

¹⁶⁴ Haag appellrett, AMI 2003 s. 222.

Konklusjonen i denne redegjørelsen er at det finnes tilfeller hvor opphavsretten må vike for ytringsfriheten. I den interesseavveiningen som skal foretas, i tråd med EMKs prinsipper, kan det ha noe for seg å vurdere motivet bak krenkelsen av opphavsretten, og om det er i egen økonomisk vinning eller som et ledd i den offentlige debatten.

I utkastets § 56c kunne det på denne bakgrunn vært hensiktsmessig om departementet hadde presisert at en vurdering av hva som fremstår som det mer fremtredende motivet bak publiseringen av materialet på nettsiden, kan være av betydning i avveiningen domstolen skal ta.

6.2 Effektivitet

Det kan spørres hvor effektiv en sperring av nettsider vil være. Departementet ønsker at et krav om plikt for nettilbyder til å blokkere nettsider skal vurderes av domstolen eller kompetent offentlig organ. Det vil fungere som en sikkerhetskontroll for at blant annet forholdet til ytringsfriheten vil bli vurdert i hvert tilfelle av eventuell blokkering eller sletting av et nettsted.¹⁶⁵ Gjennom en slik avgjørelse må det tas stilling til innholdet på nettstedet, om kravet om at krenkelser av opphavsretten i stort omfang er oppfylt, og avveie mot ytringsfriheten. Uten denne domstols- eller forvaltningskontrollen kan man ende i den situasjonen man ville unngå i Telenor-kjennelsen, at det blir enhver nettoperatør som vurderer om alle vilkårene for blokkering og sletting er tilstede. Nettoperatøren er i et avtaleforhold med brukerne av internettilkoblingen, og har derfor en forpliktelse overfor dem. De er også i et konkurranseforhold med hverandre, slik at det er mulig de ikke vil blokkere nettsteder i frykt for å tape kunder. Man kan få en ”chilling effect” om nettilbyderen selv må foreta vurderingen av om innholdet er lovlig eller ikke. Departementet kaller det for ”den selvsensurerende virkningen”.¹⁶⁶ Man kan risikere å ikke oppnå en mer effektiv beskyttelse av opphavsrettighetene hvis nettilbyder vegrer seg fra å stanse overtredelser. Motsatt kan effekten bli for stor, dersom nettilbyder heller velger å

¹⁶⁵ Høringsnotatet s. 52

¹⁶⁶ Høringsnotatet s. 60

sikre seg og stanser tilgangen til flere nettstedene enn det som ville blitt gjort etter en grundig vurdering, og det vil gå på bekostning av ytringsfriheten. En domstols- eller forvaltningsavgjørelse er dermed av vesentlig betydning for om regelen skal virke effektivt.

En blokkering kan føre til at mange brukere mister tilgangen til de største BitTorrent-nettstedene, men det finnes et utall av dem på Internett. Det er enkelt å finne frem til nye nettsteder, det er kun å søke på den ønskede torrent-filen, så får man opp et stort antall søketreff på ulike nettsider. Rettighetshaverne kan gå til rettslige skritt for å blokkere tilgangen til mange nettsteder, men det skal ikke mye ressurser til for en datakyndig å sette opp en ny nettside med tilgjengelige filer.

Et annet poeng er at ordlyden i utkastets § 56c avgrenser mot nettsteder som i liten skala inneholder opphavsrettslig materiale, med krav om at det må være tale om ”stort omfang” for at rettighetshaver kan begjære blokkering. Rettighetshaverne vil nok aldri klare å bekjempe problemet med spredning av ulovlige filer over Internett fullstendig. Så lenge det er en etterspørsel for dette i markedet blant brukerne på Internett, vil det alltid være en andel av befolkningen som vil ha interesse i å tilgjengeliggjøre ulovlig materiale. Muligheten for omgåelse kan også være til stede, fordi slike blokkeringsystemer sjelden er vannrette. De som virkelig ønsker å få tilgang til blokkerte nettsteder vil kunne ”lure systemet”, blant annet ved å bruke utenlandske proxyservere.

Et tredje poeng er at mye av fildelingen på Internett foregår på tvers av landegrensene. I forhold til dette momentet kan tiltaket om å rette pålegg mot nettilbydere gjøre håndhevingen mer effektiv enn i dag. Det er vanskelig å gå til søksmål mot nettsteder og ansvarlige bak fildelingsprogrammer som befinner seg under et annet lands jurisdiksjon. Det kan også være ekstra vanskelig å kartlegge hvem som står bak nettstedet og eventuelt hvordan man skal kunne kontakte ham for å kunne holde ham ansvarlig.

På den annen side kan en blokkering av de største nettstedene som støtter BitTorrent-protokollen ha en effekt overfor mannen i gata. Det er ikke usannsynlig at mange laster ned

ulovlig opphavsrettslig materiale fordi det er enkelt og tilgjengelig. Dersom denne tilgangen blir forhindret kan det ha en avskrekkende virkning som gjør at mange heller velger å skaffe seg materialet på lovlig måte, gjennom kjøp i butikk eller legitime tjenester på Internett.

7 Avslutning

Dersom reglene som fremgår av utkastet blir vedtatt, har Norge oppfylt sin forpliktelse etter InfoSoc-direktivets artikkel 8 (3) med gjennomføringen av utkastets §§ 56b og 56c?

Formålet etter artikkel 8 (3) er å sørge for effektive håndhevingstiltak for rettighetshaverne. Utkastet åpner for at rettighetshaverne har flere tiltak å rette mot mellommenn på Internett, som gjennom plikt pålagt av domstolen i større grad kan bidra til å gjøre det vanskeligere for brukere å spre ulovlige filer over Internett. Utkastets nye regler tilrettelegger for større handlingsrom for rettighetshaverne gjennom de konkrete tiltakene Kulturdepartementet ønsker å innføre, og de fremstår som mer effektive mot en gruppe av brukere som deler filer ulovlig over Internett. Det kan diskuteres om det å gi private aktører mer makt, i forhold til håndheving av sine rettigheter, er rette veien å gå. Det kan hevdes at dersom rettighetshaverne utvikler bedre forretningsmodeller, for eksempel forbedring av betalingsbaserte streamingtjenester på Internett, og fokuserer mer på forbrukervennlighet, så vil den ulovlige fildelingen avta. Uavhengig av hvordan man ønsker å løse det, så er det klart at lovgiver må gjøre noe aktivt for å prøve å stanse den utviklingen innen opphavsretten på Internett man ser i samfunnet i dag.

Etter en vurdering av utkastet slik det er presentert i høringsutkastet, og i sammenlikning med andre kilder fra Norge og utlandet, så kan det konkluderes med at Norge har oppfylt sin forpliktelse etter InfoSoc-direktivets artikkel 8 (3) med gjennomføringen av utkastets §§ 56b og 56c.

I tiden som kommer blir det spennende å se resultatet av Kulturdepartementets høringsnotat, hvordan de endelig lovreglene blir vedtatt i åndsverkloven, og hvordan reglene blir utviklet i praksis etter hvert som de kommer til anvendelse i rettssystemet. Det er fremdeles vanskelig å konkludere om reglene vil fungere effektivt i kampen mot ulovlig spredning av opphavsrettsbeskyttet materiale over Internett, før de er prøvd ut i det praktiske liv.

8 Kilder

8.1 Lover og internasjonale rettskilder

8.1.1 Norske lover

1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814

1902 Almindelig Borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2

1967 Lov om patenter (patentloven) av 15. desember 1967 nr. 9

1969 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningloven) av 13. juni 1969 nr. 26

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

2000 Lov om personopplysninger (personopplysningsloven) av 14. april 2000 nr. 31

2003 Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven) av 23. mai 2003 nr. 35

2003 Lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) av 4. juli 2003 nr. 83

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

2010 Lov om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven) av 26. mars 2010 nr. 8

8.1.2 Utenlandske lover

Upphövsrättslagen Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk [Sverige]

Ophavsretsloven LBK nr. 202 af 27/02/2010 lov om ophavsret (Ophavsretsloven) [Danmark]

Digital Millenium Copyright Act U.S. Digital Millenium Copyright Act of 28 October 1998, U.S. Code, Title 17 [USA]

8.1.3 Europeiske rettskilder

Directive 2001/29/EC Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (InfoSoc- direktivet)

Directive 2000/31/EC Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Ehandelsdirektivet)

Directive 2002/58/EC Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Ekomdirektivet)

Directive 2004/48/EC Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (Direktivet om håndheving av immaterielle rettigheter)

8.1.4 Internasjonale rettskilder

EMK Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950

EMKs tilleggsprotokoll nr. 1 Protokoll til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950.

TRIPS- avtalen Agreement on Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1994.

Bernkonvensjonen Berne Convention for the Protection of Literary And Artistic Works, 1886 (sist revidert Paris 1971)

WIPO Copyright Treaty The World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, 1996

8.2 Forarbeider og høringsnotat

8.2.1 Norske forarbeider

NOU 1999:27 ”Ytringsfrihet bør finde Sted”

NOU 2003:21 ”Kriminalitetsbekjempelse og personvern – politiets og påtalemyndighetens behandling av opplysninger.”

Ot. prp. nr. 46 (2004 – 2005)	Om lov om endringer i åndsverkloven m.m
Ot. prp. nr. 4 (2003 – 2004)	Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)

8.2.2 Høringsnotat

Kulturdepartementets høringsnotat	Endringer i åndsverkloven (tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett), mai 2011.
Justisdepartementets høringsnotat	Styrking av lovgivningen om håndhevingen av industrielle rettigheter m.m, april 2011.
Kulturdepartementets høringsutkast	Om forslag til endringer i åndsverkloven m.m, april 2003.

8.2.3 Utenlandske forarbeider

Prop. 2008/09:67	Regeringens proposition 2008/09:67 ”Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG” [Sverige]
------------------	---

8.3 Domsregister

8.3.1 Norske dommer

Rt. 2010 side 774	Max Manus
Rt. 2005 side 41	Napster.no

Rt. 2000 side 996 Bøhler
RG 2010 side 171 Telenor
RG 2005 side 1627 Direct Connect

8.3.2 EU-dommer

Sak C-275/06 Productores de Música de España (Promusicae) vTelefónica de España SAU,
Sml. 2008 s. I-271

8.3.3 Dommer fra EMD

Klass and Others v Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6. September 1978
Leander v Sweden	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. mars 1987
Chappell v The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30. mars 1989
Gaskin v the United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. juli 1989
Smith Kline and French Laboratories Ltd v the Netherlands	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4 oktober 1990

Z v Finland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 5. februar 1997
M S v Sweden	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. august 1997
Fressoz and Roire v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21. januar 1999
Rotaru v Romania	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4. mai 2000
Melnychuk v. Ukraine	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 5. juli 2005
Anheuser-Busch Inc. v Portugal	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. januar 2007
Times Newspapers Ltd. v United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. mars 2009

8.3.4 Utenlandske dommer

Metro- Goldwyn- Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd., 545 US 913 (2005) [USA]

Paddy Ashdown v Telegraph Group Ltd, Case No: A3/2001/0213 [Storbritannia]

Sag 153/2009 Højesterets kjendelse afsagt den 27. maj 2010 [Danmark]

Sak T 7-866-96 Stockholms tingsrätt (dom av 14. September 1998) [Sverige]

Sak T 1096-98 Svea Hövrätt (dom av 9. mars 2001) [Sverige]

Sak B 13301-06 Stockholms tingsrätt (dom av 17. april 2009) [Sverige]

Gerechtshof Den Haag 4 september 2003 (Scientology/Spaink), AMI 2003 s. 222
[Nederland]

8.4 Litteraturliste

8.4.1 Bøker

Rognstad, Ole-Andreas i samarbeid med Birger Stuevold Lassen *Opphavsrett* Oslo, 2009.

Bing, Jon *Ytringer på nett* Oslo, 2008.

Mazziotti, Giuseppe *EU Digital Copyright Law and the End-User* Springer, 2007.

Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter* Oslo, 2003.

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære* 5. utgave (ved Jan E. Helgesen) Oslo, 2001.

8.4.2 Artikler

Dr. Drahos, Peter, *The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development*, Genève 1998, fra

<http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/pdf/drahos.pdf>

[Sisert 30. oktober 2011]

Regjeringen, *Handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter (TRIPS)*, fra www.regjeringen.no/nb/dep/tema/handelspolitikk/wto/wto---doha-runden/handelsrelaterte-sider-ved-immaterielle-.html?id=446716 [Sisert 14. september 2011]

Knudsen, Ole Morten, *Timbuktu satser på Pirate Bay*, Teknofil.no 2008 fra http://www.teknofil.no/artikler/timbuktu_satser_paa_pirate_bay/84076 [Sisert 27. september 2011]

Bakke, Synnøve og Knudssøn, Kjersti, *Trafigura and The Minton Report*, Oslo 2009, fra <http://www.nrk.no/programmer/tv/brennpunkt/1.6816347> [Sisert 18. oktober 2011]

Gjestad, Robert Hoftun, *Platesalget er halvert på 10 år*, Oslo 2011, fra <http://www.aftenposten.no/kultur/article3984181.ece> [Sisert 3. november 2011]

The Pirate Bay, *Om*,
fra <http://thepiratebay.org/about> [Sisert 7. oktober 2011]

The Pirate Bay, *Juridiske trusler*,
fra <http://thepiratebay.org/legal> [Sisert 15. september 2011]