

Høringsnotat:

Endringer i åndsverkloven (tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett)

Høringsfrist 30. september 2011

1	Innledning.....	4
1.1	Bakgrunn for forslaget. Innledning og introduksjon til temaet.....	4
1.1.1	Sammendrag – hovedinnholdet i høringsnotatet.....	4
1.1.2	Introduksjon til åndsverklovens rettigheter og system.....	5
1.1.3	Om ulovlig fildeling og andre opphavsrettskrenkelser på nett	6
1.1.4	Andre sentrale hensyn. Avgrensning av forslaget.....	9
1.1.5	Nye forretningsmodeller	10
1.2	Nærmere om bakgrunnen for forslaget	11
1.2.1	Helhetlig revisjon av åndsverkloven	11
1.2.2	Referansegruppe.....	11
1.2.3	Høringsmøte	12
1.2.4	Andre land	12
2	Registrering av IP-adresser mv. og tilgang til identitet	19
2.1	Innledning	19
2.2	Registrering og annen behandling av IP-adresser.....	20
2.2.1	Gjeldende rett – personopplysningsloven	20
2.2.2	Norden.....	22
2.2.3	Departementets vurderinger	23
2.3	Tilgang til abonnentens identitet.....	23
2.3.1	Gjeldende rett	23
2.3.1.1	Max-Manus-saken (Rt. 2010 s. 774) og tvisteloven	23
2.3.2	EU.....	26
2.3.3	Norden.....	27
2.4	Departementets vurderinger.....	28
2.4.1	Tilgang til identitet	28
2.4.2	Registrering og annen behandling av IP-adresser	35
3	Tiltak rettet mot nettsted hvor opphavsrett krenkes	36
3.1	Bakgrunn.....	37
3.1.1	Gjeldende rett	37
3.1.2	Gjennomføring av opphavsrettsdirektivet art. 8.3 i de nordiske land	41
3.1.3	Hindring av tilgang til nettsted ved sletting og blokkering	43
3.1.3.1	Nærmere om blokkering.....	44

3.1.4	Tilgrensende problemstillinger	45
3.1.4.1	Høringsnotat om forslag til endringer i ekomloven	45
3.1.4.2	Datakrimutvalget	46
3.1.4.3	Nettnemnda	47
3.1.4.4	Varsel og fjern-system (notice and takedown)	47
3.1.4.5	Personvernkommisjonen	48
3.2	Departementets vurderinger og forslag	48
3.2.1	Internettilbydernes rolle	49
3.2.2	Nærmere om trepartskonflikter	50
3.2.3	Nærmere om hjemmelen for å kreve at handleplikt pålegges	51
3.2.4	Sanksjoner	53
3.2.4.1	Blokkering	54
3.2.4.2	Sletting	56
3.2.4.3	Avgrensning mot visse følger av pålegg	58
3.2.5	Vilkår for pålegg m.m.	58
3.2.6	Organisering. Prosess	59
3.2.7	Alternativ 1: Behandling i eget organ	61
3.2.7.1	Organets organisering og saksbehandling	61
3.2.7.2	Klageadgang	63
3.2.7.3	Domstolsprøvelse	65
3.2.8	Alternativ 2: Behandling i de ordinære domstoler	70
3.2.8.1	Særskilte saksbehandlingsregler	70
3.2.9	Oppsummering	72
4	Varselbrev	73
4.1	Bakgrunn	73
4.2	Andre land	75
4.3	Departementets vurdering	75
5	Økonomiske og administrative konsekvenser	77
6	Merknader til de enkelte bestemmelsene	78
7	Utkast til endringer i åndsverkloven m.m.	90

1 Innledning

1.1 Bakgrunn for forslaget. Innledning og introduksjon til temaet

1.1.1 Sammendrag – hovedinnholdet i høringsnotatet

Kulturdepartementet legger med dette frem forslag til endringer i åndsverkloven. Formålet er å styrke rettighetshavernes muligheter for håndheving av sine rettigheter ved krenkelser på Internett, for eksempel ved ulovlig fildeling. Bakgrunnen er at rettigheter til opphavsrettsbeskyttet innhold krenkes i et stort omfang, og at effektiv håndheving ved nettkrenkelser har vist seg vanskelig. Departementet legger derfor frem et lovforslag med tiltak for å styrke håndhevingsmulighetene overfor krenkelser på nett og klargjøre gjeldende rett på dette området. Ved utformingen av lovforslaget er det samtidig lagt vekt på å finne balanserte løsninger som ivaretar andre hensyn som håndheving av rettigheter på nett berører, slik som personvern, rettssikkerhet og ytringsfrihet m.m. Det foreslås ikke tiltak som kan medføre at enkeltpersoner utestenges fra Internett.

Departementet foreslår lovregler som regulerer tilgang til opplysninger om identiteten bak IP-adresser – altså hvilket abonnement som kan knyttes til en IP-adresse som er benyttet til opphavsrettskrenkelser. Ved overtredelser på nett kan rettighetshaveren normalt finne ut hvilken IP-adresse som er brukt, men har i utgangspunktet ikke tilgang til opplysninger om hvilken abonnent som står bak den aktuelle IP-adressen. Internetttilbyderen kan normalt foreta en kobling mellom IP-adresse og abonnent, men dette er opplysninger som er underlagt internetttilbyderens taushetsplikt etter ekomloven. Det følger imidlertid av kjennelse fra Høyesterett av 18. juni 2010 (i den såkalte Max Manus-saken, jf. Rt. 2010 s. 774) at rettighetshaverne kan få tilgang til slike opplysninger med hjemmel i tvistelovens regler om bevissikring utenfor rettssak. I høringsnotatet foreslår departementet at det gis nærmere regler om tilgang til abonnementsopplysninger i åndsverkloven. Forslaget går ut på at domstolen etter en interesseavveining kan pålegge internetttilbyderen å utlevere opplysninger om en abonnents identitet til rettighetshaveren. Ved vurderingen skal domstolen veie hensynene som taler for utlevering av opplysningene mot hensynet til taushetsplikten.

Adgangen til å få utlevert abonnementsopplysninger forutsetter at rettighetshaveren kan registrere og lagre IP-adressen som er benyttet ved krenkelsen. Dette reiser spørsmål i forhold til personopplysningsloven. Etter gjeldende rett er slik behandling av personopplysninger betinget av konsesjon fra Datatilsynet (Personvernemnda tok i november 2010 til følge en klage over Datatilsynets vedtak om avslag på forlengelse av konsesjon til dette formålet – slik at konsesjonen ble forlenget av nemnda). Departementet foreslår en lovhjemmel som gir rettighetshaverne adgang til å registrere og lagre IP-adresser når slik behandling er nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav. Dette kan etter forslaget skje uten konsesjon fra Datatilsynet, men personopplysningsloven skal for øvrig gjelde for behandlingen.

Videre foreslår departementet at det gis regler som gir rettighetshavere adgang til å kreve at internetttilbydere pålegges å hindre tilgang til materiale som krenker opphavsrett m.m. i

grove tilfeller. Ved overtredelser på Internett vil det kunne være vanskelig å bringe krenkelsen til opphør gjennom krav mot nettstedet som publiserer det ulovlige innholdet. I tilfeller der internettilbyderne på en eller annen måte formidler materiale som krenker opphavsrett, skal internettilbyderne etter forslaget kunne pålegges å hindre tilgangen til det ulovlige innholdet. De aktuelle sanksjonene i den forbindelse er blokkering og sletting av nettsider (regler som innebærer at enkeltbrukeres internettilgang stenges, er derimot ikke aktuelt). Det foreslås strenge vilkår for at slike pålegg skal kunne gis. Det må være tale om nettsted som i stort omfang inneholder materiale som åpenbart krenker opphavsretten. I tillegg skal forholdsmessigheten av tiltaket vurderes – pålegg kan bare gis hvis det samlet sett fremstår som forholdsmessig. Det skal altså foretas en bred interesseavveining, der det bl.a. skal tas hensyn til ytrings- og informasjonsfriheten. Både internettilbyderne og det aktuelle nettstedet skal gis anledning til å uttale seg før vedtak treffes.

Departementet foreslår to alternativer for hvem som skal kunne gi internettilbyderne slike pålegg. Det presiseres at forslagene er ment å være alternativer til hverandre, slik at bare det ene (ikke begge) tenkes innført. I alternativ 1 legges kompetansen til å fastsette pålegg til Medietilsynet. Medietilsynets vedtak skal kunne påklages til en uavhengig klagenemnd. Klagenemndas vedtak vil kunne bringes inn for de alminnelige domstoler, som skal kunne prøve alle sider av saken. I alternativ 2 legges kompetansen i stedet til domstolene, ved at domstolenes eksisterende adgang til å fastsette slike pålegg utvides og klargjøres i en ny lovbestemmelse. Departementet drøfter forslagene i lys av forpliktelsen i EUs opphavsrettsdirektiv¹ artikkel 8.3, som fastsetter at rettighetshavere skal ha mulighet til å kreve et rettslig pålegg mot et mellomledd (f.eks. en internettilbyder) om å bringe en opphavsrettskrenkelse til opphør når mellomleddets tjenester benyttes av en tredjepart til å begå slike krenkelser. Etter departementets syn oppfyller begge alternativene kravene i opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3, og begge alternativene klargjør gjennomføringen.

I tillegg drøftes om det bør gis lovregler knyttet til ordninger med informasjons- eller varselbrev – brev der abonnenten informeres om at det er registrert at abonnementet er brukt til opphavsrettskrenkelser, og eventuelt opptrapping i virkemiddelbruken hvis krenkelsene ikke opphører etter at (flere) brev er mottatt. Etter en samlet vurdering heller departementet i retning av at det ikke bør foreslås noen slik lovgivning på det nåværende tidspunktet, men som det fremgår under pkt. 4.3 er departementet åpen for synspunkter på denne vurderingen.

1.1.2 Introduksjon til åndsverklovens rettigheter og system

Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) gir opphavsmenn og nærstående rettighetshavere vern for sine verk og prestasjoner. Opphavsrett er bl.a. begrunnet i å sikre opphavsmenn muligheter til å få et økonomisk utbytte av sitt skapende arbeid. En grunntanke er at opphavsrett vil stimulere kreativitet

¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet

og åndsproduksjon i samfunnet. Hvis opphavsmenn ikke hadde muligheten for økonomisk utbytte av sine verk, hadde de ikke hatt de samme incentivene til skapende arbeid. Lovens vern er altså ikke bare begrunnet i hensynet til den enkelte opphavsmann, men også i at skapende virksomhet er i samfunnets interesse.

Åndsverkloven beskytter også innsatser/prestasjoner som ikke kan betegnes som åndsverk, men som har en tilknytning til åndsverkene og opphavsretten – de såkalte nærstående rettigheter. Disse tilkommer blant andre utøvende kunstnere, produsenter av lydopptak og film og kringkastingsselskaper.

Opphavsrett gir i utgangspunktet en enerett til å fremstille eksemplarer av verket og å gjøre det tilgjengelig for allmennheten, jf. loven § 2. Bruk av verk som faller inn under eneretten krever samtykke fra opphavsmannen, med mindre bruken kan hjemles i andre regler, jf. nedenfor. Eneretten gjelder uavhengig av hvordan eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring skjer, og omfatter følgelig også bruk av verk ved hjelp av digital teknologi (som digital kopiering og tilgjengeliggjøring på nett). Åndsverk i digital form har altså like sterk rettslig beskyttelse som åndsverk i analog form. Etter loven kapittel 5 er et tilsvarende vern som loven gir opphavsmenn i stor grad gitt til nærstående rettighetshavere. Overtredelse av åndsverkloven kan medføre straff og erstatning, jf. loven §§ 54 og 55, og det kan i tillegg nedlegges forbud mot fortsatt overtredelse (forbudsdom). Dette gjelder også medvirkning til overtredelse, jf. § 54 tredje ledd.

Hensynet til rettighetshaverne må imidlertid avveies mot andre interesser. I åndsverkloven kapittel 2 er det gitt en rekke regler som avgrenser opphavsmannens rettigheter. Disse kan ha noe ulike formål, men er i hovedsak begrunnet i samfunnets og brukernes interesser i at åndsverk er tilgjengelig. Eksempler på dette er adgangen til å kopiere til privat bruk, retten til å sitere fra verk og mulighet for bruk av verk i undervisning. Avgrensningsreglene er i stor grad også gitt anvendelse for nærstående rettigheter. Lovgivningens oppgave er å finne en rimelig balanse mellom de ulike interesser den skal ivareta.

Det har i lang tid vært et utstrakt internasjonalt samarbeid på opphavsrettsområdet, som har resultert i flere konvensjoner og andre internasjonale avtaler. Den viktigste internasjonale konvensjonen er Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk. Denne konvensjonen ble inngått i 1886, og har etter dette vært revidert flere ganger. For vern av nærstående rettigheter er det særlig grunn til å nevne Romakonvensjonen av 1961. Konvensjonen gir vern for utøvende kunstnere, fonogramprodusenter og kringkastingsselskap. Disse konvensjonene er tiltrådt av en rekke land, bl.a. Norge. I EU har det blitt vedtatt flere (til sammen syv) direktiver på opphavsrettsområdet, og alle disse er gjennomført i norsk lovgivning. Det er varslet at det vil komme ytterligere EU-direktiver på området.

1.1.3 Om ulovlig fildeling og andre opphavsrettskrenkelser på nett

Som følge av den teknologiske utviklingen kan opphavsrettslig beskyttet innhold formidles i et helt annet omfang enn tidligere. Dette har mange positive sider – blant annet økt tilgang til åndsverk – men innebærer også store utfordringer ved at det blir vanskelig for rettighetshaverne å kontrollere bruken av opphavsrettsbeskyttet innhold og håndheve

sine rettigheter. Distribusjon av opphavsrettsbeskyttet innhold på Internett uten samtykke fra rettighetshaverne utgjør en stor trussel mot rettighetshavernes legitime interesser.

Opphavsmannen har som nevnt enerett til å gjøre sine verk tilgjengelig for allmennheten. Dette gjelder selvfølgelig også på Internett – eneretten er teknologinøytral og gjelder uavhengig av hvordan tilgjengeliggjøringen skjer. Når et verk uten opphavsmannens samtykke legges ut på en nettside som er tilgjengelig for allmennheten, vil det følgelig være et brudd på åndsverkloven § 2. Hvis det ikke foreligger samtykke eller annet rettslig grunnlag, vil altså selve utleggingen av verket på nett være en ulovlig tilgjengeliggjøring i strid med opphavsmannens enerett. Dette gjelder uavhengig av om det skjer noen etterfølgende eksemplarframstilling ved nedlasting av verket. I opphavsrettslig forstand er dette separate handlinger som må vurderes selvstendig.

Dette viser seg bl.a. ved tjenester der brukerne får tilgang til verket ved strømming (streaming). Her overføres innholdet uten at det lagres en varig kopi lokalt hos brukeren, og det vil neppe skje en eksemplarframstilling som omfattes av eneretten, jf. § 11a som unntar framstillingen av visse midlertidige eksemplarer. Den enkelte internettbruker som strømmer (streamer) et verk til sin datamaskin, vil altså ikke begå et opphavsrettsbrudd selv om verket er gjort tilgjengelig for slik bruk uten opphavsmannens samtykke. (Kravet om såkalt lovlig kopieringsgrunnlag gjelder bare for framstilling av eksemplarer til privat bruk etter § 12, jf. bestemmelsen i fjerde ledd.) Like fullt vil den som har gjort verket tilgjengelig på Internett ha overtrådt åndsverkloven.

Distribusjon av opphavsrettsbeskyttet innhold på nett uten rettighetshavernes samtykke kan altså skje på ulike måter. Ulovlig fildeling kan betegnes som en av hovedformene for nettkrenkelser. Med ulovlig fildeling menes opplasting og/eller nedlastning av rettighetsbeskyttet materiale til eller fra Internett uten rettighetshavers samtykke. Slik aktivitet er klart forbudt etter åndsverkloven – opplasting innebærer tilgjengeliggjøring for allmennheten, mens nedlastning av opphavsrettsbeskyttet innhold innebærer eksemplarframstilling (som ikke er tillatt etter § 12 når kopieringsgrunnlaget er ulovlig). Begge deler faller inn under rettighetshavernes enerett, jf. ovenfor. Likevel er ulovlig fildeling svært utbredt. Det er mange typer beskyttet innhold som distribueres ved ulovlig fildeling, bl.a. film, tv-serier, musikk, bøker, lydbøker og dataspill.

Teknologien som benyttes til fildeling er i stadig utvikling. Tidligere var det vanlig at filer ble delt ved at innhold ble lastet opp til en sentral tjener (server), eller at det på den sentrale tjeneren fantes lenker til filenes plassering på andre servere. Innholdet kunne så lastes ned ved å gå inn på en bestemt hjemmeside. Etter hvert utviklet det seg nye teknologiske løsninger for å dele filer uten at en sentral tjener behøver å lagre materialet som deles. Bruker-til-bruker-teknologi (peer-to-peer-teknologi) innebærer at brukerne kan dele filer direkte seg i mellom. Dette gjøres mulig ved at brukerne installerer et nettverksprogram som gjør dem i stand til å kommunisere direkte seg i mellom og få oversikt over hvilke filer som finnes hos andre brukere.

Det finnes ulike typer peer-to-peer teknologi, men den mest kjente og utbredte protokollen² for denne typen fildeling er ”BitTorrent”. BitTorrent-protokollen gjør det mulig å dele filer ved at en stor mengde PC-er (klienter) samarbeider om delingen, i stedet for at innholdet lastes ned fra en sentral tjener. En BitTorrent-klient som ønsker å tilby andre klienter en fil annonserer dette i form av en ”torrent”. En torrent er en liten fil som inneholder diverse metadata om den filen klienten ønsker å gjøre tilgjengelig for andre BitTorrent-klienter. En samling av BitTorrent-klienter som samarbeider om å dele en fil kalles gjerne for en ”sverm”. En stor fordel med denne teknologien er at belastningen og båndbredden som benyttes til fildelingen fordeles på et stort antall brukere. Dette gir en mer effektiv utnyttelse av nettet og gjør det mulig å dele selv store filer hurtig og effektivt.

Selv om BitTorrent-protokollen muliggjør deling direkte mellom klientene, forutsetter fildeling ved hjelp av BitTorrent at det finnes minst en sentral tjener i form av en såkalt ”tracker”. Dette er en sentral tjener som koordinerer kommunikasjonen mellom BitTorrent-klientene i en swerm. Den primære oppgaven for en tracker er å utlevere informasjon til BitTorrent-klienter om hvilke *andre* klienter en bestemt torrent er tilgjengelig fra. Når en bruker ønsker tilgang til en bestemt fil må den registrere seg hos denne trackeren. Brukeren vil da få beskjed om hvilke andre klienter som for øyeblikket deltar i svermen og som filen kan lastes ned fra. Samtidig vil brukeren selv bli registrert som medlem av svermen slik at andre kan laste ned filen fra denne nye klienten. I motsetning til eldre typer fildeling er den sentrale tjeneren (trackeren) i et BitTorrent-nettverk ikke selv vert for innholdet som deles – den er kun ansvarlig for å administrere svermen.

I tillegg til en tracker vil brukere av BitTorrent som regel ha behov for å få vite hvilke filer som er tilgjengelig og hvor de finnes. Til dette benytter de seg av en søkemotor som har en ”indeks” for de torrent-filer som for øyeblikket er tilgjengelig. En slik søkemotor kalles for en BitTorrent-indeks. Teknisk sett kan en tjener opptre som indeks uten å være en tracker og vice versa, men svært mange av de mest kjente fildelingsnettstedene (som for eksempel *The Pirate Bay*) tilbyr begge funksjoner (dvs. at de fungerer *både* som tracker og indeks).

I forbindelse med ulovlig fildeling finnes det altså flere aktører som er involvert på ulike måter. En første gruppe er de enkelte fildelere som deler beskyttet innhold mellom seg. En andre gruppe er de som legger til rette for virksomheten ved å opprette og drive systemer som benyttes til ulovlig fildeling (fildelingsnettsteder o.l.). Disse vil etter omstendighetene kunne holdes ansvarlig for medvirkning til opphavsrettskrenkelser, slik som resultatet ble ved første- og andreinstansbehandlingene i svenske domstoler i saken mot sentrale personer bak fildelingsnettstedet *The Pirate Bay* (dommen er ikke rettskraftig). En tredje gruppe med langt fjernere tilknytning, er internettilbydere o.l. som på ulike måter kan være involvert i den tekniske formidlingen av innholdet. Disse vil ofte være omfattet av ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven §§ 16-18.

² Regler som bestemmer hvordan programmer/maskiner i et datanettverk skal snakke sammen.

Fildelingsteknologi kan benyttes til både lovlige og ulovlige formål. Enkelte har fremhevet fildelingens verdiskapnings- og innovasjonspotensial. Til dette vil departementet bemerke at det må skilles mellom selve fildelingsteknologien og innholdet som distribueres ulovlig. Når det gjelder fildelingsteknologien, har den ulovlige virksomheten også vært en driver for teknologisk innovasjon. Fildelingsteknologier som BitTorrent har blitt tatt i bruk også i lovlige virksomheter, for eksempel NRKs nettsjenester. Det stiller seg annerledes for innholdet som formidles – dvs. ulovlig deling av opphavsrettsbeskyttet materiale. Her er det ikke på samme måte treffende å tale om et verdiskapnings- eller innovasjonspotensial i at skaperne av innholdet samt utøvere og produsenter og andre som investerer i slikt innhold, ikke får betalt.

Dagens situasjon er preget av liten risiko for å bli tatt for ulovlig fildeling. For selv om forbudet er klart, har effektiv håndheving vist seg vanskelig. Overtredelse av åndsverkloven kan i utgangspunktet forfølges både strafferettslig og sivilrettslig. Selv om politi og påtalemyndighet har de lovhyemlene som skal til for å forfølge denne type saker (for eksempel mulighet til å få utlevert identiteten til mistenkte fildelere), har det strafferettslige sporet vist seg ineffektivt. Politiet har ikke ressurser til å følge opp mer enn et fåtall saker. Ved ”analoge” opphavsrettskrenkelser har sivilrettslig håndheving tradisjonelt blitt benyttet. Nettkrenkelser har imidlertid særtrekk som vanskeliggjør sivilrettslig håndheving. Det er særlig grunn til å nevne to forhold. For det første innebærer mulighetene til å opptre anonymt på nettet at det er vanskelig for rettighetshaverne å identifisere overtrederen og finne ut hvem krav skal rettes mot. For det andre kompliseres slik håndheving av at virksomheten i stor grad skjer over landegrensene. Det vil for eksempel ikke være enkelt å gjennomføre en rettslig prosess overfor et utenlandsk nettsted. Departementet mener at rettighetshaverne bør ha muligheter for å håndheve sine rettigheter på Internett, og at ulike tiltak mot ulovlig fildeling og andre nettkrenkelser derfor bør vurderes.

1.1.4 Andre sentrale hensyn. Avgrensning av forslaget

En grunnleggende forutsetning for departementets arbeid er at tiltak som foreslås for å klargjøre og styrke håndhevingsmulighetene på dette området, skal være balanserte slik at andre hensyn som gjør seg gjeldende blir ivaretatt. Særlig hensynene til personvern, rettssikkerhet og ytringsfrihet er sentrale.

Departementet vil ikke foreslå tiltak som kan medføre at enkeltpersoner mister tilgangen til eller utestenges fra Internett. Slike tiltak ville etter departementets oppfatning være urimelig tyngende overfor de som blir rammet.

Utestengelse ville for det første kunne virke urimelig overfor krenkeren selv, idet det kan stilles spørsmål ved om en såpass vidtrekkende reaksjon ville stå i forhold til krenkelsen, også når denne har vært grov. Utestengelse fra Internett ville ikke bare hindre brukeren i å foreta handlinger som er i strid med opphavsretten, men også hindre all annen nettbruk, også den lovlige. I dagens samfunn betyr dette at brukeren ville bli utestengt fra en rekke nødvendige tjenester. På mange måter ville det ekskludere brukeren fra å delta som samfunnsborger på en normal måte.

Ikke minst ville slike tiltak kunne virke urimelig overfor uskyldige tredjeparter og deres legitime interesser – tiltakene kunne fått karakter av ”kollektiv avstraffelse”: En sanksjon om utestengelse ville rammet alle brukerne som er knyttet opp til et internettabonnement, for eksempel en hel familie, selv om ikke alle har hatt noe med opphavsrettskrenkelsene å gjøre.

Også i et ytrings- og informasjonsfrihetsperspektiv ville slike sanksjoner være betenkelige. Dette er også noe av bakgrunnen for den nye bestemmelsen artikkel 1.3.a i EUs rammedirektiv for elektronisk kommunikasjon, jf. nedenfor i pkt. 3.1.4.1.

Utestengelse fra Internett vil i det følgende ikke bli drøftet som aktuell reaksjon mot krenkelse av opphavsrett. I pkt. 3.2.4.3 vil utestengelse som sanksjon avvises og det vil også bli avgrenset mot at andre typer av sanksjoner skal kunne ha utestengelse som følge.

1.1.5 Nye forretningsmodeller

Ny teknologi innebærer nye muligheter. I dag spres og mottas informasjon i et omfang og med en hurtighet vi for få år siden knapt kunne forestille oss. Mulighetene er betydelige, men den nye teknologien medfører også noen utfordringer. Kultur- og mediekonsumet flyttes til nye digitale plattformer. Dette innebærer nye former for distribusjon av innhold. Endrede bruksmønstre medfører at etablerte forretningsmodeller og verdikjeder i kulturnæringene opplever sviktende inntekter. Samtidig ser man en vekst i ulovlig distribusjon av opphavsrettsbeskyttet materiale.

For å løse problemene med den ulovlige distribusjonen er det etter departementets syn helt avgjørende at det utvikles attraktive og lovlige tjenester. Dette er et ansvar som i hovedsak påhviler aktørene i bransjen – og som ikke kan løses ved lovendringer.

De lovlige tjenestene må for brukerne oppleves som gode. Bl.a. bør de kunne konkurrere med de ulovlige tjenestene når det gjelder brukervennlighet. For eksempel kan lovlig ervervet innhold som er låst til bestemte plattformer bryte med forbrukernes forventninger til produktet, og kan dermed oppleves som mindre attraktivt. Videre bør tjenestene i større grad legge til rette for at brukere uten kredittkort, for eksempel ungdom, også kan gjennomføre transaksjoner på Internett. Bransjen må etter departementets vurdering bidra til å utvikle betalingsløsninger som er praktikable også for denne viktige gruppen.

I den senere tid er det lansert flere lovlige tilbud som har blitt godt mottatt blant brukerne. Spesielt gjelder dette på musikkområdet, med eksempelvis strømmingstjenestene WiMP og Spotify. Etter departementets syn er det imidlertid et stort utviklingspotensiale for tjenester innenfor film, bøker og spill.

Det er likevel vanskelig å se for seg at lovlige tjenester alene kan redusere den ulovlige fildelingen i tilfredsstillende omfang. Selv om det utvikles gode lovlige tjenester vil det være vanskelig å konkurrere med det som ulovlig tilbys gratis. En tilfredsstillende reduksjon av den ulovlige aktiviteten forutsetter derfor også muligheter for rettighetshavere til å håndheve opphavsrettskrenkelser som skjer på Internett. Slike muligheter foreslås i dette høringsnotatet. Etter departementets vurdering vil forslagene

også kunne stimulere til utvikling og investering i nye lovlige tjenester, noe som på sikt kan gi rettighetshaverne økte inntekter.

1.2 Nærmere om bakgrunnen for forslaget

Problemstillingene rundt opphavsrett i et digitalt samfunn er viktige for regjeringen. I regjeringens politiske plattform for 2009-2013 (Soria Moria II) side 62 heter det bl.a. at ”Regjeringen vil [...] gjennomgå hvordan opphavsretten, kunstnernes inntekter og rettigheter kan sikres i møte med digital spredning av kunst og kultur.”

Rettighetshaverne bør sikres rimelige og effektive midler til å håndheve sine rettigheter etter åndsverkloven gjennom sivilrettslige virkemidler også når krenkelsene skjer på Internett. Samtidig må rettighetshavernes interesser avveies mot andre hensyn som berøres av slik håndheving. Hensyn til personvern, rettssikkerhet, informasjons- og ytringsfrihet står her sentralt. Det grunnleggende spørsmålet er derfor hvordan opphavsrett kan vernes i en digital verden på en måte som ivaretar disse hensynene. Virkemidlene for rettighetshåndheving bør være formålstjenelige, men samtidig balanserte og ikke uforholdsmessige. Utfordringen er å finne løsninger som ivaretar både rettighetshavere og forbrukere, som stimulerer til lovlig bruk, og som reduserer omfanget av ulovlig bruk.

Før de ulike temaene i høringsnotatet behandles nærmere, vil departementet i det følgende redegjøre kort for sammenhengen og bakgrunnen for lovforslaget.

1.2.1 Helhetlig revisjon av åndsverkloven

I Kulturdepartementet arbeides det med en helhetlig revisjon av åndsverkloven. Åndsverkloven skal gjennomgås og gjøres enklere tilgjengelig for alle brukere av loven. Både språkbruk og oppbyggingen av loven skal vurderes på nytt. Det skal også vurderes enkelte endringer av regelverket på bakgrunn av utviklingen siden den siste større revisjonen i 2005. Det viktigste formålet er å opprettholde balansen mellom rettighetshavernes og brukernes interesser – og at denne balansen kommer klart og tydelig frem. Arbeidet med revisjonen av hele loven skal fortsette i 2011.

Spørsmål rundt håndheving av ulovlig fildeling og andre nettkrenkelser av opphavsrett er en naturlig del av dette arbeidet. Departementet har imidlertid besluttet å skille ut disse spørsmålene fra det øvrige lovarbeidet, og sender derfor ut et eget høringsnotat om dette temaet. Bakgrunnen er at dette ikke bør forsinkes av andre problemstillinger på området. Det er blant annet varslet EU-direktiver som kan få innvirkning på det øvrige lovarbeidet.

1.2.2 Referansegruppe

Kulturdepartementet oppnevnte 26. februar 2010 en referansegruppe for vurdering av problemstillinger knyttet til ulovlig fildeling. Gruppen skulle fungere som referanse for departementets arbeid med revisjonen av åndsverkloven, og fikk i oppgave å se på mulige tiltak som kan begrense den ulovlige fildelingen og samtidig stimulere til økt bruk av lovlig tjenester.

Ifølge mandatet³ skulle referansegruppen særlig vurdere følgende fire punkter:

- Hvorvidt nåværende håndhevelsesmuligheter for opphavsrettskrenkelser på Internett er tilstrekkelig og gi innspill om mulige tiltak som kan avhjelpe eventuelle mangler. Gruppen skulle i den forbindelse ta for seg hele tidslinjen fra undersøkelsesstadiet til den formelle rettslige prosessen.
- Muligheten til å lansere ”mykere” metoder for å redusere ulovlig fildeling.
- På hvilke måter ulike forretningsmodeller, herunder betalingsmodeller og forholdet mellom aktørene i bransjen, kan bidra til å motvirke ulovlig fildeling.
- Andre tiltak som kan fremme den lovlige handelen med kreativt innhold på Internett.

Det ble avholdt seks møter (hvorav ett heldagsmøte) i perioden 11. mars til 2. juni 2010. Også eksterne innledere som KRIPOS, Produsentforeningen, Elektronisk Forpost Norge (EFN) og Fribit ble gitt anledning til å presentere sine synspunkter for referansegruppen.

Blant referansegruppens medlemmer var det delte meninger om de fleste løsningsmodeller som ble diskutert. Selv om det ikke ble laget noen avsluttende rapport e.l. fra møterekken, har departementet i arbeidet med høringsnotatet tatt med seg de ulike synspunktene som kom frem i referansegruppen. Det presiseres imidlertid at forslagene i høringsnotatet ikke gir uttrykk for anbefalinger fra referansegruppen.

1.2.3 Høringsmøte

Kulturdepartementet avholdt 14. juni 2010 et åpent høringsmøte om ulovlig fildeling. Hovedtemaet for høringsmøtet var håndhevingstiltak mot ulovlig fildeling og aktuelle lovendringer i den forbindelse. Selv om referansegruppen var bredt sammensatt, var det ikke mulig å ta med alle som ønsket å delta. Formålet med høringsmøtet var derfor å få innspill og synspunkter fra en større krets.

1.2.4 Andre land

Det er valgt en rekke ulike løsninger for å motvirke at opphavsretten krenkes på Internett. I det følgende vil departementet kort gå gjennom aktuell gjeldende rett i Norden samt i noen andre europeiske land. Det vil også bli referert til andre lands rett under de enkelte forslagene i høringsutkastet.

Danmark

Dansk opphavsrettslov gjelder også for krenkelser på Internett. Til forskjell fra de øvrige nordiske land vil internetttilbydere i Danmark ha et selvstendig ansvar for de midlertidige eksemplarer som fremstilles ved internettbruk, se også nedenfor pkt. 3.1.2.

³ <http://www.regjeringen.no/upload/KKD/Mandat.pdf>

Rettslig forføyning kan dermed kreves etter de alminnelige rettspleiereglene. Etter dansk rettspraksis kan slik forføyning innebære at internetttilbydere pålegges å hindre krenkelser fra egne abonnenter, samt tilgang til nettstedet som tilbyr ulovlig innhold.

I desember 2009 ble det nedsatt et utvalg om ”opphavsrettigheter på internettet”. Utvalget ble nedsatt for å undersøke mulighetene for å lette håndhevingen av opphavsrettigheter på Internett og vurdere rettssikkerhetsmessige spørsmål knyttet til dette. Blant annet skulle utvalget undersøke mulighetene for å demme opp for piratkopiering på Internett, og spesielt vurdere utbredelsen av ulovlig fildeling. Tiltak og konkrete modeller for å bidra til å styrke håndhevingen på Internett skulle i den forbindelse vurderes.

I tillegg skulle utvalget drøfte hvordan man kan stimulere til økt utbredelse av nye forretningsmodeller og lovlige tjenester, samt aktuelle informasjonstiltak overfor internettbrukere.

Utvalget avga sin rapport⁴ 14. april 2011. I rapporten foreslår utvalget en ny ordning (”brevmodellen”) hvor rettighetshaverne ved hjelp fra internetttilbyderne sender ut fysiske informasjonsbrev til internettabonnenter som kan knyttes til ulovlig fildeling. Etter forslaget skal brevene kun være informasjonsbrev uten noen form for sanksjoner. Internetttilbyderen skal imidlertid undersøke om en abonnent tidligere har mottatt informasjonsbrev. Ved rettighetshavers anmodning om å sende ut et tredje brev til en og samme abonnent, skal internetttilbyderen istedenfor å sende ut brevet gi beskjed til rettighetshaveren om at abonnenten fra før av har mottatt to brev. Identiteten til vedkommende abonnent avsløres imidlertid ikke, og rettighetshaveren må på bakgrunn av de nye opplysningene selv avgjøre om det er grunnlag for å gå til domstolene for å få utlevert identiteten.

Den foreslåtte ordningen skal være et alternativ til alminnelige rettshåndhevelsesmuligheter. I en eventuell senere rettsak er rettighetshaver avskåret fra å gjøre krav gjeldende i forbindelse med de krenkelser som foranlediget de to første informasjonsbrevene.

Det legges opp til at ordningen skal være tidsbegrenset i en periode på tre år, med mulighet videreføring etter dette tidspunkt. Kostnadene med ordningen er for perioden estimert til DKK 10 millioner⁵. Utvalget ble imidlertid ikke enige om finansieringen av den foreslåtte ordningen.

Den danske regjeringen har allerede signalisert at de støtter utvalgets forslag om etableringen av en ordning med informasjonsbrev og vil derfor utarbeide et lovforslag om dette. Regjeringen foreslår at rettighetshaverne og internetttilbyderne dekker sine egne kostnader ved ordningen. I tillegg må rettighetshaverne dekke portoutgiftene ved utsendelse av brevene.

⁴ <http://kum.dk/servicemenu/publikationer/2011/ophavsrettigheder-pa-internettet/>

⁵ Beregnet ut fra at det årlig skal sendes ut 50 000 brev. Kostnadsanslaget begrenser seg til kostnadene ved å finne identiteten til abonnenten. I tillegg kommer kostnader knyttet til fysisk utsendelse (papir, porto og arbeidskraft) samt rettighetshavers kostnader til å registrere IP-adresser som blir brukt til ulovlig fildeling.

Finland

Den finske opphavsrettsloven §§ 60a-60c inneholder regulering med formål å forebygge/forhindre adgang til opphavsrettslig krenkende materiale. Paragraf 60a regulerer rettighetshaverens mulighet til å få opplysninger fra en internettilbyder om en abonnent som gjør opphavsrettslig beskyttet materiale tilgjengelig uten rettighetshavernes samtykke. Rettighetshaveren kan ved en rettslig kjennelse få utlevert navn og adresse på en abonnent. Det er rekvirenten (rettighetshaveren) som betaler omkostningene for domstolen. Paragraf 60b gir rettighetshaverne mulighet til å gå til domstolene for få stoppet enkeltpersoners antatte opphavsrettskrenkelser, i form av tilgjengeliggjøring av materiale (opplasting).

Det følger av § 60c at domstolene på oppfordring fra rettighetshaveren kan legge ned forbud mot en antatt krenkelse, dersom visse betingelser er oppfylt og hvis det er klart at rettighetshavernes rettigheter ellers kan bli betydelig krenket eller skadet. Internettilbyderen skal da stoppe tilgjengeliggjøring av det krenkende materialet. Dersom krenkelsene ikke opphører, kan internettilbyderen bli ilagt bøter.

På anmodning fra rettighetshaveren kan domstolen legge ned et midlertidig forbud for å stanse tilgjengeliggjøring av materiale som krenker opphavsretten. Dette kan skje uten at den antatte krenker er hørt hvis det anses å være nødvendig for å unngå tap av tid. Det midlertidige forbudet blir opphevet hvis det ikke anlegges sak innen en måned. Dersom sak om et midlertidig forbud blir avvist eller saken av andre grunner ikke kan føres, så skal rekvirenten av forbudet betale erstatning.

I september 2008 inviterte den finske undervisnings- og kulturministeren en gruppe eksperter til såkalte ”bransjesamtaler”, dvs. en møterekke der det ble diskutert hvordan Finland kunne fremme elektronisk handel med opphavsrettslig beskyttet materiale og belyse mulighetene til å redusere ulovlig fildeling på Internett. I mai 2009 ble det nedsatt en embetsmannsgruppe med formål å utrede om det var nødvendig med lovendringer for å sende ut varselbrev til internettabonnenter med IP-adresser som blir benyttet til ulovlig fildeling.

Embetsmannsgruppen kom med to forslag:

- Opphavsrettsloven bør tillate at navn og adresse på personer (jf. § 60a) som står bak IP-adresser som har blitt brukt til ulovlig fildeling kan sikres/lagres, dersom det er risiko for at informasjonen ellers kan gå tapt.
- Lov om privatlivets fred i den elektroniske kommunikasjonssektor endres slik at det blir mulig for internettilbydere å sende ut brev til sine abonnenter om antatte opphavsrettskrenkelser på abonnentens internettforbindelse.

En lovproposisjon ble fremmet for den finske riksdagen i oktober 2010, med planlagt ikrafttredelse våren 2011. Forslaget gir internettilbyderne en plikt til å sende ut brev til sine abonnenter på vegne av rettighetshaverne. Internettilbyderen skal kun formidle brevene – være ”postkontor” – fra rettighetshaverne til abonnentene. Abonnentens personopplysninger forblir hos internettilbyderen og formidles ikke videre til rettighetshaverne. Loven foreslås også endret slik at en domstol skal kunne be

internettilbyderen om å få abonnentsopplysninger i en konkret sak. Formålet med dette er å forhindre at opplysningene forsvinner ut av internettilyderens system før domstolsbehandlingen er avsluttet.

Island

I juni 2010 vedtok Alltinget endringer i den islandske opphavsrettsloven.

Det er i en ny bestemmelse i § 59 a bl.a. gitt anledning til å be om midlertidig forføyning overfor en internettilyder som lagrer eller på annen måte formidler innhold som krenker opphavsretten, uavhengig av tilbyderens selvstendige ansvar.

Sverige

Den svenske immaterialrettslovgivningen hjemler at rettighetshavere kan gå til sak ved opphavsrettskrenkelser, også for krenkelser ved bruk av Internett, ved å reise krav for domstolene om erstatning.

Ved gjennomføring av håndhevingsdirektivet⁶ ble det innført regler om at rettighetshavere kan be domstolen om en rettslig kjennelse, som pålegger internettilyderne å utlevere navn og adresse på de personer som står bak en IP-adresse som er blitt brukt til ulovlig fildeling. Det er ikke noen forutsetning for utlevering av opplysningene at de skal brukes i en rettssak. Domstolen treffer avgjørelsen konkret i hvert enkelt tilfelle.

Sveriges regjering ønsker ikke å stenge enkeltpersoners internettforbindelse pga. ulovlig fildeling. En slik sanksjon var blitt foreslått i den såkalte Renfors-utredningen, men ble altså ikke fulgt opp.

Det er satt i gang en utredning for å kartlegge virkningen av de nye reglene om utlevering av navn og adresser på personer bak IP-adresser. Det skal bl.a. undersøkes i hvilken grad bestemmelsene brukes til utsendelse av varselbrev til abonnenter, samt til å innlede rettssak.

Sverige har ingen lovgivning som påbyr videresending av varselbrev. Derimot innebærer de nye bestemmelsene om håndheving at rettighetshaveren har mulighet til å få adgang til personopplysninger om innehaveren av et internettabonnement som påstås å ha blitt brukt til en opphavsrettskrenkelse. Rettighetshaveren kan da velge å sende et brev til internettabonnenten i stedet for eller før en går til sak.

I januar 2008 utpekte den svenske påtalemyndigheten to anklagere som fikk det nasjonale ansvaret for å håndtere immaterialrettslige lovovertridelser. De to anklagerne arbeider utelukkende med slike saker og har siden 1. januar 2010 tilhørt stadsadvokatembetet for internasjonal kriminalitet. Det er også etablert egne grupper innen politiet som skal bistå anklagerne i etterforskningen. I 2008 mottok anklagerne 50 anmeldelser om immaterialrettskrenkelser, i 2009 70 anmeldelser, og i første halvår 2010 55 anmeldelser. 70 % av anmeldelsene gjelder opphavsrett og 70 % av disse igjen gjelder ulovlig fildeling.

⁶ Direktiv 2004/48/EF

De fleste av sakene er fortsatt under behandling, bl.a. pga. langvarige tekniske undersøkelser.

Frankrike

Den franske ”lov om beskyttelse av immaterialrett på internett” (Hadopi-loven) er første del av et to-delt initiativ fra myndighetene med formål å verne opphavsrett på nettet og begrense omfanget av ulovlig fildeling og piratvirksomhet. Den andre del av initiativet er informasjonsarbeid samt å opprette og fremme lovlige nedlastingstjenester på nettet. Initiativet skal bidra til å sikre kultur- og underholdningsbransjen inntekter fra Internett.

Hadopi-loven tok mer enn tre års arbeid å ferdigstille i det franske parlamentet.

Lovgivningen omfatter identifikasjon, overvåkning og straff av internettbrukere. Det kan sendes varselbrev til internettbrukere som foretar ulovlig fildeling, og/eller som ikke har sikret sin egen internettforbindelse. Ordningen administreres av en egen myndighet som har gitt sitt navn til loven: Hadopi (Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet).

Hadopi-loven er bygget opp etter det såkalte ”three strikes”-prinsippet. Rettighetshavere sender rapporter til Hadopi om opphavsrettsbrudd på en internettbrukers IP-adresse. Hadopi vil deretter be internetttilbyderne om navn og adresse på abonnenten bak IP-adressen. Hadopi sender deretter brev til abonnenten der vedkommende gjøres oppmerksom på at den ulovlige aktiviteten må opphøre. I brevet blir det også informert om lovlige nedlastningstjenester, samt hvordan man kan sikre sin egen internettforbindelse mot andres ulovlige bruk. Dersom det innen seks måneder oppdages en ny opphavsrettskrenkelse som kan knyttes til samme abonnement sendes det et nytt brev, som nå inneholder en advarsel. Hvis den ulovlige bruken likevel fortsetter, kan saken bringes inn for domstolene. Internettbrukeren kan der idømmes bøtestraff og/eller sperring av internettforbindelsen i én måned, avhengig av sakens omfang. Hvis internettabonnenten gjentatte ganger bryter loven, kan vedkommende idømmes større bøter og inntil 3 års fengsel. Alle tre ledd i ordningen åpner for at internettabonnenten kan komme med skriftlige innsigelser til Hadopi. Rettighetshaverne får ingen opplysninger fra Hadopi om de avsendte varselbrevene. Hadopi foretar ikke selv en egen vurdering av den dokumentasjonen som rettighetshaverne rapporterer inn. Det er heller ingen automatikk i at alle anmeldelser fra rettighetshavere resulterer i utsending av varselbrev. Hadopi foretar en skjønnsmessig vurdering av hvilke typer opphavsrettskrenkelser som skal forfølges.

Hadopi-loven var – og er fortsatt – svært omdiskutert. I det opprinnelige forslaget var det lagt opp til sperring av brukernes internettforbindelse uten domstolsbehandling. Dette ble endret etter at det franske grunnlovsrådet fant at denne delen av forslaget var grunnlovsstridig. Det franske datatilsynet har også hatt loven til vurdering.

De første varselbrev ble sendt ut av Hadopi høsten 2010. Andre fase som inntreffer ved gjentatte brudd ble satt i verk i januar 2011. Den tredje fasen vil bli iverksatt i løpet av 2011.

Nederland

I Nederland gjelder de alminnelige prinsipper for håndheving av opphavsrett også på Internett. Imidlertid er det ikke ulovlig å laste ned opphavsrettslig beskyttet materiale fra nettet, det er bare opplasting som er ulovlig.

I forbindelse med gjennomføringen av håndhevingsdirektivet ble det innført hjemmel for å kreve at et mellomledd – for eksempel en internettilbyder – skal hindre tilgangen til en hjemmeside, hvis en tredjepart utnytter tilbyderens internetttjeneste til å krenke opphavsrett. Internettilbyderne kan bli ilagt ansvar der det ikke er grunn til å tvile på opplysningene (om krenkelsen) og hvis ikke tilbyderne så snart som mulig fjerner det opphavsrettskrenkende materialet eller blokkerer tilgangen til det.

Den nederlandske opphavsretsloven § 26d åpner for at en domstol kan pålegge et mellomledd – f.eks. en internettilbyder – å blokkere adgang dersom opphavsrett krenkes. Domstolen skal ta stilling til hvilken rolle internettilbyderen har i forbindelse med krenkelsen, kravets proporsjonalitet, hensynet til rettighetshaver samt eventuelle tap internettilbyderen vil lide som følge av forbudet. I tillegg hjemler opphavsretsloven mulighet for å få utlevert personopplysninger (navn og adresse mv.) om opphavsrettskrenkere fra internettilbydere.

I Nederland har offentlig sektor og organisasjoner i privat sektor inngått en avtale om et ”varsel og fjern”-system (”notice and takedown”), dvs. at internettilbyderne skal fjerne opphavsrettskrenkende materiale når rettighetshaverne gjør dem oppmerksom på ulovlig innhold på Internett. Avtalen er utformet som frivillige retningslinjer og skal hjelpe partene til å holde seg innenfor det eksisterende regelverket om fjerning av ulovlig materiale på anmodning fra tredjepart. Avtalen innebærer ikke nye forpliktelser for partene.

Internettabonnenter kan som følge av ”varsel og fjern”-prosedyren bli kontaktet av internettilbyderen med oppfordring om å gi informasjon eller om å fjerne innhold fra Internett. En slik henvendelse kan være i brevs form.

Storbritannia

I Storbritannia valgte regjeringen i første omgang å overlate til markedsaktørene å finne frem til en avtale om hvordan ulovlig fildeling skulle håndteres. Regjeringen varslet samtidig at hvis ikke en løsning ble funnet innen utgangen av 2007, så ville lovregulering bli vurdert. På regjeringens initiativ ble det satt i gang forhandlinger om en intensjonsavtale (”memorandum of understanding”) som resulterte i en prøveordning om utsendelse av varselbrev. Prøveordningen, som løp fra oktober til desember 2008, ble ikke fulgt opp av bransjen. Regjeringen valgte derfor å lovregulere i form av ”Digital Economy Act 2010” (DEA), som nå er vedtatt. Loven inneholder regler om at internettilbyderne på bakgrunn av opplysninger fra rettighetshaverne skal sende ut informasjonsbrev til abonnenter som fildeler ulovlig. To internettilbydere har anlagt sak mot myndighetene vedrørende gyldigheten av den nye loven.

DEA er oppdelt i to faser:

- 1- Samarbeid mellom rettighetshavere og tilbyderne om å sende ut informasjonsbrev til abonnenter som har foretatt opphavsrettskrenkende handlinger, og
- 2- Gjennomføring av tekniske tiltak med formål å forhindre eller redusere opphavsrettskrenkelser på internett.

I fase 1 introduserer DEA en rekke forpliktelser for internettilbyderne. Disse skal, når de har mottatt en melding fra en rettighetshaver om en antatt opphavsrettskrenkelse foretatt på en bestemt IP-adresse, føre en liste over meldinger tilknyttet det samme abonnementet. Rettighetshaverne kan kreve å få utlevert en kopi av denne listen. Denne kopien skal være anonymisert, dvs. uten personidentifikasjon av internettabonnentene, men med de relevante IP-adresser påført og med en angivelse av hvor mange meldinger som kan knyttes til et bestemt abonnement. Datatilsynet i Storbritannia har akseptert at personopplysninger i form av IP-adresser kan utleveres på denne måten. Opplysninger om navn og adresse på en abonnent kan kun kreves utlevert på grunnlag av en rettslig kjennelse. Internettilbyderen har plikt til å sende et varsel til den abonnent de har mottatt melding om fra rettighetshavere. Internettilbyderne kan få bøter dersom de ikke sender ut brevene. Utgiftene til gjennomføring av brevutsendelsen skal dekkes av rettighetshaverne (75 %) og internettilbyderne (25 %). Staten skal ikke bidra til finansieringen.

Mange av detaljene i den britiske brevordningen er overlatt til forhandlinger mellom rettighetshaverne og internettilbyderne, under tilsyn av den uavhengige myndigheten OFCOM (tilnærmet samme oppgaver som Medietilsynet og Post- og teletilsynet i Norge). Det skal utarbeides retningslinjer som skal fastsette kravene til innholdet i meldinger fra rettighetshaverne, herunder nødvendig bevismateriale, de opplysninger som internettilbyderne skal oppbevare, samt de krav som skal være oppfylt for at internettilbyderne skal sende en melding til internettabonnenter om en opphavsrettskrenkelse. Internettabonnentene vil også gis adgang til å klage sin sak inn for et uavhengig organ.

Den andre fasen av DEA går ut på at OFCOM skal avgi en rapport til UK Secretary of State. Denne rapporten skal vurdere hvilken virkning ordningen har hatt på ulovlig fildeling. Secretary of State kan da be OFCOM om å vurdere om iverksettelse av fase II er nødvendig. Fase II skal i tilfelle omfatte bruk av tekniske tiltak, som bl.a. kan begrense en brukers hastighet på internettforbindelsen, blokkere adgang til visse typer materiale, eller helt suspendere abonnentens internettilgang i en periode.

Før den andre fasen iverksettes skal den første fasens retningslinjer ha vært i kraft i minst 12 måneder. OFCOM skal ha kommet med rapporten om det vil være hensiktsmessig å sette i verk tekniske tiltak, og the Secretary of State må finne disse virkemidlene passende. I tillegg skal både House of Commons og House of Lords godkjenne iverksettelsen. Dessuten skal OFCOM utarbeide et eget regelverk for bruk av slike tekniske tiltak overfor internettabonnenter.

Det har for øvrig nylig blitt offentliggjort en rapport om immaterialrett og økonomisk vekst i Storbritannia: *Digital Opportunity – A Review of Intellectual Property and Growth*.⁷

2 Registrering av IP-adresser mv. og tilgang til identitet

2.1 Innledning

Rettighetshaverne har i utgangspunktet ikke tilgang til identiteten til personer som krenker opphavsrett m.m. på nett, for eksempel ved ulovlig fildeling. Et første skritt ved forfølgning av krenkelser er å finne ut hvilken IP-adresse som er benyttet ved krenkelsen. En IP-adresse er en unik adresse som tildeles ved oppkobling til Internett. I åpne nettverk er dette fritt tilgjengelig informasjon, men registrering og lagring av IP-adresser som er brukt til ulovlig aktivitet innebærer behandling av personopplysninger. Dette reiser spørsmål i forhold til personopplysningsloven, jf. nedenfor i pkt. 2.2.1.

IP-adresser kan være både faste (statiske) og dynamiske. Forskjellen er at en fast IP-adresse vil være den samme hver gang datamaskinen kobles til Internett (kan sammenlignes med et telefonnummer), mens en dynamisk IP-adresse kan være ulik ved hver oppkobling. Abonnenter med dynamiske IP-adresser kan i prinsippet få tildelt en ny IP-adresse fra internetttilbyderen hver gang de kobler seg til nettet. Hvor ofte en maskin med dynamisk IP-adresse faktisk bytter adresse vil variere fra tilbyder til tilbyder. Det er i dag praksis for at internetttilbydere som benytter dynamiske IP-adresser loggfører hvilke tidsrom en abonnent er tildelt en IP-adresse. Ønsker man å knytte en dynamisk IP-adresse til et bestemt abonnement, forutsetter dette tilgang til denne informasjonen.

For å kunne forfølge krenkelser er det ikke tilstrekkelig å ha informasjon om selve IP-adressen som er benyttet – det er også behov for informasjon om hvilken abonnent som kan knyttes til den aktuelle IP-adressen. Denne koblingen mellom IP-adresse og abonnent er ikke allment tilgjengelig informasjon. Rettighetshaveren vil imidlertid kunne spore IP-adressen til en bestemt internetttilbyder. Internetttilbyderen vil som nevnt normalt kunne finne ut hvilken abonnent som på et bestemt tidspunkt har anvendt en konkret IP-adresse, men slike abonnentopplysninger er underlagt tilbyderens taushetsplikt etter ekomloven⁸, jf. nedenfor pkt. 2.3.1. Rettighetshaveres adgang til å få utlevert identiteten bak en IP-adresse fra internetttilbyderen var tema i den såkalte Max Manus-saken, jf. kjennelse fra Høyesterett av 18. juni 2010 (Rt. 2010 s. 774). Hovedspørsmålet i saken var om tilgang til slike taushetsbelagte opplysninger kunne gis med hjemmel i tvistelovens regler om bevissikring utenfor rettssak, se nærmere om avgjørelsen i pkt. 2.3.1.1. Departementet vil vurdere om det bør gis regler i åndsverkloven om adgang til behandling av IP-adresser og tilgang til identiteten bak. Disse spørsmålene har nær sammenheng med hverandre,

⁷ <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>

⁸ Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon

ettersom tilgang til identiteten bak en IP-adresse forutsetter at den som gis tilgang i første omgang har kunnet registrere og lagre adressen (og informasjon om krenkelsen).

2.2 Registrering og annen behandling av IP-adresser

2.2.1 Gjeldende rett – personopplysningsloven

Tilgang til abonnentens identitet forutsetter som nevnt at rettighetshaverne har adgang til å registrere og lagre opplysninger om IP-adresser som er benyttet til opphavsrettskrenkelser på nett. Dette innebærer behandling av personopplysninger som faller inn under personopplysningsloven av 14. april 2000 nr. 31. Loven gjelder behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler, og annen behandling av personopplysninger når disse inngår eller skal inngå i et personregister, jf. § 3.

Det er fastsatt i personopplysningsloven § 8 at personopplysninger bare kan behandles dersom den registrerte har samtykket, eller det er fastsatt i lov at det er adgang til slik behandling, eller behandlingen er nødvendig for nærmere angitte formål. Med *personopplysning* forstås opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson, jf. § 2 nr. 1. Med *behandling av personopplysninger* forstås enhver bruk av personopplysninger, som for eksempel innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering eller en kombinasjon av slike bruksmåter, jf. § 2 nr. 2.

Personopplysningsloven skiller mellom personopplysninger og sensitive personopplysninger. I § 2 nr. 8 bokstav a til e defineres sensitive personopplysninger. Dette omfatter bl.a. at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for en straffbar handling, jf. bokstav b. Datatilsynet har lagt til grunn at opplysninger vedrørende IP-adresser som er benyttet til opphavsrettskrenkelser, er sensitive personopplysninger⁹. Personvernemnda har sluttet seg til dette standpunktet. Personopplysningsloven fastsetter strengere vilkår for behandling av sensitive personopplysninger. Av lovens § 9 fremgår det at sensitive personopplysninger bare kan behandles dersom behandlingen oppfyller ett av vilkårene i § 8, og i tillegg oppfyller ett av vilkårene i § 9 første ledd bokstav a til h. Forutsetningen er altså at både ett av grunnvilkårene i § 8 og ett av tilleggsvilkårene i § 9 må være oppfylt. Etter personopplysningsloven § 33 kreves det dessuten konsesjon fra Datatilsynet for å behandle sensitive personopplysninger.

Adgang til behandling av opplysninger om IP-adresser som er brukt til opphavsrettskrenkelser er etter gjeldende rett altså betinget av konsesjon fra Datatilsynet. Advokatfirmaet Simonsen har på vegne av rettighetshavere hatt en slik konsesjon fra Datatilsynet siden slutten av 2006¹⁰, men i vedtak av 22. juni 2009¹¹ avslo tilsynet å forlenge konsesjonen. Begrunnelsen for avslaget var manglende politisk avklaring når det

⁹ Brev av 25. oktober 2006: <http://www.datatilsynet.no/upload/Dokumenter/saker/2006/fildeling.pdf>.

¹⁰ Se konsesjonen: <http://www.datatilsynet.no/upload/Dokumenter/konsesjoner/06-941%20simonsen.pdf>

¹¹ Vedtaket: <http://www.datatilsynet.no/upload/simonsen.pdf>

gjelder hvilke virkemidler rettighetshavere skal kunne benytte. Tilsynet viser i vedtaket til sitt brev fra 2006 i saken, der det bl.a. gis uttrykk for at saken reiser prinsipielle spørsmål som tilsynet mener bør få en politisk avklaring. Det gis også uttrykk for at det etter tilsynets vurdering er behov for å endre åndsverkloven dersom det er politisk ønskelig at rettighetshavere skal ha mulighet til å forfølge brudd på åndsverkloven. I vedtaket om avslag hevder tilsynet at det nærmere tre år etter ikke har kommet noen politiske signaler på hvilke virkemidler rettighetshavere skal kunne benytte. På denne bakgrunn gis det avslag på søknaden om forlengelse av konsesjonen.

Datatilsynets vedtak ble påklagd til Personvernemnda, som i vedtak av 5. november 2010¹² tok klagen til følge og dermed forlenget konsesjonen. Om vurderingstemaet i saken uttaler nemnda:

”I denne saken har Datatilsynet i forbindelse med den første søknaden vurdert at det er grunnlag for å gi konsesjon. Datatilsynet har i forbindelse med den første konsesjonen foretatt den interesseavveining som personopplysningsloven § 34 gir anvisning på, det er stilt vilkår, og Datatilsynet har funnet at konsesjon kan gis. Datatilsynet har uttalt at det ikke er noen automatikk i at konsesjonen skal forlenges. Personvernemnda er enig i dette, men slik nemnda ser det må det foreligge endrede forhold som skulle tilsi at vurderingen i henhold til personopplysningslovens regler nå faller annerledes ut enn da den første tidsbegrensede konsesjonen ble gitt. Som man vil se nedenfor, deler Personvernemnda seg i et flertall og et mindretall for så vidt gjelder vurderingen av om det foreligger endrede forhold.”

Etter å ha vurdert ulike forhold Datatilsynet hadde trukket frem i argumentasjonen for ikke å forlenge konsesjonen som tidligere var gitt, uttaler nemndas flertall:

”Hovedbegrunnelsen fra Datatilsynets side for ikke å forlenge konsesjonen synes å være at den politiske avklaringen, som Datatilsynet etterlyste forut for den første tidsbegrensede konsesjonen ble gitt, ikke har kommet. Som det fremgår ovenfor mener flertallet at Datatilsynet, så lenge vilkårene for å tildele konsesjon er oppfylt og interesseavveiningen etter personopplysningsloven § 34 faller ut i søkers favør, ikke kan avslå en konsesjonssøknad med den begrunnelse at det bør lovreguleres hvilke virkemidler rettighetshaverne skal kunne benytte. Konsesjonssøknaden må vurderes i henhold til gjeldende regelverk. Hvorvidt det er betenkelig eller ikke at en privat aktør overvåker nettet på den måten Simonsen gjør på vegne av rettighetshaverne, og hvorvidt det er nødvendig med lovregulering, er et rettspolitisk spørsmål som ligger utenfor denne konkrete saken. Flertallet er derfor enig med klager i at Datatilsynet ikke kan avstå fra å bruke sin kompetanse basert på at Datatilsynet mener det er behov for lovregulering.

Datatilsynet har ikke vurdert om det er noen nye eller endrede forhold som skulle tilsi at interesseavveiningen skulle falle annerledes ut enn ved vurderingen av den første søknaden om konsesjon, og heller ikke om det foreligger endrede forhold som skulle ha betydning for hjemmelsgrunnlaget. Tvert i mot forstår flertallet det slik at Datatilsynet mener det ikke foreligger slik nye eller endrede forhold. Flertallet mener derfor at

¹² Se nemndas vedtak: http://www.personvernemnda.no/vedtak/2009_18.htm

konsesjonen bør forlenges frem til 31.12.2010 som omsøkt. Ved en eventuell ny søknad om forlengelse må Datatilsynet igjen vurdere hjemmelsgrunnlaget og foreta interesseavveiningen etter personopplysningsloven § 34, herunder om det har skjedd noen endringer som skulle tilsi at vurderingen faller annerledes ut.”

Nemndas leder er enig i flertallets konklusjon, men baserer denne på en noe annen argumentasjon (som fremgår av en særbemerkning). Mindretallet i nemnda støtter derimot Datatilsynets vurdering, og går inn for at konsesjonen ikke forlenges:

”Samlet sett anser mindretallet de personvernmessige betenkeligheter som så viktige og prinsipielle, at den effekt en slik registrering måtte ha for konsesjonæren, ikke kan oppveie disse. Det betyr at Datatilsynet, etter vår mening, har vurdert saken korrekt, lovlig og hensiktsmessig.”

I tråd med flertallets syn ble konsesjonen forlenget til 31. desember 2010.

2.2.2 Norden

Departementet redegjør i dette punktet kort for hvilke regler som gjelder i andre nordiske land.

Sverige

I Sverige ble det i april 2009 vedtatt endringer i opphovsrättslagen som gjør at rettighetshavere ikke lenger behøver konsesjon for å registrere IP-adresser. (Spørsmål om identifisering av abonnenten bak IP-adressen skal avgjøres av domstolen, se nærmere om dette nedenfor.) Bestemmelsene kom inn i loven ved gjennomføring av EUs håndhevingsdirektiv (2004/48/EF). Dette direktivet er ikke EØS-relevant, og er følgelig ikke en del av EØS-avtalen. Den svenske lovbestemmelsen lyder slik:

”53 g § Trots förbudet i 21 § personuppgiftslagen (1998:204) får personuppgifter om lagöverträdelser som innefattar brott enligt 53 § behandlas om detta är nödvändigt för att ett rättsligt anspråk ska kunna fastställas, göras gällande eller försvaras.”

Bestemmelsen gjør unntak fra utgangspunktet i svensk personopplysningslov om at bare myndigheter får behandle personopplysninger. I proposisjonen (2008/09:67) vises det blant annet til at en slik regel er nødvendig for at reglene om rett til informasjon (identitet) skal ha den tilsiktede effekt.

Danmark

I Danmark har Datatilsynet i en uttalelse fra 2003 godkjent Antipiratgruppens behandling av personopplysninger i forbindelse med opphavsrettskrenkelser. Behandlingen ble ansett nødvendig for at Antipiratgruppens rettskrav kunne fastlegges, gjøres gjeldende og forsvares.

Finland

I finsk personopplysningslov er det gitt et unntak som gir grunnlag for at slik behandling av personopplysninger (dvs. registrering og lagring av IP-adresser mv.) kan skje uten

konsesjon e.l. fra datatilsynsmyndigheten. Vilkårene for dette er omtrent de samme som i Sverige og Danmark.

2.2.3 Departementets vurderinger

På grunn av sammenhengen mellom spørsmålene om behandling av IP-adresser og tilgangen til identiteten bak dem, redegjøres det samlet for departementets vurderinger av disse spørsmålene nedenfor i pkt. 2.4.

2.3 Tilgang til abonnentens identitet

2.3.1 Gjeldende rett

Dokumentasjon av IP-adresser som er benyttet ved krenkelser på nett er som nevnt bare et første skritt ved en sivilrettslig forfølgning. Mens selve IP-adressene i åpne nettverk er offentlig tilgjengelig informasjon, har rettighetshaverne i utgangspunktet ikke tilgang til opplysninger om hvilken abonnent som kan knyttes til en konkret IP-adresse. Dette er opplysninger som er underlagt internettilbyderens taushetsplikt etter ekomloven § 2-9.

På bakgrunn av Høyesteretts kjennelse i Rt. 2010 s. 774 i den såkalte Max Manus-saken kan rettighetshavere til tross for taushetsplikten få tilgang til en abonnents identitet etter tvistelovens regler om bevissikring utenfor rettssak. En internettilbyder kan pålegges å utlevere slike opplysninger. Dette forutsetter en vurdering fra Post- og teletilsynet av om det skal gis samtykke til at internettilbyderen fritas for taushetsplikten, og denne vurderingen kan overprøves av domstolen. I det følgende vil det bli redegjort nærmere for Max Manus-saken og tvistelovens regler.

2.3.1.1 Max-Manus-saken (Rt. 2010 s. 774) og tvisteloven

Saken gjaldt spørsmål om utlevering av identiteten bak en IP-adresse som ulovlig hadde tilgjengeliggjort bl.a. den norske filmen Max Manus. Kjernespørsmålet i saken var om internettilbyderen etter tvistelovens regler kunne pålegges å utlevere abonnentens identitet til rettighetshaverne. Både tingretten og lagmannsretten ga rettighetshaverne medhold i begjæringen om utlevering av abonnentens identitet. Høyesterett forkastet anken fra internettilbyderen. Etter Høyesteretts syn hadde lagmannsretten bygget på en riktig generell lovtolkning når den hadde funnet at tvistelovens regler om bevissikring utenfor rettssak kunne gi tilgang til slike opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt. Den ankende part fikk heller ikke medhold i en anførsel om at bevistilgang til opplysning om en abonnents identitet vil være en krenkelse av artikkel 8 i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Nedenfor redegjøres nærmere for sakens problemstillinger og Høyesteretts begrunnelse.

Twisteloven gir i kapittel 28 regler om bevissikring utenfor rettssak. Spørsmålet om det kan gis tilgang til opplysninger som er omfattet av lovbestemt taushetsplikt, er ikke direkte regulert i reglene om bevissikring. Imidlertid er det i § 28-4 fastsatt at for gjennomføring av bevissikring gjelder reglene om tilgang til realbevis og bevisopptak i rettssak tilsvarende så langt de passer. I saken var det omstridt om det ”passer” å anvende

tvisteloven § 22-3 andre og tredje ledd, som gjør unntak fra bevisforbudet for opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt. Tvisteloven § 22-3 oppstiller i utgangspunktet et bevisforbud for opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt av den type internetttilbyderne er underlagt etter ekomloven § 2-9, men det kan bestemmes at beviset likevel kan føres, jf. bestemmelsens andre og tredje ledd. Om spørsmålet uttaler Høyesterett:

” (42) Altibox AS [internetttilbyderen] har vist til at anvendelse av tvisteloven § 22-3 annet og tredje ledd ved bevissikring etter § 28-3 vil medføre at det gis tilgang til taushetsbelagte opplysninger uten kontradiksjon. Etter mitt syn følger det av § 28-4 at bevissikringen som utgangspunkt omfatter alle bevis som det vil kunne gis tilgang til i en aktuell tvist etter de alminnelige regler om bevis. Når det gjelder opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt, reguleres dette av tvisteloven § 22-3 annet og tredje ledd. Verken tvisteloven eller dens forarbeider gir etter mitt syn grunnlag for å hevde at det i utgangspunktet ikke « passer » å benytte § 22-3 annet og tredje ledd i disse tilfeller. Denne tolkningen har tvert i mot støtte i det jeg har sitert fra NOU 2001:32 om formålet med å utvide anvendelsesområdet til også å gjelde bevis tilgang utenfor rettssak. ”

Det fremgår av tvisteloven § 22-3 andre ledd at departementet kan samtykke i at beviset føres. (Samferdselsdepartementets kompetanse etter loven er delegert til Post- og teletilsynet (PT).) Retten kan overprøve PTs vurdering av om samtykke skal gis eller nektes etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og sakens opplysning, jf. tredje ledd. Om vurderingen som skal foretas etter § 22-3, uttaler Høyesterett:

” (48) Ekomloven § 2-9 er i utgangspunktet til hinder for at opplysninger som er taushetsbelagt etter loven, kan pålegges fremlagt til bevissikring etter tvisteloven kapittel 28. Lagmannsrettens flertall bygger imidlertid på en riktig lovforståelse når den vurderer begjæringen om bevis tilgang til en lovbestemt taushetsbelagt opplysning etter § 22-3. Om begjæringen skal etterkommes, beror på om unntaksbestemmelsene i annet og tredje ledd får anvendelse. Ses bestemmelsene i paragrafen i sammenheng, blir det avgjørende for rettens vurdering etter tredje ledd om bevissikringen vil utsette staten eller allmenne interesser for skade, eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold. Samtykke etter annet ledd vil ha betydning ved vurderingen. Men det følger av tredje ledd at retten skal foreta en selvstendig avveining mellom hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning. I avveiningen må retten blant annet sammenholde formålet med – og grunnlaget for – begjæringen med den etterspurte informasjonens art og omfang. Også hensynet til den tredjeperson som anses å ha krav på hemmelighold, må trekkes inn. Bestemmelsene i paragrafen bygger imidlertid på en forutsetning om at begjæringer skal etterkommes dersom hensynet til taushetsplikten finnes å måtte vike. ”

Internetttilbyderen anførte at bevissikringsreglene måtte tolkes innskrenkende når tilgang ønskes som ledd i ”privat etterforskning”. Høyesterett er ikke enig i dette, og bemerker følgende til anførselen:

” (51) Krenkelse av rettigheter etter åndsverksloven gir rettighetshaveren rett til å kreve erstatning. Når lovgivningen hjemler slik erstatningsrett, kan jeg ikke se at rettighetshaveren ikke skal kunne benytte seg av bevissikring for å bringe på det rene identiteten til personer som det kan være aktuelt å fremme et erstatningskrav mot. Et krav om at rettighetshavere må forfølge mulige krenkelser via politi- og påtalemyndighet, vil for øvrig være i dårlig samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser etter TRIPS-avtalen. Om et krav om bevissikring skal kunne føre frem, må – også i disse tilfeller – bero på den avveining som skal foretas etter § 22-3 tredje ledd.”

Om lagmannsrettens generelle lovforståelse uttaler Høyesterett:

” (52) Begrunnelsen til lagmannsrettens flertall viser at det er foretatt en bredt anlagt avveining i samsvar med § 22-3 tredje ledd første punktum. På den ene side har flertallet lagt vekt på at det er sannsynliggjort at det fra den angitte IP-adressen rettsstridig er blitt gjort tilgjengelig filmfiler, behovet for å kunne gripe inn overfor slik virksomhet, og at abonnenten ikke kunne ha en berettiget forventning om beskyttelse av rettsstridig bruk. På den annen side er vektlagt at det kan råde usikkerhet om vedkommende abonnent også har stått bak den rettsstridige aktiviteten. Dette argumentet strekker seg imidlertid etter flertallets syn ikke lenger enn at vedkommende må gis anledning til å avkrefte en slik mistanke etter at identiteten er opplyst til ankemotpartene. Lagmannsrettens flertall har også som et vesentlig moment, vist til at Internett på mange måter fungerer tilnærmet på linje med ordinær telefonbruk, og at dette tilsier at brukerne forventer at deres bruk er skjermet for offentlig innsyn. Flertallet mente videre at den omstendighet at ankemotpartene ikke har meldt forholdet til politiet ikke kan tillegges vekt når siktemålet med begjæringen er å fremskaffe grunnlag for et erstatningskrav for krenkelsene av deres rettigheter.”

Videre i avsnitt 52 gjengir Høyesterett lagmannsrettens oppsummering av flertallets syn:

”Etter en samlet vurdering – blant annet særlig hensyntatt at det dreier seg om en handling som antas å være både straffbar og erstatningsbetingende, politiets manglende prioritering av slike saker, den omstendighet at abonnenten av den aktuelle IP-adressen ikke kan ha en berettiget forventning om rettsstridig bruk av denne og de motstridende hensyn som er nevnt over – kan ikke flertallet se at det vil være uforholdsmessig å gi Sandrew m.fl. tilgang til identiteten til abonnenten av den aktuelle IP-adressen.”

Høyesterett kan ikke se at dette er uttrykk for en uriktig generell lovforståelse. Det vises i den forbindelse til at hensynet til taushetsplikten er avveid mot hensynet til sakens opplysning. Vurderingen har etter Høyesteretts syn stor likhet med den proporsjonalitetsvurdering som EF-domstolen forutsetter foretatt, når medlemsstatene i nasjonal lovgivning åpner for å pålegge en forpliktelse til å gi private parter tilgang til opplysninger om hvem som innehar en IP-adresse, slik at de kan forfølge rettighetsbrudd i en sivil sak.

Høyesterett kan heller ikke se at tilgang til slik informasjon vil være i strid med retten til privatliv etter Den europeiske menneskerettskonvensjon art. 8. I den forbindelse vises det bl.a. til at krenkelsen av opphavsretten har vært av et visst omfang og at det er tale om informasjon av mindre sensitiv karakter. Om forholdet til art. 8 uttaler Høyesterett:

” (57) Det dreier seg om et inngrep som har klar hjemmel i lov, slik jeg har påvist foran. Det er videre tale om et inngrep som er begrunnet i hensynet til beskyttelse av andres rettigheter, slik at det har et legitimt formål. Bevistilgang er en forutsetning for rettighetshåndhevelse ved søksmål.

Lagmannsrettens flertall har som nevnt foretatt en omfattende avveining av nødvendigheten av inngrepet. Flertallet har lagt til grunn at flere filmfiler er blitt gjort tilgjengelig via « Lysehubben ». Krenkelsen av opphavsretten har således i dette tilfellet vært av et visst omfang. Det er videre tale om informasjon av mindre sensitiv karakter. I den svenske proposisjonen, 2008/09:67 Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område - genomförande av direktiv 2004/48/EG, heter det på side 162 at det må dreie seg om « intrång av en viss omfattning för att en rättighetshavare ska kunna få ut uppgifter om den abonnent som döljer sig bakom ett IP-nummer som använts vid intrång. Så är i regel fallet om intrånget avser tillgängliggörande (uppladdning) av en film eller ett musikaliskt verk för allmänheten, exempelvis genom fildelning via Internet, eftersom detta typiskt sett innebär stor skada för rättighetshavaren.» Når dette vilkåret er oppfylt vil det – ifølge proposisjonen – ikke være i strid med EU-retten å gi opplysning om hvem abonnenten er til rettighetshavere. Det samme må antas å gjelde i forhold til EMK artikkel 8. Jeg er enig i disse betraktninger.”

Resultatet i saken ble altså at internettilbyderens anke ble forkastet, slik at abonnentens identitet ble utlevert til rettighetshaverne. Av kjennelsen kan det utledes at rettighetshavere kan få tilgang til opplysninger om en abonnents identitet med hjemmel i tvistelovens regler, men at spørsmålet om det skal gis tilgang i det enkelte tilfellet forutsetter en avveining av de motstridende hensynene.

2.3.2 EU

EU-domstolen har i en sak (prejudisiell foreleggelse) uttalt seg om hvilke krav EU-retten i denne sammenhengen stiller til nasjonal lovgivning. Promusicae-saken (sak C-275/06) gjaldt spørsmål om utlevering av identitet bak IP-adresser til rettighetshavere for bruk i sivil rettssak. Dette reiser spørsmål om forholdet mellom flere forskjellige EU-direktiver¹³, og avveiningen mellom hensynet til en effektiv håndhevelse av opphavsretten på den ene siden og hensyn til beskyttelse av personopplysninger og privatlivets fred på den andre siden. Etter EU-domstolens vurdering kan det ikke ut fra EU-retten utledes noen plikt for internettilbyderne til å utlevere slike opplysninger til rettighetshaverne til bruk i en sivil rettssak. Domstolen mente imidlertid at EU-retten krever at medlemsstatene

¹³ Direktivene 2000/31, 2001/29, 2004/48 og 2002/58

ved gjennomføring av direktivene som er relevant for spørsmålet, må sørge for å legge en fortolkning til grunn som sikrer den rette avveining av de forskjellige grunnleggende rettighetene som er beskyttet av fellesskapsrettens rettsorden. Tolkningen skal ikke bare være forenelig med de aktuelle direktivene, men må heller ikke komme i konflikt med fellesskapsrettens grunnleggende rettigheter eller med andre alminnelige fellesskapsrettslige prinsipper, slik som proporsjonalitetsprinsippet.

Det følger altså av dommen at det etter EU-retten ikke kan utledes noen plikt for internettilbyderne til å utlevere abonnentens identitet til rettighetshaverne. Imidlertid vil det heller ikke være i strid med EU-retten å innføre regler om tilgang til identiteten bak IP-adresser, så lenge disse reglene gjenspeiler en avveining av de motstridende hensyn, og for øvrig er i tråd med EU-rettsens ulike rettigheter og prinsipper. Medlemsstatene har følgelig en skjønnsmargin ved utformingen av lovgivning.

2.3.3 Norden

I de øvrige nordiske land er det innført lovgivning som åpner for at domstolene kan pålegge internettilbydere å utlevere identiteten bak IP-adresser som er benyttet til opphavsrettskrenkelser.

Sverige

I Sverige ble det i april 2009 vedtatt endringer i opphavsrettslagen som innebærer at rettighetshavere etter en domstolsavgjørelse kan få tilgang til informasjon om bl.a. identiteten bak IP-adresser som er benyttet til opphavsrettskrenkelser. Slike regler er gitt i opphavsrettslagen §§ 53 c - 53 f. Bestemmelsene kom inn i loven ved gjennomføring av EUs håndhevingsdirektiv (2004/48/EF). Dette direktivet er som nevnt ikke EØS-relevant, og er følgelig ikke en del av EØS-avtalen.

Lovgivningen bygger på følgende hovedpunkter:

- Domstolen kan treffe beslutning om utlevering til rettighetshaver av informasjon om ”varors eller tjänsters ursprung och distributionsnät” (informationsföreläggande).
- Reglene omfatter internettilbydere og informasjon om identitet bak IP-adresser, men favner videre både mht. typen informasjon og hvem som kan pålegges å utlevere den.
- For at informasjon skal kunne utleveres kreves at det foreligger ”sannolika skäl” for overtredelse som nevnt i opphavsrettslovens straffebestemmelse (§ 53).
- Ved vurderingen av om informasjonen skal utleveres skal det foretas en interesseavveining (”Ett informationsföreläggande får meddelas endast om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den eller för något annat motstående intresse.”, jf. § 53d).
- Internettilbydere og andre tredjeparter som er pålagt å utlevere informasjon har rett til å få erstattet kostnader mv. (”skälig ersättning för kostnader och besvär”, jf. § 53f).
- Regler om at internettilbyderen etter utlevering av informasjon skal sende skriftlig underretning til den opplysningene angår (se § 53f).

For nærmere informasjon om de svenske reglene vises det til Regeringens proposition 2008/09:67.¹⁴

Danmark

I medhold av retsplejelovens regler kan rettighetshaverne få en rettslig kjennelse som pålegger internettilbyderne å utlevere opplysninger om for eksempel navn og adresse på abonnenter bak IP-adresser som kan knyttes til opphavsrettskrenkelser.

(Retsplejelovens kapittel 57 a om bevissikring ved krenkelse av immaterialrettigheter gir også adgang til å få en rettslig avgjørelse om at det skal foretas en undersøkelse for å sikre bevis for krenkelse av opphavsrettsloven. Reglene gir mulighet for undersøkelse av den antatte krenkerens lokaler og gjenstander, herunder datamaskiner.)

Finland

I Finland er det gitt regler i opphavsrettsloven som gir rettighetshavere mulighet for å få utlevert identitetsopplysninger etter en domstolsavgjørelse (jf. § 60a). Reglene har vært i kraft siden 2006. Se mer om dette ovenfor under pkt. 1.2.4.

2.4 Departementets vurderinger

Åndsverkloven gir regler om rett til erstatning ved overtredelse, jf. åndsverkloven § 55. I tillegg kan rettighetshavere i medhold av åndsverkloven kreve nedleggelse av forbud (forbudsdom), fastsettelsesdom og inndragning. Departementet mener at rettighetshavere bør ha mulighet til sivilrettslig forfølgning også ved krenkelser på Internett. Dette forutsetter en adgang til å registrere og lagre IP-adresser som er benyttet til krenkelser, og til å få tilgang til identiteten til abonnenten som den aktuelle IP-adressen kan kobles til. Departementet vil i det følgende drøfte spørsmålet om lovregulering i åndsverkloven nærmere. Ved utformingen av lovregler er det viktig å finne en balanse mellom de ulike hensynene som gjør seg gjeldende, slik at også andre hensyn enn håndheving av opphavsretten blir ivare tatt. Slike andre hensyn vil særlig være personvern og rettssikkerhet.

2.4.1 Tilgang til identitet

Behovet for regler i åndsverkloven

Etter Høyesteretts kjennelse i Max Manus-saken er det klart at tvistelovens regler om bevissikring etter omstendighetene gir rettighetshaver rett til å få tilgang til opplysninger fra internettilbyder om identiteten til en abonnent som kan knyttes til en IP-adresse som er brukt til opphavsrettskrenkelser. Spørsmålet er derfor om det er ønskelig med en særlig regulering i åndsverkloven i stedet for å bygge på tvistelovens regler.

Etter departements syn er det viktig at spørsmålet om det skal gis tilgang til slik informasjon bygger på en domstolsavgjørelse, der domstolen foretar en avveining av de

¹⁴ <http://www.regeringen.se/content/1/c6/11/69/38/c18e5f5a.pdf>.

motstridende hensyn. Dette er en sentral rettssikkerhetsgaranti, som bl.a. også ligger til grunn for den svenske lovgivningen. Departementet mener altså at en domstolsavgjørelse bør være en nødvendig forutsetning for å få tilgang til identiteten – i motsetning til en ordning der domstolen bare skal vurdere de tilfellene der internettilbyderne ikke vil utlevere slike opplysninger. Om rettighetshavere skal gis tilgang til slike opplysninger i det enkelte tilfellet er etter departementets vurdering en oppgave som bør tilligge domstolene, og ikke internettilbyderne. Dette bør ligge til grunn for en særlig regulering av denne problemstillingen.

Departementet mener at det er gode grunner for at det bør gis egne regler i åndsverkloven som regulerer spørsmålet om utlevering av identiteten bak en IP-adresse. At det fastsettes lovregler som bl.a. gir nærmere retningslinjer for domstolens vurdering, vil gi en ordning som er klarere, lettere tilgjengelig og enklere å praktisere. Spørsmål om tilgang til opplysninger som identifiserer abonnent er en praktisk problemstilling ved opphavsrettskrenkelser, jf. bl.a. Max Manus-saken som gjaldt en opphavsrettskrenkelse. Tvistelovens regler har et vidt anvendelsesområde. Sakene om tilgang til identitet har særtrekk som medfører at tvistelovens regler ikke er så godt tilpasset til denne sakstypen. Dette kan avhjelpes ved utformingen av regler i åndsverkloven som adresserer problemstillingen direkte. For det første gir tvisteloven med forarbeider få føringer for domstolens vurdering i slike saker. Riktignok gir dommen i Max Manus-saken retningslinjer for vurderingen av liknende saker, men en særlig lovregulering kan gjøre dette lettere tilgjengelig, og innebærer også at problemstillingen kan behandles i større bredde enn det som kan gjøres i en konkret sak. For det andre passer saksbehandlingsreglene i tvisteloven til dels ikke så godt på denne sakstypen. Blant annet er partskonstellasjonen spesiell ved at saken er mellom rettighetshaveren og internettilbyderen, mens abonnenten ikke er part. Abonnenten vil ikke kunne behandles som motpart i saken (identiteten vil da bli avslørt) mens tvisteloven § 28-3 i utgangspunktet krever det. Det er også andre spørsmål det er behov for en særlig regulering av i disse sakene, for eksempel når abonnenten skal underrettes dersom opplysningene blir utlevert til rettighetshaver. Egne regler i åndsverkloven vil kunne gi regler som er bedre tilpasset til sakstypens særtrekk og adressere problemstillingen mer konkret. Etter departementets syn er det derfor behov for en lovregulering i åndsverkloven. Ved utformingen av nærmere regler er det bl.a. naturlig å se hen til den svenske lovgivning på området og Høyesteretts kjennelse i Max Manus-saken.

Post- og teletilsynets rolle

Etter tvistelovens regler er systemet at Post- og teletilsynet først skal vurdere om internettilbyderen skal fritas fra taushetsplikten og denne vurderingen kan overprøves av domstolen. Forslaget innebærer ikke endring i forhold til tvisteloven på dette punktet, slik at tilsynet skal spille en rolle i forbindelse med rettens vurdering av om opplysningene skal utleveres. Tvistelovens system foreslås altså videreført her. Tilsynet skal før retten treffer avgjørelse i saken vurdere om det skal gis samtykke til at internettilbyderen fritas fra taushetsplikten etter ekomloven § 2-9. Samtykke vil bare kunne nektes når det vil virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold. Retten kan overprøve tilsynets

vurdering i begge retninger – dvs. bestemme at opplysningene skal utleveres selv om samtykke er nektet, eller at opplysningene ikke skal utleveres selv om samtykke er gitt. Det vises for øvrig til spesialmerknadene på dette punktet.

Hvem kan få tilgang til identiteten?

En adgang til å kreve opplysninger utlevert bør tilligge rettighetshavere som kan sannsynliggjøre at deres rettigheter er krenket. Med rettighetshaver menes både opphavsmenn og nærstående rettighetshavere. Dette omfatter også fysiske og juridiske personer som rettighetene på et senere tidspunkt er overført til ved salg eller på annen måte. For å kunne få tilgang til abonnentopplysninger må rettighetshaveren fremme en begjæring for domstolen. Om rettighetshaveren i det enkelte tilfellet skal få utlevert opplysningene vil bero på domstolens vurdering av lovens vilkår for dette.

Vilkår for at opplysningene kan utleveres

For at domstolen skal vurdere utlevering av opplysninger som identifiserer abonnent foreslår departementet at rettighetshaveren må sannsynliggjøre at det foreligger en krenkelse av opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven.

Domstolen må altså vurdere de bevis som rettighetshaveren legger frem for at det foreligger en krenkelse av rettigheter etter åndsverkloven. Etter departementets syn er det naturlig at det i den forbindelse stilles krav om sannsynlighetsovervekt, som er det alminnelige beviskravet i sivilretten.

Det kan stilles spørsmål ved om det i loven bør stilles krav til overtredelsens grovhet og omfang. Ikke enhver krenkelse av opphavsretten bør gi grunnlag for utlevering av abonnentopplysninger. Departementet mener imidlertid at det er mer naturlig at dette er momenter som inngår i den interesseavveiningen domstolen skal foreta (jf. nedenfor), fremfor å oppstilles som et eget vilkår.

Dersom domstolen finner at det er sannsynliggjort at det foreligger en krenkelse av åndsverkloven, må den foreta en interesseavveining av om internettilbyderen skal pålegges å utlevere den aktuelle abonnentens identitet. I en slik vurdering må hensynene som taler for utlevering av identiteten veies mot hensynet til taushetsplikten. For at domstolen skal kunne pålegge internettilbyderen å utlevere opplysningene, må den altså finne at hensynene som taler for utlevering veier tyngre enn hensynet til taushetsplikten.

På den ene siden må altså hensynene for utlevering vurderes. Rettighetshaverens interesse i å få tilgang til opplysningene vil være et viktig moment. Her bør det tas i betraktning hvor alvorlig krenkelse det er tale om, herunder hvor omfattende den ulovlige virksomheten er og hvor store skadevirkninger den har for rettighetshaver. Ulovlig tilgjengeliggjøring (opplasting) av opphavsrettslig beskyttet materiale vil normalt være mer alvorlig enn tilfeller som angår ulovlig kopiering (nedlasting) av materiale fordi skadevirkningene for rettighetshaveren som regel er større. (Fildeling vil normalt innebære både opplasting og nedlasting, jf. nedenfor.)

På den andre siden må domstolen vurdere hensynet til taushetsplikten. Det sentrale er her de personvernmessige hensyn som begrunner internettilbyderens taushetsplikt om slike

opplysninger. Her må abonnentens interesse i at det ikke gis tilgang til opplysninger om bruken av internettabonnementet tas i betraktning. Slike hensyn må avveies mot rettighetshaverens interesse i å få tilgang til opplysningene, sett hen til krenkelsens grovhet, omfang og skadevirkninger, jf. ovenfor. Departementet foreslår at denne avveiningen tas inn i lovteksten som en presisering av den vurderingen domstolen skal foreta.

Etter departementets syn bør det stilles opp som et utgangspunkt for vurderingen at rettighetshaveren bør gis tilgang til abonnentens identitet hvis overtredelsen er av et visst omfang. Dette vil som regel 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. Normalt bør begjæringen om utlevering av identitet også tas til følge hvis det dreier seg om omfattende kopiering (nedlasting) av opphavsrettslig beskyttet materiale. Er det bare tale om kopiering (nedlasting) av noen få verk, bør det som utgangspunkt ikke gis tilgang til abonnentens identitet. Tilsvarende synspunkter er lagt til grunn i forarbeidene til de svenske lovreglene, jf. Regeringens proposition 2008/09:67 s. 162. Departementet vil imidlertid påpeke at det ved ulovlig fildeling ikke alltid vil være noe skarpt skille mellom opplasting og nedlasting. I fildelingsnettverk kan det være en forutsetning for å kopiere materiale fra andre at en stiller sitt eget materiale tilgjengelig. Det bør derfor utvises en viss varsomhet med å knytte for stor betydning til dette skillet. På den bakgrunn understreker departementet at det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

Når det gjelder vektleggingen av overtredelsens omfang, finner departementet også grunn til å bemerke at det ikke alltid vil være mulig å fastslå omfanget. I hvilken grad det er mulig å se hvor stor mengde opphavsrettslig materiale krenkelsen omfatter vil antagelig avhenge av hvilken type teknologi som er anvendt ved krenkelsen. Etter det departementet er kjent med, vil dette antagelig være vanskelig i enkelte typer fildelingsnettverk. I tillegg vil IP-adressene ofte være dynamiske, slik at de ikke vil være de samme hver gang abonnenten kobler seg til Internett.

Når man i disse tilfellene skal vurdere omfanget av trafikken til og fra en bestemt bruker, er man avhengig av å ha tilgang til informasjon som knytter IP-adressen til et bestemt abonnement for et bestemt tidsrom.

Av disse grunner mener departementet at det ikke kan stilles noe ubetinget krav til overtredelsens omfang for at opplysningene kan kreves utlevert. I tilfeller der det kan konstateres at overtredelsen er av et visst omfang, er dette er moment som bør tillegges vekt ved vurderingen. Utgangspunktet bør i så fall være at rettighetshaveren gis tilgang til identiteten. Dersom det ikke er mulig å si noe om omfanget, kan dette momentet ikke tillegges vekt verken i den ene eller den andre retningen. I så tilfelle må avgjørelsen treffes på grunnlag av de øvrige forhold i saken.

I denne sammenhengen er det grunn til å understreke at innehaveren av det aktuelle internettabonnementet ikke nødvendigvis er den som har begått opphavsrettskrenkelsen. Det er flere muligheter for at krenkelsene kan være utført av andre enn abonnenten selv. Overtrederen kan for eksempel være et annet medlem av abonnentens husstand, eller en

arbeidstaker i tilfeller der abonnementet står i arbeidsgiverens navn. Videre er det mulig at utenforstående personer har anvendt den aktuelle internettilkoblingen uten at abonnenten har kjent til det. Særlig ved usikrede trådløse nettverk er det en slik risiko. At abonnenten kan være uskyldig i den ulovlige virksomheten, bør imidlertid ikke anses som noe tungtveiende moment i en sak om utlevering av identitet. Utleveringen vil ikke ha andre rettsvirkninger enn at rettighetshaveren får tilgang til identiteten. Om den aktuelle abonnenten kan ilegges noe ansvar for den ulovlige virksomheten vil være et bevissspørsmål i en eventuell senere sak. I så tilfelle vil abonnenten få anledning til å ivareta sine interesser. Tilgang til abonnentens identitet vil imidlertid ofte være avgjørende for rettighetshaverens mulighet til å forfølge saken videre. Departementet nevner i den forbindelse at Høyesterett i Max Manus-saken bygger på liknende betraktninger rundt dette spørsmålet, jf. ovenfor.

Hvem kan pålegges å utlevere identiteten?

Departementet foreslår at plikten til å utlevere identitet på grunnlag av en domstolsavgjørelse bør påhvile tilbydere av elektroniske kommunikasjonstjenester. Begrepet *tilbyder* er benyttet i ekomloven. Dette er i ekomloven 1-5 nr. 14 definert som ”enhver fysisk eller juridisk person som tilbyr andre tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett eller -tjeneste.” I ekomlovens forstand omfatter begrepet altså alle typer tilbydere som tilbyr tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett eller -tjeneste (jf. forarbeidene til ekomloven). Det synes naturlig å legge til grunn det samme begrepet i denne sammenhengen. I kjernen for bestemmelsen er internettilbydere i tradisjonell forstand. Loven bør imidlertid formuleres slik at aktører som er involvert i overføringen av elektronisk kommunikasjon og besitter den aktuelle informasjon ikke faller utenfor. Formålet er at slike mellomledd som har den aktuelle informasjonen skal kunne pålegges å utlevere den. En forutsetning for å kunne pålegges å utlevere slik informasjon vil selvsagt være at tilbyderen selv har tilgang til den.

Hvilke opplysninger kan kreves utlevert i medhold av reglene?

Hensikten med reglene er at rettighetshaverne skal få tilgang til abonnentens identitet (opplysninger som identifiserer innehaveren av abonnementet). Dette vil omfatte opplysninger om navn og andre kontaktopplysninger som gjør det mulig for rettighetshaveren å komme i kontakt med den aktuelle abonnenten, og eventuelt iverksette rettslige skritt. Departementet kan ikke se at det er behov for en mer detaljert angivelse av hva slags type informasjon som kan utleveres.

Underretning til abonnenten

Det er rettighetshaveren og internettilbyderen som vil være parter i saker om utlevering av identitet. Ettersom saken nettopp vil gjelde spørsmålet om den aktuelle abonnentens identitet skal utleveres til rettighetshaveren, vil det være vanskelig å gjøre vedkommende til part i saken. Det ville dessuten innebære stor fare for bevisforspillelse. Departementet finner det imidlertid rimelig at abonnenten i etterkant av avgjørelsen underrettes, hvis resultatet blir at vedkommendes identitet utleveres. Den svenske loven inneholder regler

om slik underretning. Etter departementets syn er det naturlig at det er internettilbyderen som sørger for en skriftlig underretning til abonnenten.

Ved utformingen av reglene bør det tas hensyn til at en umiddelbar underretning av abonnenten kan undergrave muligheten for etterfølgende bevissikring. Som nevnt ovenfor kan krenkelsen være begått av andre enn den som står som abonnent. Etter at rettighetshaveren har fått kjennskap til abonnentens identitet kan det for eksempel være aktuelt med tiltak for å få undersøkt datautstyr og liknende. Dette taler for at rettighetshaveren bør ha en viss tid til å foreta slik bevissikring før abonnenten underrettes. Samtidig bør underretningen heller ikke skje for lenge etter at utlevering er besluttet.

Regelen i den svenske loven er at internettilbyderen i slike tilfeller skal sende en skriftlig underretning til den opplysningen gjelder tidligst en måned og senest tre måneder etter utleveringen av informasjonen. Etter departementets vurdering synes dette å gi uttrykk for en fornuftig avveining, og det foreslås at det fastsettes en liknende regel som i svensk lov. Etter forslaget skal tilbyderen gi melding til abonnenten når det er gått én måned siden utleveringen av opplysningene.

Prosessuelle regler for behandlingen av begjæring om tilgang til identitet

Det kan reises spørsmål ved om det bør gis særlige prosessuelle regler for behandlingen av begjæringer om tilgang til identitet. Et nærliggende alternativ til å fastsette egne saksbehandlingsregler er at tvistelovens regler om bevissikring utenfor rettssak (kapittel 28) gis anvendelse for behandlingen av slike begjæringer.

Tilgang til identitet kan betegnes som en form for bevissikring, og i utgangspunktet mener departementet at det vil være naturlig å basere seg på det alminnelige systemet som er etablert for behandling av slike saker. Imidlertid er det mange av tvistelovens regler om bevissikring som ikke synes å passe særlig godt for sakene om utlevering av identitet. Departementet har derfor utformet et forslag som i stor grad gir egne saksbehandlingsregler i disse sakene, i stedet for at reglene i tvisteloven kapittel 28 gis tilsvarende anvendelse. Forslaget innebærer tilpasninger i forhold til tvistelovens regler for å få regler om saksbehandlingen som er bedre egnet for denne sakstypen. Dette gjelder bl.a. partsforholdet i slike saker, hvilken domstol begjæring skal fremsettes for, regler om offentlighet av rettsavgjørelser, og regler om melding til abonnent og domstol ved utlevering av opplysninger. Den eneste bestemmelsen i tvisteloven kapittel 28 som er gitt tilsvarende anvendelse, er § 28-5 første ledd om kostnader ved begjæringen. Etter denne bestemmelsen er det den part som begjærer bevissikring, som skal dekke kostnadene som påløper for motparten. Anvendt på disse sakene innebærer dette et prinsipp om at rettighetshaveren skal dekke internettilbyderens kostnader, jf. nedenfor om dette.

For øvrig vises det til merknadene til lovbestemmelsen med hensyn til saksbehandlingsreglene.

Behandling av opplysninger som mottas etter domstolsavgjørelse

I dette avsnittet drøftes spørsmål som gjelder behandling av opplysninger som rettighetshaverne mottar fra internettilbyderne etter en domstolsavgjørelse.

Ettersom opplysningene som mottas er personopplysninger, vil personopplysningslovens regler sette grenser for behandlingen av opplysningene. Hvis det foretas behandling av opplysningene som faller inn under personopplysningsloven, vil det blant annet innebære at lovens grunnkrav til behandlingen av personopplysninger får anvendelse, jf. § 11. Av bestemmelsen fremgår det bl.a. at opplysningene bare skal nyttes til uttrykkelig angitte formål som er saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet.

På denne bakgrunn er det neppe noen grunn til å gi egne regler om behandlingen av mottatte opplysninger. I forarbeidene til de svenske lovbestemmelsene er dette spørsmålet drøftet nærmere (proposisjon 2008/09:67 s. 168-169). Her vises det til at det vil være uhensiktsmessig å innføre særlige bestemmelser som regulerer behandlingen av opplysninger som er mottatt i medhold av disse bestemmelsene når de samme opplysninger kan være tilgjengelig i andre sammenhenger i medhold av andre bestemmelser. Når det gjelder opplysninger om IP-adresser, fremgår det at de fleste privatpersoner har dynamiske IP-adresser. Ettersom slike IP-adresser er i stadig endring, vil det ikke være mulig å bruke opplysningene til for eksempel å gjøre en mer allmenn kartlegging av hva den aktuelle personen har gjort på Internett.

Det kan imidlertid reises spørsmål ved om lovteksten bør inneholde en henvisning til at personopplysningsloven gjelder for behandlingen av personopplysninger som mottas i medhold av bestemmelsen. Rettslig sett vil en slik henvisning ikke ha noen direkte betydning – personopplysningsloven vil gjelde uavhengig av om reglene i åndsverkloven uttrykkelig henviser til den. En slik henvisning vil derfor bare ha et informerende formål. Etter departementets syn kan en slik påminnelse i lovteksten likevel være på sin plass i dette tilfellet. Det er ikke sikkert at det i alle tilfeller vil være innlysende for dem loven angår at personopplysningsloven må vurderes i denne forbindelse. Departementet viser her også til at det i de svenske bestemmelsene er det tatt inn en slik henvisning til personopplysningsloven.¹⁵

I personopplysningsloven er det gitt regler om lagring av opplysningene, jf. §§ 28 og 11 første ledd bokstav e. Hovedprinsippet i personopplysningsloven er at den behandlingsansvarlige ikke skal lagre personopplysninger lengre enn det som er nødvendig for å gjennomføre formålet med behandlingen. For rettighetshaverne vil formålet være å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav, jf. pkt. 3.4.2 nedenfor. Rettighetshaverne vil derfor ha anledning til å oppbevare opplysningene i forbindelse med gjennomføringen av rettslige prosesser. Det kan tenkes at rettighetshaverne i noen tilfeller vil velge å begynne med mykere fremgangsmåter som utsendelse av varselbrev til abonnenten etter å ha fått utlevert identiteten, fremfor å gå direkte til rettslige skritt. Etter departementets syn bør det være adgang til å oppbevare

¹⁵ Upphovsrättslagen 53 d §

slike brev i en rimelig tid for å avdekke om det begås nye krenkelser i tilknytning til samme abonnementet.

Regler om dekning av kostnader

Det neste spørsmålet gjelder dekning av kostnader som påløper i forbindelse med utlevering av identitet. I både Sverige og Finland er det fastsatt i loven at rettighetshaveren skal erstatte internettilbyderens kostnader. I tvisteloven § 28-5 er det gitt regler om kostnader ved bevissikring. Hovedprinsippet er at parten som begjærer bevissikring plikter å dekke motpartens kostnader.

Etter departementets syn er det grunn til å velge tvistelovens ordning – som også er samme løsning som i Sverige og Finland. Som nevnt ovenfor foreslår departementet at dette lovteknisk gjøres ved en henvisning til at tvisteloven § 28-5 første ledd om kostnader ved bevissikring får tilsvarende anvendelse for begjæring etter bestemmelsen. Departementet mener at det er rettighetshaverne som står nærmest til å bære omkostningene. Internettilbyderne er bare involvert i saken fordi de er i besittelse av den aktuelle informasjonen. For øvrig nevnes at rettighetshaveren vil kunne ta med utbetalte sakskostnader til internettilbyder i det krav som fremmes i et senere søksmål mot overtrederen.

Bevissikring ved utlevering av identitet

Når en rettighetshaver får tilgang til abonnentens identitet, vil det ofte være behov for etterfølgende bevissikring, som undersøkelse av datautstyr. Departementet mener at det er naturlig at slik bevissikring følger de alminnelige reglene for dette i tvisteloven, og at det ikke er behov for å gi særlige regler om dette i åndsverkloven.

2.4.2 Registrering og annen behandling av IP-adresser

Mulighetene for rettighetshavere til behandling av IP-adresser som er brukt ved opphavsrettskrenkelser er etter gjeldende rett betinget av konsesjon fra Datatilsynet. Etter departementets syn er det gode grunner for at en slik adgang bør gjøres uavhengig av konsesjon. Reglene om tilgang til abonnentopplysninger bygger på en forutsetning om at rettighetshaverne har adgang til å registrere og lagre IP-adresser. Det ville ikke være en hensiktsmessig løsning om en slik adgang skulle være avhengig av at Datatilsynet gir konsesjon i det enkelte tilfellet. En lovregulering gir en mer forutberegnlig ordning. I denne sammenhengen vises det også til at Datatilsynet i vedtaket om avslag på forlengelse av konsesjon har etterlyst en politisk avklaring av hvilke virkemidler rettighetshavere skal kunne benytte.

Departementet mener derfor at det bør gis en lovbestemmelse som gir rettighetshavere adgang til behandling av personopplysninger som gjelder krenkelse av opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven når dette er nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav. Slik behandling skal etter forslaget kunne skje uten konsesjon fra Datatilsynet etter personopplysningsloven § 33. At det gjøres unntak fra konsesjonsplikten, vil ikke innebære at personvern hensyn i forbindelse med behandlingen ikke vil bli ivare tatt. For øvrig vil personopplysningsloven gjelde for behandling som

omfattes av loven, og departementet foreslår at dette klargjøres i loven. Blant annet fastsetter personopplysningsloven § 31 en meldeplikt til Datatilsynet. På grunnlag av meldingen vil Datatilsynet kunne føre kontroll med dem som foretar slik behandling. Det legges til grunn at dette vil bli organisert gjennom felles representanter for rettighetshaverne slik at antallet som gjennomfører selve behandlingen er begrenset.

Personopplysningsloven gir en vid definisjon av uttrykket ”behandling av personopplysninger” (jf. § 2 nr. 2). Samme forståelse bør legges til grunn når begrepet benyttes i åndsverkloven. Departementet kan ikke se at det er behov for å foreta en nærmere spesifisering av hva slags type behandling som kan foretas i medhold av bestemmelsen. Det vil uansett ligge en begrensning i at behandlingen skal være nødvendig for formålet – å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav.

Etter forslaget fastsettes unntaket fra konsesjonsplikt i åndsverkloven ettersom bestemmelsen gjelder opphavsrettskrenkelser ol., og en regulering i åndsverkloven vil være lettere tilgjengelig for brukerne av loven. Samtidig kan hensynet til å samle regler som angår behandling av personopplysninger tale for at dette også bør reguleres i personopplysningsforskriften, der det er gitt en del andre unntak fra konsesjonsplikt. Forslaget innebærer at dette reguleres i begge disse regelverkene, dvs. både i åndsverkloven og personopplysningsforskriften. Et forslag til ny bestemmelse i personopplysningsforskriften inngår altså også i denne høringen, jf. utkast til lovendringer m.m. og spesielle merknader til bestemmelsen.

3 Tiltak rettet mot nettsted hvor opphavsrett krenkes

Opphavsrett og andre rettigheter etter åndsverkloven krenkes i stort omfang ved at beskyttet innhold gjøres tilgjengelig på Internett uten rettighetshavernes samtykke. I en del tilfeller vil det være vanskelig å bringe slike krenkelser til opphør gjennom krav mot nettstedet som publiserer det ulovlige innholdet. Ikke minst gjelder dette når nettstedet er utenlandsk.

Et av de spørsmål som oppstår i denne forbindelse, er om internettilbyderne – som de tekniske videreformidlere av innholdet – i slike tilfeller bør bidra til å bringe krenkelsene til opphør, og i så fall hvordan. Det er dette som er tema for fremstillingen i punktet her.

Internettilbyderne kan som mellomledd bidra til den tekniske formidlingen av innholdet på flere måter. Ehandelsloven¹⁶ § 1 andre ledd bokstav b definerer tre forskjellige typer av mellomledd, eller funksjoner slike mellomledd kan ha. Disse funksjonene er beskrevet nærmere i Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) side 7-8, og kan kort oppsummeres på denne måten:

1) Ren videreformidling (mere conduit) består i å tilby teknologiske fasiliteter slik at data kan sendes over nettverk, for eksempel Internett, og å gjennomføre denne oversendelsen.

¹⁶ Lov 23. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester

2) Mellomlagring (caching) innebærer midlertidig lagring og kan anvendes i ulike sammenhenger, for eksempel proxycaching hvor tjenesteyter lagrer informasjon på sine lokale tjenester (servere) for å minske belastningen på nettet og oppnå høyere hastigheter.

3) Lagring (hosting) er en vertstjeneste som innebærer utleie av lagringsplass. Slike tjenester tilbys av mange teleoperatører og portaler.

I eksisterende regelverk benyttes ulike betegnelser på slike tekniske tjenestetilbydere. At departementet i dette høringsutkastet benytter betegnelser som internettilbyder, tilbyder og mellomledd om hverandre, er ikke ment å innebære realitetsforskjeller med mindre det fremgår av sammenhengen.

Etter departementets syn har internettilbyderne en rolle å spille dersom de formidler innhold i strid med opphavsretten. Dette er også forutsatt i EUs opphavsrettsdirektiv.¹⁷ Av artikkel 8.3 fremgår at rettighetshavere skal ha mulighet til å kreve rettslig forføyning mot et mellomledd, f.eks. en internettilbyder, når mellomleddets tjenester benyttes av en tredjepart til å begå opphavsrettskrenkelser. Krav om slik forføyning ble for første gang reist for norske domstoler i 2009, jf. nedenfor. Utfallet av saken har fått enkelte til å hevde at direktivforpliktelsen ikke er korrekt gjennomført i Norge. Det har også blitt hevdet at saken viser at reglene bør klargjøres.

Departementet vil i pkt. 3.1 presentere bakgrunnen for forslaget. I pkt. 3.1.1 gjennomgås gjeldende rett, herunder gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet, mens de øvrige nordiske lands gjennomføring presenteres i pkt. 3.1.2. I pkt. 3.1.3 sees det nærmere på hvordan tilgang til nettsted som krenker opphavsretten kan hindres, før tilgrensende problemstillinger gjennomgås i pkt. 3.1.4. Departementets vurderinger og forslag følger i pkt. 3.2.

3.1 Bakgrunn

3.1.1 Gjeldende rett

Åndsverkloven

Åndsverkloven § 2 gir opphavsmannen enerett til å råde over verket ved eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten. Tilsvarende gjelder for bl.a. utøvende kunstnere og produsenter, jf. åndsverkloven § 42 og § 45.

Overtredelse av åndsverklovens regler kan sanksjoneres med straff, nedleggelse av forbud (forbudsdom), erstatning eller inndragning m.m., jf. åndsverkloven §§ 54, 55 og 56. Skyldkravet for straffe- og erstatningsansvar er uaktsomhet, jf. § 54 første ledd.

Etter åndsverkloven § 54 tredje ledd, jf. § 55 første ledd, er også medvirkning til krenkelser av opphavsrett og nærstående rettigheter forbudt.

¹⁷ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet

Forutsatt at rettighetshaveren har et krav etter åndsverkloven mot en internettilbyder, vil domstolen etter omstendighetene kunne avsi forbudsdom, som for eksempel går ut på at internettilbyderen skal blokkere et nettsted som krenker rettighetshavers opphavsrett.

I medhold av tvisteloven § 34-1 vil det også være anledning for domstolen til å beslutte midlertidig forføyning med tilsvarende virkning dersom det foreligger et krav og sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 32-1 (3). Hvorvidt det foreligger et krav, avgjøres ut fra åndsverklovens regler.

Ehandelsloven

Ehandelsloven¹⁸ er en gjennomføring av direktivet om elektronisk handel.¹⁹ Formålet med direktivet er å sikre fri bevegelse av informasjonssamfunnstjenester mellom medlemsstatene.

Direktivet inneholder ansvarsfrihetsregler, jf. artiklene 12-15, som er gjennomført i ehandelsloven §§ 16-18, jf. Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) om endringer i ehandelsloven.

Ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven §§ 16-18 omfatter internettilbydere som overfører eller gir tilgang til informasjon over et elektronisk kommunikasjonsnett eller lagrer annen persons informasjon²⁰. Reglene gjør at internettilbyderne på nærmere vilkår er skjermet fra å bli gjort straffe- eller erstatningsrettslig ansvarlig for sin befatning med ulovlig informasjon, for eksempel innhold som er gjort tilgjengelig i strid med opphavsretten.

Ansvarsfrihetsreglene innskrenker gjeldende straffe- og erstatningsbestemmelser, slik at mellomleddene fritas for ansvar som de ellers ville kunne ilegges. Dette gjelder særlig ansvarsbegrensningen for lagringstjenester (hosting) i ehandelsloven § 18. Det er hovedsakelig i medvirkningssituasjoner ansvarsfrihetsreglene begrenser ansvaret som kan ilegges. Eksempelvis gjelder dette for medvirkningsbestemmelsene i åndsverkloven § 54 tredje ledd, jf. § 55.

Ansvarsfrihetsreglene er bl.a. begrunnet i hensynet til informasjons- og ytringsfriheten. Det er ikke ønskelig at mellomleddene selv skal foreta de til dels vanskelige vurderingene av om innhold er lovlig eller ikke. Mellomleddene har nødvendigvis heller ikke kompetanse til å foreta slike rettslige vurderinger og de har sjelden noen selvstendig interesse i å forsvare innholdet som formidles.

Det er ingen automatikk i at en internettilbyder kan ilegges ansvar dersom tilbyderens handlemåte ikke omfattes av ansvarsfriheten i ehandelsloven. Hvorvidt en tilbyder vil kunne gjøres ansvarlig vil avhenge av annen regulering.

¹⁸ Lov 23. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester

¹⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/31/EF om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked

²⁰ Ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven dekker følgende tjenester: ren videreformidling (mere conduit), mellomlagring (caching) og lagring (hosting).

Etter ehandelsloven § 20 er ikke ansvarsfrihetsreglene i §§ 16-18 til hinder for at en domstol eller forvaltningsmyndighet på annet rettsgrunnlag enn ehandelsloven kan gi pålegg overfor en internettilbyder²¹. Slike pålegg kan bl.a. ha form av en beslutning fra en domstol eller forvaltningsmyndighet med krav om at krenkelsen bringes til opphør eller forhindres ved fjerning av den ulovlige informasjonen eller ved at tilgangen til den hindres. Ifølge Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) side 34 er ansvarsfrihetsreglene heller ikke til hinder for at myndighetene fastlegger prosedyrer for fjerning eller hindring av tilgang til informasjon. Heller ikke retten til midlertidig forføyning påvirkes av reglene i ehandelsloven.

Det foreligger ingen plikt for internettilbyderen til å blokkere, slette eller stenge nettstedet og nettjenester på anmodning fra rettighetshavere. For enkelte av tjenestene som tilbys, for eksempel lagringstjenester (hosting), kan det imidlertid tenkes at internettilbyderen på bakgrunn av anmodningen kan bli medvirkningsansvarlig etter åndsverklovens regler dersom tilbyderen unnlater å handle, jf. ehandelsloven § 18. For rene overføringstjenester (mere conduit) vil internettilbyderen som hovedregel uansett være ansvarsfri, jf. ehandelsloven § 16 og Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) side 15.

Gitt at internettilbyderen ikke er forpliktet til å etterkomme anmodningen, er rettighetshaveren gjerne henvist til å ta ut ordinært søksmål mot internettilbyderen med krav om at krenkelsen skal opphøre, eller begjære midlertidig forføyning med samme krav, jf. tvisteloven § 34-3 første ledd.

Grunnlag for forbud og midlertidig forføyning kan være at internettilbyderen har medvirket til tredjepartens krenkelse, jf. åndsverkloven § 54 tredje ledd, jf. § 55 første ledd. Dette gjelder selv om internettilbyderen er omfattet av ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven og vilkårene for straff eller erstatning av den grunn ikke foreligger, jf. ehandelsloven § 20.

Det finnes i dag ingen nemnd eller spesialorgan med kompetanse til å behandle tvister mellom rettighetshaver og internettilbyder.

Gjennomføring av opphavsrettsdirektivet

Direktivet ble gjennomført i åndsverkloven i 2005, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 46 og Innst. O. nr. 103 (2004-2005). Etter direktivet artikkel 8.3 skal medlemsstatene *"påse at rettighetshavere har mulighet til å kreve rettslig forføyning overfor mellomledd hvis tjenester brukes av en tredjemann til å overtre en opphavsrett eller beslektet rettighet."*

Av fortalen (59) fremgår bl.a. at det i mange tilfeller er mellomleddene som best kan bringe slike krenkelser til opphør. Uten at andre eksisterende sanksjoner og klageadgang berøres, bør rettighetshaverne derfor ha mulighet til å kreve rettslig forføyning overfor et mellomledd som formidler en tredjeparts krenkelse i et nettverk. Denne muligheten bør finnes også dersom mellomleddets handlinger omfattes av et unntak i henhold til artikkel

²¹ Dette følger også av fortalen punkt 45 i direktivet om elektronisk handel (2000/31/EF)

5.²² Vilkår og nærmere regler for slike forføyninger fastsettes i medlemsstatenes nasjonale lovgivning.

Gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet i Norge er bygget på forutsetningen om at innføringen av ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven ikke påvirket adgangen til midlertidig forføyning. Etter departementets syn var særskilte lovendringer derfor ikke nødvendig for gjennomføringen av artikkel 8.3, jf. brev om dette tema av 24. september 2007, hvor departementet bl.a. uttalte følgende:

”Adgangen til midlertidig forføyning reguleres i tvangsfullbyrdelsesloven. I § 15-1 stilles som grunnleggende vilkår at saksøker har ”et krav” mot saksøkte. Etter vårt syn kan dette krav følge av saksøktes medvirkning til tredjepartens krenkelse.”²³

For at midlertidig forføyning skal kunne begjæres etter tvangsfullbyrdelsesloven § 15-1, er det avgjørende om det er mulig å få dom for hovedkravet, altså at det er mulig å få en dom som f.eks. går ut på at en tjenestetilbyder skal hindre at tjenesten brukes til å krenke opphavsrettigheter eller at det er ulovlig å tilby tjenesten i forbindelse med slik virksomhet. Hvorvidt det er adgang til å få dom for dette, må avgjøres ut fra åndsverklovens regler.

På samme måte som overtredelse av åndsverkloven kan medføre både straffe- og erstatningsansvar, kan medvirkning til slik overtredelse gjøre det, jf. åndsverkloven § 54 tredje ledd, jf. § 55 første ledd. Spørsmålet er om tjenestetilbyder har opptrådt rettsstridig ved å medvirke til tredjeparts opphavsrettskrenkelser. I det minste vil tjenestetilbyder etter å ha mottatt henvendelse fra rettighetshaver med påstand/opplysning om tredjeparts krenkelse – i alle fall hva de etterfølgende krenkelsene angår – ikke være i god tro, og ansvarsgrunnlag vil da kunne foreligge.”

Den norske The Pirate Bay/Telenor-saken

I denne saken – hvor 23 selskaper og sammenslutninger innen film- og musikkbransjen sommeren 2009 begjærte midlertidig forføyning med krav om at Telenor skulle sperre tilgangen til The Pirate Bay for sine kunder – førte ikke medvirkningssynspunktet frem. I kjennelse fra Asker og Bærum tingrett av 6. november 2009 fikk rettighetshaverne ikke gjennomslag for kravet, og i kjennelse fra Borgarting lagmannsrett av 9. februar 2010 ble anken over tingrettens kjennelse forkastet. Saken ble ikke anket videre til Høyesterett.

²² Artikkel 5 angir hvilke unntak og avgrensninger i eneretten den enkelte medlemsstat kan ha. Av artikkel 5.1 fremgår direktivets eneste obligatoriske unntak: Fremstilling av midlertidige eksemplarer skal på nærmere angitte vilkår unntas fra eneretten. Overføring i nettverk forutsetter i stor grad fremstilling av slike midlertidige eksemplarer, og hensikten med unntaket er bl.a. å sikre at eneretten ikke er til hinder for at globale datanettverk kan fungere effektivt. I denne sammenheng er det sentrale at adgangen til rettslig forføyning bør finnes også om mellomleddets handlinger er omfattet av et unntak, f.eks. som angitt i artikkel 5.1.

²³ Tilsvarende i Sverige, jf. Regeringens propositon 2004/05:110 s. 331 flg.

Lagmannsretten legger til grunn at Telenor som mellomledd etter ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven uansett vil være uten et *selvstendig ansvar* for innholdet, men at spørsmålet er om det likevel kan pålegges en *handleplikt* til å stanse innholdet de formidler.

Retten mener at Telenors nøytrale og tekniske bidrag til formidling av The Pirate Bay er for fjerne til at de i lovens forstand kan karakteriseres som ulovlige og straffbare handlinger, og at de ikke faller inn under åndsverklovens bestemmelser om medvirkning til opphavsrettskrenkelser. Konklusjonen er at det ikke foreligger et krav, som er et grunnvilkår for midlertidig forføyning. For øvrig kommer lagmannsretten (uten at det hadde betydning for resultatet i saken) til at det heller ikke foreligger sikringsgrunn, som er det andre grunnvilkår for midlertidig forføyning.

3.1.2 Gjennomføring av opphavsrettsdirektivet art. 8.3 i de nordiske land

Danmark

I Danmark gjelder kravet om lovlig kopieringsgrunnlag²⁴ for alle bestemmelsene i andre kapittel, jf. den danske opphavsretsloven § 11 tredje ledd.²⁵ Fremstilling av midlertidige eksemplarer er følgelig ikke omfattet av unntaket i § 11a dersom kilden for overføringen er ulovlig. Mellomleddet vil her ha et selvstendig ansvar for de midlertidige eksemplarer som fremstilles (men være ansvarsfri etter ehandelsloven om vilkårene for dette er oppfylt). Dermed har rettighetshaver i disse tilfeller et krav mot mellomleddet, og nedleggelse av forbud mot fortsatt overtredelse kan kreves etter de alminnelige rettspleiereglene.

Dansk rettspraksis viser at nedleggelse av forbud med grunnlag i disse regler kan innebære at mellomledd pålegges å hindre krenkelser fra egne abonnenter. Dette ble utfallet i den såkalte TDC-saken, jf. Høyesterets kjennelse av 10. februar 2006. Kjennelsen forbød mellomleddet TDC uten samtykke fra rettighetshaverne å overføre opphavsrettslig vernet materiale til og fra to tjenere tilhørende to av sine abonnenter. Den praktiske følge av kjennelsen ble at TDC avbrøt internettforbindelsen til de to abonnentene.²⁶

Videre viser dansk rettspraksis at nedleggelse av forbud med grunnlag i disse regler kan innebære at mellomledd pålegges å sperre tilgang til nettsteder som tilbyr ulovlig innhold. Dette ble utfallet i sakene om blokkering av nettstedene Allofmp3.com og The Pirate Bay, jf. kjennelser fra henholdsvis København Byret av 25. oktober 2006 og Høyesteret av 27. mai 2010.

²⁴ Uten at forpliktelsen følger direkte av direktivet, ble det ved gjennomføringen i de nordiske land innført et krav om lovlig kopieringsgrunnlag (i Danmark ble kravet innført før gjennomføringen av direktivet). Essensen i kravet er at den eller de avgrensningsbestemmelser som kravet gjelder for, ikke vil hjemle den ellers lovlige bruk dersom kilden for bruken (kopieringsgrunnlaget) er ulovlig, dvs. gjengitt i strid med rettighetshavers enerett, jf. for Norges vedkommende åndsverkloven § 12 fjerde ledd.

²⁵ Det er gjort unntak for fremstilling av eksemplarer etter den danske opphavsretsloven § 16 femte ledd, som gjelder fremstilling av eksemplarer etter den danske pliktavleveringsloven.

²⁶ Jf. Rapport fra møderækken om håndhevelse af ophavsretten på internettet s. 36-37, avgitt av det danske Kulturministeriet 25. juni 2009: <http://kum.dk/ServiceMenu/Publikationer/2009/Rapport-fra-moderakken-om-handhivelse-af-ophavsretten-pa-internettet/>

I den danske saken om Telenors (tidligere DMT2s og Sonofons) sperring av tilgang til The Pirate Bay var imidlertid *grunnlaget* for kravet et annet enn i TDC- og Allofmp3.com-sakene: Siden nettstedet The Pirate Bay bare inneholdt torrent-filer (ikke musikk- og filmfiler etc.), innebar ikke mellomleddets overføring fra The Pirate Bay (av torrent-filer) midlertidig eksemplarframstilling av opphavsrettslig vernet materiale. Overføringen utgjorde dermed ikke en selvstendig krenkelse etter dansk rett. Rettighetshaverne bygget i stedet sitt krav på at The Pirate Bay medvirket til krenkelser av opphavsrett m.m. og at Telenor medvirket til disse krenkelsene ved å gi sine kunder tilgang til nettstedet. Dette er så vidt departementet kan se det samme resonnement som ble anført i den norske sak, men i motsetning til utfallet av denne ga dansk høyesterett rettighetshaverne medhold: Kjennelsen forbyr Telenor å *medvirke* til andres eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring via The Pirate Bay av verk som saksøkerne har de opphavsrettslige eneretter til.

Sverige

Som i Norge, gjelder kravet om lovlig kopieringsgrunnlag i Sverige bare for eksemplarframstilling med hjemmel i § 12. Mellomleddene har da heller ikke i Sverige et selvstendig ansvar for de midlertidige eksemplarer som fremstilles ved ulovlig fildeling.

Den svenske opphavsretsloven § 53b har derimot en bestemmelse om ”vitesförbud”, som for gjennomføring av opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 i 2005 ble utvidet til også å omfatte *medvirkning* til krenkelser av opphavsrett m.m. Det er imidlertid presisert i forarbeidene²⁷ at nettverksdrift *i seg selv* normalt ikke vil være tilstrekkelig til å medføre medvirkningsansvar, og at artikkel 8.3 *ikke* krever at en rettighetshaver *alltid* skal kunne kreve rettslig forføyning når et mellomledds tjenester benyttes til krenkelser.

Forføyningsadgangen i Sverige synes på denne bakgrunn begrenset når mellomleddet bare forestår ren videreformidling. Like fullt påla Svea Hovrätt internettilyderne Black Internet og Portlane å avstå fra å medvirke til opphavsrettskrenkelser ved å tilby internettilgang til henholdsvis The Pirate Bay-tjenere og en eller flere *trackere* via domenet ”tracker.openbittorrent.com”.²⁸ Avgjørelsene må trolig sees i sammenheng med at leverandørene ikke bare var nettverkstilbydere, men at de også hadde inngått forretningsforhold med de aktuelle nettstedene og heller ikke avsluttet forholdene etter kunnskap om de ulovlige aktivitetene.

Finland

Heller ikke i Finland gjelder kravet om lovlig kopieringsgrunnlag for § 11a, og heller ikke i Finland har mellomleddene et selvstendig ansvar for de midlertidige eksemplarer som fremstilles ved ulovlig fildeling.

²⁷ Regeringens proposition 2004/05: 110 s. 336 flg.

²⁸ Kjennelser fra Svea Hovrätt av 21. mai 2010

For gjennomføring av artikkel 8.3 ble det i 2005 innført en særregulering i den finske opphavsretsloven §§ 60b - 60c.²⁹ Reguleringen gir rettighetshavere mulighet til å gå til domstolen for å få stoppet opphavsrettskrenkelser. Om domstolen nedlegger forbud, skal mellomledet stoppe tilgjengeliggjøring av det krenkende materialet. Om krenkelsene ikke opphører, kan mellomledet bli ilagt bøter. Domstolen kan på nærmere vilkår og anmodning fra rettighetshaver nedlegge forbud når dette er rimelig i forhold til de interesser som er involvert, herunder interessene til den som påstås å stå bak krenkelsen. Denne har i utgangspunktet krav på å bli hørt, men *midlertidig* forbud kan nedlegges uten at denne høres om det anses nødvendig i sak som haster. Det midlertidige forbudet blir opphevet hvis det ikke anlegges sak innen en måned. Dersom sak om midlertidig forbud blir avvist eller saken av andre grunner ikke kan føres, skal rettighetshaver erstatte øvrige parter eventuelle tap og kostnader i sakens anledning. Departementet er ikke kjent med finsk rettspraksis etter disse reglene.

3.1.3 Hindring av tilgang til nettsted ved sletting og blokkering

En måte å begrense ulovlig fildeling på er å iverksette tekniske tiltak som vanskelig- eller umuliggjør brukernes tilgang til enkelte forhåndsdefinerte nettsider. Dersom det ulovlige materialet befinner seg på en sentral tjener vil man kunne iverksette tiltak som gjør det vanskelig for brukerne å nå frem til den aktuelle nettsiden. Tilsvarende kan iverksettes dersom fildelingen skjer ved hjelp av bruker-til-bruker-protokoller (peer-to-peer-protokoller). Det vil her være mulig å rette tiltak mot nettsider som leverer sentrale *tjenester* som støtter opp under bruken av denne typen protokoller. Ved BitTorrent-teknologi vil det i så fall være tale om å begrense eller umuliggjøre brukernes tilgang til sentrale nettsider som leverer tracker- og eller indeks-tjenester, se mer om dette pkt. 1.1.3. I praksis er disse nettverkene avhengig av at det eksisterer slike sentrale støttetjenester for at man skal kunne dele filer i et visst omfang.

Uansett hvilken type nettside det er snakk om, kan man umuliggjøre tilgangen til den gjennom å fjerne (ta ned) siden, eller man kan blokkere tilgangen til den. Førstnevnte (ta ned) innebærer at nettsiden fysisk fjernes fra Internett. Sistnevnte (blokkering) brukes om forskjellige tekniske tiltak som forsøker å hindre tilgang til en side uten at denne fysisk fjernes fra nett. Felles for de fleste blokkeringsmetoder er at de har svakheter ved at de sjelden er fullstendig effektive eller treffsikre. Omgåelse vil alltid være mulig, uansett hvilken teknologi som benyttes for blokkeringen. Det er også et problem at blokkeringen kan hindre tilgang til materiale som ikke er ment å blokkeres ("falske positive"). Dersom maskinen som blokkeres (målvert) også gir tilgang til lovlig materiale, vil også dette lovlige materialet blokkeres.

Til tross for svakhetene antar departementet at blokkering av tilgang til nettsider med ulovlig innhold kan ha en effekt ved at den umiddelbare tilgangen blir hindret. Blokkering kan således være et virkemiddel for å redusere den ulovlige trafikken.

²⁹ <http://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1961/19610404>

Som nevnt ovenfor, skal etter EUs opphavsrettsdirektiv (2001/29/EF) artikkel 8.3 en rettighetshaver ha mulighet til å kreve rettslig forføyning mot en internettilbyder når tilbyderens tjenester benyttes av en tredjepart til å begå opphavsrettskrenkelser. Slik forføyning kan f.eks. gå ut på at internettilbyderen pålegges å blokkere tilgangen til et nettsted med innhold som krenker opphavsretten. Direktivforpliktelsen innebærer på denne måte at alle EØS-land allerede i dag skal ha regler som åpner for slik blokkering.

3.1.3.1 Nærmere om blokkering

I dette punktet gjennomgås ulike tekniske muligheter for å blokkere ulovlig innhold på Internett.

Teknisk blokkering kan foretas på to nivåer – enten nasjonalt (sentralt) eller hos den enkelte tilbyder.

Blokkering på nasjonalt nivå medfører at tiltaket får samme virkning overfor alle brukere i et land. I Norge anses slik blokkering ikke aktuelt. Etter det departementet kjenner til finnes det i Norge heller ikke infrastruktur som gjør det mulig å blokkere på nasjonalt nivå.

Ved blokkering på tilbydernivå skjer blokkeringen lokalt hos den enkelte internettilbyder. Slik blokkering kan oppleves noe forskjellig avhengig av hvilken tilbyder man bruker. Det finnes flere måter å foreta slik blokkering på:

DNS-blokkering (eller DNS-manipulering)

En IP-adresse er en unik nettverksadresse som benyttes til å sende datatrafikk innen et nettverk, for eksempel mellom tjenere og PC-er som er tilsluttet Internett. Siden IP-adressene består av tall og således er lite brukervennlige som memorerbare adresser, blir internetadresser gjerne angitt ved bruk av domenenavn – en såkalt DNS-adresse, som er en brukervennlig måte å angi adressen til et bestemt domene på. IP-adressen ”195.225.28.195” tilsvarer DNS-adressen ”regjeringen.no” som altså er et domene som tilhører Statsministerens kontor. Når man ønsker å oppsøke bestemte nettsider oppgis gjerne en såkalt URL (Uniform Resource Locator) som har DNS-adressen som en sentral komponent. Taster en følgende URL: ”http://www.regjeringen.no/kud” inn i adressefeltet på sin nettleser kommer en til Kulturdepartementets nettside på domenet til Statsministerens kontor. DNS-adressen ser en igjen ”inne” i URLen mellom elementene ”http://www.” og ”/kud”. (Ut over DNS-adressen, er de øvrige elementene i URLen der for å fortelle nettleseren hvordan siden skal vises, og for å peke ut en bestemt datamaskin og nettside blant de mange datamaskinene og nettsidene som administreres av Statsministerens kontor under domenet ”regjeringen.no”.)

Når en bruker taster inn en URL som inneholder et domenenavn i sin nettleser, gjøres det automatisk et oppslag i tjenesten Domain Name Service (DNS) via brukerens internettilbyder. Domenenavnet blir da oversatt til den riktige IP-adressen som nettsiden befinner seg på.

DNS-blokkering/-manipulering innebærer at en internettilbyder i sin DNS-tjeneste fjerner koblingen mellom en bestemt DNS-adresse og en IP-adresse. Dette betyr at den gjeldende

URL ikke blir oversatt til den riktige IP-adressen. Internetttilbyderens brukere kan da ikke kommunisere med IP-adressens tjener uten å foreta bestemte grep for å omgå blokkeringen.

Et eksempel på DNS-blokkering/-manipulering er Kripos' barnepornofilter (CSAADF - Child Sexual Abuse Anti Distribution Filter).

DNS-blokkering/-manipulering er den enkleste og minst ressurskrevende form for teknisk blokkering hvis man ønsker å forhindre tilgang til bestemte tjenere på Internett.

IP-blokkering

Ved IP-blokkering hindrer man kommunikasjon med bestemte tjenere som er koblet til Internett med bestemte IP-adresser. Dersom en slik adresse tilhører en tjener som inneholder flere nettstedet eller tjenester, blokkeres også disse. Det er ikke uvanlig at store internetttilbydere er vert for flere tusen nettsteder som alle deler samme IP-adresse. IP-blokkering vil da blokkere tilgangen til samtlige. Siden det er vanlig at mange nettsteder deler IP-adresse, vil IP-blokkering gi et langt større problem med "falske positive" enn DNS-blokkering. I tillegg er IP-adresser mer flyktige enn DNS-adresser slik at det er mer arbeidskrevende å vedlikeholde et filter basert på IP-blokkering.

Innholdsblokkering (Deep packet inspection)

Innholdsblokkering går ut på at man blokkerer for kommunikasjon med et nærmere angitt innhold, for eksempel rettighetsbeskyttet innhold som musikk, filmer mv. I praksis er den som blokkerer enten avhengig av å ha ferdige "signaturer" som entydig identifiserer ulovlig innhold, eller tilgang til teknologi som identifiserer slikt innhold på annen sikker måte.

Fordi innholdet ofte er sendt i komprimeringsformater med kryptering, vil det kunne være vanskelig for internetttilbyderen å identifisere innholdet. Som blokkeringsmetode vil det derfor ikke være fullt ut effektivt for å hindre urettmessig tilgjengliggjøring av opphavsrettslig beskyttet materiale. Innholdsblokkering er dessuten en ressursmessig svært kostbar blokkeringsmåte, og det knytter seg stor usikkerhet til hvorvidt det i det hele tatt er teknisk mulig å identifisere ulovlig innhold på en entydig måte. Dersom identifikasjonen er flertydig kan også fullt lovlig innhold bli blokkert.

Andre typer blokkering

I tillegg finnes det innenfor brannmurteknologi andre blokkeringsmåter som typisk utføres lokalt i en bedrift e.l. Eksempler på slik blokkering er proxy-basert blokkering, port-blokkering og protokoll-blokkering. Departementet anser ikke disse blokkeringsmåtene relevante i denne sammenheng.

3.1.4 Tilgrensende problemstillinger

3.1.4.1 Høringsnotat om forslag til endringer i ekomloven

Samferdselsdepartementet sendte 23. juni 2010 et høringsnotat med forslag til endringer i bl.a. ekomloven på høring. I høringsnotatet foreslås en gjennomføring av endringene som

følger av revisjonen³⁰ av EUs regulatoriske rammeverk for elektronisk kommunikasjon (ekompakken).³¹

Ved endring av EUs rammedirektiv er det inntatt en ny bestemmelse i artikkel 1.3.a som fastslår at begrensning av sluttbrukers tilgang til eller bruk av elektronisk kommunikasjonsnett og -tjenester bare kan skje på nærmere angitte forutsetninger. Stenging eller nektelse av tilgang til eller bruk kan ikke skje uten forutgående, uavhengig og rettferdig prosedyre, der alle parter er gitt anledning til å bli hørt. Samferdselsdepartementet foreslår at dette prinsippet lovfestes i forslag til ny § 2-5a i ekomloven.

Det fremgår av høringsnotatet at direktivet artikkel 1.3.a og forslaget ikke berører adgangen til å blokkere nettsteder.

3.1.4.2 Datakrimutvalget

I Datakrimutvalgets delutredning II (NOU 2007:2 Lovtiltak mot datakriminalitet) punkt 5.13 diskuteres spørsmål om filtrering (blokkering) av utenlandske nettsteder som tilgjengeliggjør informasjon som er ulovlig etter norske regler. Det vises til at de norske bestemmelsene om inndragning av informasjonsbærere i straffeloven § 76, som gir hjemmel til inndragning av tjener eller nettsted, ikke kan anvendes overfor utenlandske tjenester. Utredningen tar opp spørsmålet om det er ønskelig med en ny bestemmelse om filtrering, slik at man ved hjelp av internetttilbyderen kan oppnå tilsvarende virkning for nettsteder etablert i utlandet.

Flertallet i Datakrimutvalget ønsket ikke å foreslå en slik lovhjemmel. Det ble bl.a. pekt på at hensynet til ytringsfriheten etter deres mening taler mot å sensurere utenlandske nettsider for norske brukere. Faren for at også lovlige fremsatte ytringer vil bli stoppet i et slikt filter ("falske positive") trekkes her frem som et argument mot en slik ordning. En annen innvendig er at effekten av filtrering er begrenset på grunn av mulighetene for omgåelse.

Utvalgets mindretall mente derimot at en ny generell hjemmel for filtrering av ulovlig innhold burde inntas i straffeloven. Terskelen for å kunne pålegge slik filtrering var etter mindretallets forslag at det ulovlige innholdet kunne medføre straffeansvar utover bøter. Ut over dette gir ikke forslaget særlig anvisning på når filtrering kan foretas, bortsett fra at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering. Mindretallet pekte bl.a. på at filtrering kan tenkes å være et virkemiddel mot nettsider som sprer innhold i strid med rettighetshavers enerett etter åndsverkloven. Videre åpnet mindretallet for at en filtreringsbestemmelse alternativt kunne inntas i en eventuell regulering av innhold som sendes over elektronisk

³⁰ Direktiv 2009/140/EF og direktiv 2009/136/EF.

³¹ EUs direktivpakke består av følgende fem direktiver: rammedirektivet (2002/21/EF), tilgangsdirektivet (2002/19/EF), tillatelsesdirektivet (2002/20/EF), USO-direktivet (2002/22/EF) og kommunikasjonsvernsdirektivet (2002/58/EF). Direktivene er gjennomført i norsk rett gjennom ekomloven, ekomforskriften og nummerforskriften.

kommunikasjonsnett (inkludert kringkasting) og forvaltes av en egnet myndighet, for eksempel Medietilsynet som arbeider med tilgrensede problemstillinger.

I Ot.prp. nr. 22 (2008-2009)³² om endringer i straffeloven ble mindretallets forslag vurdert, men er ikke fulgt opp.

3.1.4.3 Nettnemnda

Selvreguleringsordningen Nettnemnda ble etablert som en uavhengig klageinstans av IKT-Norge i 2001. Ordningen var en avtalebasert nemnd hvor internetttilbydere frivillig kunne slutte seg til et sett etiske regler for Internett. Disse reglene var utarbeidet av bransjen selv og tok sikte på å ivareta grunnleggende rettigheter for brukere og tjenesteytere på Internett. Blant annet omhandlet reglene hvordan internetttilbyderne skulle forholde seg til ærekrenkelser, krenkelse av personvern og immaterielle rettigheter.

Etter klage fra publikum eller på eget initiativ kunne Nettnemnda vurdere brudd på det etiske regelverket. I praksis var oppgaven særlig å balansere hensynet til ytringsfrihet mot hensynet til privatliv og personvern. Vedtakene som nemnda fattet var bindende i saker som gjaldt virksomheter på Internett der tjenesteyter hadde forpliktet seg til å godta de nettetiske reglene. Avgjørelsene kunne eksempelvis gå ut på at internetttilbyderen ble pålagt å endre eller fjerne omtvistet innhold. Ut over dette kunne nemnda også gi uttalelser i alle spørsmål som falt inn under nemndas arbeidsområde. Nettnemnda skulle også gi veiledning til bransjen og publikum.

Nettnemnda ble nedlagt i 2003 på grunn av manglende finansiering. Etter det departementet har kunnet bringe på det rene, ble det i løpet av Nettnemndas virketid ikke behandlet saker som gjaldt krenkelser av opphavsrettslige regler.

3.1.4.4 Varsel og fjern-system (*notice and takedown*)

Fra flere hold har det tidligere blitt lansert forslag om å innføre et ”varsel og fjern”-system (”notice and takedown”) for brudd på opphavsrett m.m. etter mønster bl.a. fra den amerikanske Digital Millennium Copyright Act. En slik ordning kan gå ut på at internetttilbyderen, etter å ha mottatt varsel om at vedkommende lagrer ulovlig informasjon, snarest skal hindre tilgang til det påstått ulovlige innholdet. Samtidig skal nettstedet som har lagt ut informasjonen varsles. Nettstedet kan deretter i melding til internetttilbyderen kreve at informasjonen på ny blir gjort tilgjengelig. Etter å ha mottatt en slik melding, skal internetttilbyderen umiddelbart varsle den påstått krenkede om at informasjonen vil bli gjort tilgjengelig innen en viss tid. Innen dette tidspunkt kan den krenkende part kunne gå til domstol for å hindre slik ny tilgjengeliggjøring.

I Ot.prp. nr. 4 (2003-2004)³³ ble en slik ordning vurdert og avvist i forbindelse med gjennomføringen av direktivet om elektronisk handel (2000/31/EF).

³² Se side 70-71.

³³ Punkt 9.2.3 side 22-23.

3.1.4.5 Personvernkommisjonen

Personvernkommisjonen ble nedsatt av regjeringen den 25. mai 2007 for å foreta en utredning om personvern. Kultur- og kirkedepartementet oppfordret i brev av 22. august 2007 Personvernkommisjonen til å se nærmere på problemstillinger knyttet til rettighetshavernes behov for å forfølge opphavsrettskrenkelser på nettet og hensynet til personvernet.

Personvernkommisjonen foreslo i NOU 2009:1 Individ og integritet³⁴ at det skulle opprettes et eget organ (nemnd) for nettytringer som bl.a. skulle respondere på og løse konflikter i forbindelse med nettytringer. Kommisjonen mente at organet også burde få mandat til å behandle andre typer nettkrenkelser enn rene personvernkrenkelser, og da særlig opphavsrettskrenkelser. Det ble foreslått at organet skulle være et frivillig supplement til domstolsbehandling og at det kun skulle ha en rådgivende funksjon uten sanksjonsmuligheter. Personvernkommisjonen anbefalte også at organet skulle være offentligrettslig basert, men organisatorisk plassert slik at det var faglig uavhengig Kongen og departement.

I Personvernkommisjonens utredning behandles ikke nærmere hvilke virkninger det skulle ha om organet vurderte en ytring som rettsstridig, utover at det ble forutsatt at internettilbyderen skulle gjøre ytringen ”utilgjengelig”. Samtidig viser kommisjonen til ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven og konstaterer at internettilbyderen ikke lenger vil være skjermet av disse dersom denne ikke uten ugrunnet opphold fjerner en ytring som organet har vurdert som rettstridig. Dette kan tyde på at forslaget primært er ment rettet mot internettilbydernes lagringstjenester (jf. ehandelsloven § 18), og ikke rene overføringstjenester (jf. ehandelsloven § 16).

Utredningen var på høring høsten 2009. Kulturdepartementet er ikke kjent med konkrete planer om å følge opp forslaget hva gjelder opphavsrettskrenkelser.

Forslaget til Personvernkommisjonen tar utgangspunkt i notatet ”Nemnd for Internett” som ble utarbeidet av advokat Andreas Galtung på oppdrag fra kommisjonen³⁵. I notatet foreslår Galtung at nemnda skal rette seg mot internettilbydere og ha retting, sletting og stengning som sanksjon. I motsetning til Personvernkommisjonen foreslår Galtung at nemnda skal hjemles i ehandelsloven og at den administrativt plasseres under Nærings- og handelsdepartementet, eventuelt under Post- og teletilsynet.

3.2 Departementets vurderinger og forslag

Etter departementets syn er det ønskelig å klargjøre rettighetshaveres mulighet til å kreve at internettilbydere pålegges å bidra til at opphavsrettskrenkelser på Internett opphører. Klargjøringen bør angi det rettslige grunnlaget (hjemmelen) og vilkårene for når pålegg kan gis. Hensynet til forutberegnelighet – både for rettighetshavere og internettilbydere, og for så vidt også for tredjeparter – tilsier slik klargjøring. Det samme gjør

³⁴ Punkt 13.5.4

³⁵ Publisert som vedlegg 2 til NOU 2009:1 (side 224 flg.).

prosessøkonomiske hensyn, og ikke minst hensynet til rettighetshaveres mulighet for effektiv håndheving av sine rettigheter på Internett.

Den klargjøring departementet i første rekke ser behov for, knytter seg til *hjemmelen* for at rettighetshavere kan kreve pålegg mot internettilbydere når tredjeparter benytter tilbydernes tjenester til å begå opphavsrettskrenkelser. Spørsmål som oppstår ved utformingen av slik hjemmel vurderes i pkt. 3.2.3.

Før dette, vil departementet i pkt. 3.2.1 se nærmere på internettilbydernes rolle i disse situasjonene. Det særegne ved disse ”trepartskonfliktene” – nemlig at det etableres en rettslig relasjon mellom to parter som kan få betydelige konsekvenser (i første rekke) for en utenforstående³⁶ tredjepart – krever etter departementets syn også en særskilt vurdering. Dette og øvrige problemstillinger som trepartskonfliktene reiser, gjennomgås i pkt. 3.2.2.

I pkt. 3.2.4 vil departementet vurdere hvordan internettilbydere bør kunne pålegges å bidra til at opphavsrettskrenkelser på Internett bringes til opphør – aktuelle sanksjoner er tema her. Vilkårene for pålegg gjennomgås i pkt. 3.2.5.

I pkt. 3.2.6 ser departementet nærmere på hvordan prosessen for håndtering av slike konflikter kan være: Den tradisjonelle arenaen for konflikter mellom internettilbyder og rettighetshaver er rettsapparatet. Det kan imidlertid være byrdefullt å ta en slik konflikt til domstolene. En rettslig prosess vil ofte ta lang tid, noe som kan medføre at krenkelsen vedvarer og det økonomiske tapet som følge av krenkelsen vokser. Etter departementets syn er det viktig at rettighetshaver i disse tilfellene har effektive måter å gripe inn overfor et nettsted som krenker opphavsretten. Departementet mener derfor at det bør vurderes å gi et eget organ kompetanse til å fastsette pålegg som er egnet til å avhjelpe slike problemer – alternativt at domstolenes adgang til å fastsette slike pålegg utvides og klargjøres i en ny lovbestemmelse.

Departementet foreslår på denne bakgrunn to alternativer for hvem som skal kunne beslutte tiltak mot internettilbydere. I pkt. 3.2.7 skisseres *alternativ 1: behandling i organ*. I pkt. 3.2.8 skisseres *alternativ 2: behandling i de ordinære domstoler*. I pkt. 3.2.9 følger oppsummering og konklusjon.

3.2.1 Internettilbydernes rolle

Ved opphavsrettskrenkelser på Internett vil normalt første steg for rettighetshaveren være å kontakte nettstedet som publiserer det ulovlige innholdet med krav om at krenkelsen skal opphøre. Nettstedet kan enten være samme subjekt som den originære ytrer (hovedmannen som laster opp det ulovlige materialet), eller kun medvirke til krenkelsen gjennom publiseringen eller tilgjengeliggjøringen.³⁷

³⁶ Utenforstående i den forstand at tredjeparten gjerne står utenfor den rettslige relasjonen som etter regler som gjennomfører artikkel 8.3 skal etableres mellom rettighetshaveren og internettilbyderen.

³⁷ Jf. The Pirate Bay-saken i Sverige: De fire grunnleggerne bak The Pirate Bay ble i Stockholms tingsrätt 17. april 2009 dømt til ett års ubetinget fengsel og et erstatningskrav på SEK 30 millioner for medvirkning

Det er imidlertid ikke alltid det er en praktisk mulig fremgangsmåte å rette et krav direkte mot nettstedet.

Nettsteder med ulovlig innhold som er etablert i utlandet skaper spesielle problemer. Ofte kan det være vanskelig å identifisere hvem som står bak det aktuelle nettstedet eller hvordan de ansvarlige skal kontaktes. I mange tilfeller vil det derfor være utfordrende for norske rettighetshavere å håndtere en krenkelsessak mot et utenlandsk nettsted.

I slike saker vil det kunne være enklere for rettighetshaveren om kravet kan rettes mot den norske internettilbyderen, som er den tekniske formidler av det ulovlige innholdet. Internettilbydere er enkle å identifisere og har faktisk mulighet til å stoppe eller vanskeliggjøre tilgang til innholdet, dersom nettstedet/originær ytrer ikke kan identifiseres eller ikke ønsker å bidra til at krenkelsen opphører.

Internettilbyderen vil i stor utstrekning være beskyttet av ansvarsfriebestemmelsene i ehandelsloven. Blant annet gjelder dette for den rene videreformidlingen. Med mindre internettilbyderen selv risikerer å komme i medvirkningsansvar for sin befatning med det ulovlige innholdet, er det derfor lite trolig at en henvendelse fra en rettighetshaver med krav om stenging eller blokkering av ulovlig innhold uten videre vil føre frem. Av rettssikkerhets-, informasjons- og ytringsfrihetshensyn er det heller ikke ønskelig.

Etter departementets oppfatning bør imidlertid internettilbyderne på nærmere vilkår kunne pålegges å bidra til å bringe krenkelser av opphavsrett m.m. til opphør i slike tilfeller. Uavhengig av om tilbyderne har utvist subjektiv skyld eller på annen måte har opptrådt klanderverdig, vil det etter departementets syn være hensiktsmessig at tilbyderne i disse tilfeller kan pålegges en handleplikt. Det vises i denne sammenheng til at det i mange tilfeller vil være internettilbyderne som er i best stand til å bringe slike krenkelser til opphør – kanskje også den eneste som kan gjøre det, eller i det minste bidra i slik retning.

Departementet antar at tiltak mot internettilbydere i praksis vil anvendes som en subsidiær løsning, i den forstand at adgangen i hovedsak anvendes om effektiv håndheving ikke er mulig overfor hovedmann.

3.2.2 Nærmere om trepartskonflikter

Som nevnt ovenfor, er det lagt til grunn i opphavsrettsdirektivet at internettilbyderne skal kunne pålegges å bidra til å bringe krenkelser av opphavsrett m.m. til opphør. I situasjonen som beskrives i artikkel 8.3, finnes tre aktører: rettighetshaveren, mellomledet og tredjeparten. Mens rettighetshaveren er den som får sine rettigheter krenket, er tredjeparten den som krenker dem (overtrederen) og mellomledet er den som i teknisk forstand medvirker til krenkelsene – den som gjør krenkelsene mulig, men som for øvrig er uten ”skyld” og gjerne også uten mulighet til å påvirke tredjepartens handlinger.

til brudd på opphavsretten. Dom i ankesaken ble avsagt av Svea Hovrätt 26. november 2010. Tre av de fire tiltalte ble her dømt til ubetinget fengsel i hhv. 4, 8 og 10 måneder og til å betale SEK 46 millioner i erstatning. (Saken mot den fjerde tiltalte ble utsatt pga. sykdom). Dommen er ikke rettskraftig.

Et typisk mellomledd vil være en internettilbyder, en typisk tredjepart vil være et nettsted som tilbyr ulovlig innhold.

Det kan til direktivets terminologibruk innvendes at det gjerne vil være mer naturlig å benevne mellomleddet enn overtrederen som tredjepart. Når direktivet likevel benevner overtrederen som tredjepart, antar departementet at dette har sin bakgrunn i at overtrederen gjerne vil stå utenfor den rettslige relasjonen som etter regler som gjennomfører artikkel 8.3 skal etableres mellom rettighetshaveren og mellomleddet.

Selv om det er mellom rettighetshaveren og tredjeparten den egentlige konflikten oppstår, gir altså artikkel 8.3, jf. fortalen (59), anvisning på regler som kan pålegge mellomleddet en handleplikt.

Om rettighetshaver ved saksanlegg for en domstol krever at en internettilbyder pålegges en handleplikt, vil dette tradisjonelt innebære at det oppstår en ”topartssak” med rettighetshaver som saksøker og tilbyderen som saksøkt. Imidlertid vil disse sakene typisk ha en ”treparts karakter”, ved at konsekvensene av en handleplikt gjerne er størst for tredjeparten, som tradisjonelt altså vil stå utenfor saken.

Internettilbyderen, som forføyningen jo retter seg mot, vil normalt verken kunne påvirke eller ha interesse i de krenkelsene som skjer i nettverket. Når tilbyderens forhold blir underordnet og det ikke forutsettes etablert (et tenkt) ansvar eller ”skyld” hos tilbyderen, jf. nedenfor i pkt. 3.2.3, vil denne ha begrenset egeninteresse i å motsette seg kravet om handleplikt og å forsvare innholdet i rettsprosesser. Dette forsterkes ved at en ilagt handleplikt neppe vil ha særlig negative konsekvenser for tilbyderen. Samtidig er *tredjeparten*, som pålegget kan få betydelige konsekvenser for, tradisjonelt ikke del av prosessen, med den følge at domstolen kanskje heller ikke tar de *legitime* tredjepartsinteresser i betraktning.³⁸

Etter departementets oppfatning bør de regler som foreslås innført legge til rette for at tredjeparten (om mulig) varsles om saken og gis anledning til å uttale seg og på den måte ivareta sine interesser i saken. Hvordan dette skal sikres, vil skille seg alt ettersom det er et forvaltningsorgan eller en domstol som skal behandle disse sakene, jf. nedenfor i pkt. 3.2.7 og 3.2.8.³⁹

3.2.3 Nærmere om hjemmelen for å kreve at handleplikt pålegges

For at internettilbyderen etter gjeldende rett skal kunne pålegges en handleplikt, enten ved forbudsdom eller midlertidig forføyning, er det et vilkår at rettighetshaver har et *krav* mot

³⁸ Som eksempel på legitime tredjepartsinteresser ved forføyninger om blokkering av nettsted med ulovlig innhold, kan nevnes at også tilgangen til lovlig innhold vil kunne rammes av den samme forføyning, jf. mer om dette nedenfor i pkt. 3.2.4.

³⁹ Problemstillinger knyttet til slike trepartskonflikter er drøftet i bl.a. følgende artikler: Clement Salung Petersen ”Netværksoperatørernes rolle i bekæmpelsen af ophavsretskrænkelser på internettet” (NIR 2009 s. 21) og Søren Sandfeld Jakobsen og Clement Salung Petersen ”Injunctions against *Mere Conduit* of Information protected by Copyright – A Scandinavian Perspective” (foreløpig upublisert).

mellomleddet, jf. ovenfor. At mellomleddet er uten selvstendig ansvar etter ehandelsloven §§ 16-18, er ikke til hinder for at rettighetshaver kan ha et slikt krav, jf. (forutsetningsvis) ehandelsloven § 20. Men kravet må følge av særskilt hjemmel, og det var slik hjemmel retten i den norske The Pirate Bay/Telenor-saken ikke fant å foreligge.

Etter departementets syn er det ønskelig å klargjøre rettighetshaveres mulighet til å kreve at en slik handleplikt pålegges. En hjemmel som klargjør dette bør etter departementets syn legge til rette for at internettilbyderen kan pålegges en handleplikt når dennes tjenester benyttes av en tredjepart til å begå opphavsrettskrenkelser. Dette bør gjelde selv om tilbyderen er omfattet av ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven, og selv om det ikke kan etableres et ansvar for tilbyderen etter åndsverkloven på selvstendig grunnlag eller med grunnlag i tilbyderens medvirkning til krenkelsene.

Departementet finner det betenkelig å innføre et selvstendig ansvar og/eller å strekke medvirkningsansvaret etter åndsverkloven lengre enn det går i dag om den eneste begrunnelsen for dette skal være å etablere et krav for rettighetshaver mot tilbyderen for å muliggjøre pålegg. Et slikt krav både kan og bør etableres på annen måte enn gjennom et (tenkt) selvstendig ansvar for tilbyderen. Til støtte for dette taler etter departementets oppfatning både ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven og opphavsrettsdirektivets forale (59) om at adgangen til forføyning bør finnes også om tilbyderens handlinger omfattes av et unntak i henhold til artikkel 5 – altså at adgangen til forføyning bør finnes også om tilbyderens handlinger ikke er belagt med et selvstendig ansvar.

Ved utformingen av hjemmelen tilsier dette at tilbyderens eget forhold holdes utenfor, og at det i stedet fokuseres på det som er det sentrale iht. direktivet, nemlig at tilbyderens tjenester benyttes av en tredjepart til krenkelse av opphavsrett. Hjemmelen bør følgelig ikke inneholde vilkår om at tilbyderen kan holdes medvirkningsansvarlig eller på annen måte må oppfylle et krav til subjektiv skyld.

Tilbyderens eget forhold reguleres i åndsverklovens eksisterende bestemmelser supplert med reglene i ehandelsloven og annet relevant regelverk. Departementet tar ikke sikte på å endre dette.

Et neste spørsmål blir om det skal etableres en handleplikt som følger direkte av loven og som kan følges opp ved sak for domstolene, eller om handleplikten bare skal kunne pålegges av en domstol eller et forvaltningsorgan med hjemmel i lov, og altså først oppstå ved domstolens eller organets avgjørelse.

Etter departementets syn vil en handleplikt som følger direkte av loven (uten forutgående domstols- eller forvaltningsavgjørelse) være tvilsom i et ytringsfrihetsperspektiv. En kan også stille spørsmål ved om en slik handleplikt i praksis ville tilsidesette hensynene bak ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven.

Departementet er av den oppfatning at en handleplikt bare skal kunne pålegges av en domstol eller annen myndighet med hjemmel i lov og på rettighetshavers begjæring. For eksempel bør tilgangen til et nettsted som tilbyr innhold som krenker opphavsretten bare kunne hindres av internettilbyderen på grunnlag av retts- eller forvaltningsavgjørelse, ikke trussel om saksanlegg alene.

Departementet har også vurdert et ”varsel og fjern”-system (”notice and takedown”). Slike systemer er i første rekke tilpasset de situasjoner der internettilbyderen tilbyr lagringstjenester, jf. ehandelsloven § 18. Det kan imidlertid tenkes at en lignende ordning kunne innføres for selve overføringen av ulovlig innhold.

Departementet ser klare betenkeligheter med et ”varsel og fjern”-system. Ordningen kan misbrukes ved at det sendes uberettigede varsler, dvs. meldinger som uriktig påstår at innholdet er ulovlig. Basert på slike vil internettilbyderen kunne fjerne eller sperre for lovlig innhold for å være på den sikre siden. Dette vil begrense informasjons- og ytringsfriheten. I tillegg antar departementet at en slik ordning vil være ressurskrevende for internettilbyderen å administrere.

Sett i et ytringsfrihets- og rettssikkerhetsperspektiv vil det etter departementets vurdering være mer betryggende om tiltak mot påståtte krenkelser først blir iverksatt etter grundig behandling i et eget organ eller domstol. Departementet vil derfor foreslå at det etableres en slik ordning.

3.2.4 Sanksjoner

Artikkel 8.3 angir hva som skal utløse forføyningsadgangen (at tredjepart ved hjelp av mellomleddets tjenester begår krenkelser), men ikke hva forføyningen skal gå ut på. I fortalen (59) vises det imidlertid til at mellomledd kan *”bringe slike overtredelser til opphør”* – og for øvrig at vilkår og nærmere regler for slike forføyninger *”fastsettes i medlemsstatenes nasjonale lovgivning”*.

At mellomleddet skal bringe en krenkelse til opphør eller på annen måte hindre den, kan på denne bakgrunn synes som et nærliggende utgangspunkt for pålegg som kan gis. Dette vil harmonere godt med ehandelsloven § 20: *”Bestemmelsene i §§ 16-18 er ikke til hinder for at en domstol eller en forvaltningsmyndighet på annet rettsgrunnlag enn denne loven krever at tjenesteyteren bringer en overtredelse til opphør eller hindrer den.”* En bestemmelse om at mellomleddet kan pålegges å hindre en krenkelse vil i denne sammenheng utgjøre *”annet rettsgrunnlag enn denne loven”*.

Etter departementets vurdering bør det i denne forbindelse ikke være andre sanksjonsmidler enn pålegg om å stoppe det ulovlige innholdet, slik at krenkelsen opphører. Det foreslås derfor en bestemmelse som er utformet slik at den kun regulerer saker som direkte involverer de tekniske formidlerne av innholdet. Konflikter mellom rettighetshaveren og den originære ytrer (hovedmannen) eller nettstedet er ikke omfattet av forslaget.

Departementet vil i det følgende behandle sanksjonene blokkering av tilgang til og sletting av nettsider med ulovlig innhold.

3.2.4.1 Blokkering

Innledning

En konsekvens av forpliktelsen i EUs opphavsrettsdirektiv⁴⁰ art. 8.3 er at rettighetshavere skal ha mulighet til å kreve rettslig forføyning overfor mellomledd hvis en tredjepart bruker tjenesten til opphavsrettskrenkelser. Rettspraksis fra andre land innen EØS-området viser at slik forføyning bl.a. kan gå ut på å blokkere nettsider med ulovlig innhold.

Etter departementets vurdering vil blokkering være et egnet sanksjonsmiddel, gitt de omfattende opphavsrettskrenkelsene som foretas på Internett og de utfordringene det er for rettighetshaverne å forfølge slike krenkelser. I mange tilfeller vil blokkering av nettsted være den mest praktiske måten å redusere bruken av en ulovlig tjeneste på.

Departementet foreslår at det i åndsverkloven klargjøres at nettsteder som i stort omfang gjør tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter, kan blokkeres.

Blokkering av nettsider har flere konsekvenser som potensielt kan være uheldige, og virkemiddelet har blitt kritisert. Nedenfor drøfter departementet disse.

Innvendinger mht. nettnøytralitet og effektiviteten av blokkering

Det har blitt anført at blokkering innebærer diskriminering av ulike typer innhold og således et brudd på prinsippet om nettnøytralitet. I tillegg har det blitt stilt spørsmål ved effektiviteten ved blokkering – fordi den kan omgås.

Målet med nettnøytralitet er å sikre at Internett utgjør en åpen og ikke-diskriminerende plattform for alle former for kommunikasjon og innholdsdistribusjon. I dette ligger det bl.a. et prinsipp om at internettbrukerne skal ha rett til en internettilknytning som gir adgang til å hente og levere innhold etter eget ønske.⁴¹ Etter departementets vurdering kan ikke dette prinsippet brukes til å legitimere ulovlige handlinger eller som et argument for at brukerne ubetinget skal ha rett til tilgang til ulovlig innhold. Av Post- og teletilsynets prinsipper om nettnøytralitet fremgår det at disse ikke skal være til hinder for at tilbyderer kan utføre trafikkstyring i eget nett for å etterleve pålegg fra myndighetene.

Nettnøytralitetsprinsippene skal heller ikke tolkes på en slik måte at de er i konflikt med gjeldende rett. Departementet kan etter dette ikke se at en blokkeringsadgang vil være i strid med prinsippet om nettnøytralitet.

Sletting av nettside fra tjener er den eneste effektive metoden for helt å fjerne innhold fra Internett. Dersom sletting ikke er mulig, vil i praksis blokkering av nettsiden være den eneste måten å vanskeliggjøre tilgang på. Mest aktuelt er dette hvis det ulovlige innholdet ligger på en tjener i utlandet. Blokkering av bestemte nettsider i utlandet kan imidlertid

⁴⁰ 2001/29/EF

⁴¹ Post- og teletilsynets prinsipper for nettnøytralitet på Internett (versjon 2.0, 16. april 2009): http://www.npt.no/ikbViewer/Content/110157/Om_nettnoytralitet_v2.pdf

omgås, men etter departementets syn kan blokkering likevel være et egnet og effektivt virkemiddel for å stanse store deler av trafikken til det ulovlige nettstedet. Ved at den umiddelbare tilgangen til nettstedet hindres, antar departementet at et flertall av brukerne vil søke andre og mer tilgjengelige alternativer.

Ikke bare nettsider som formidler og/eller fasiliteter ulovlig fildeling, men også nettsider som tilbyr for eksempel ulovlig strømming (streaming), vil kunne rammes av en slik blokkering.

Forholdet til ytringsfriheten

Grunnloven § 100 og EMK⁴² artikkel 10 verner om ytrings- og informasjonsfriheten. Bestemmelsene dekker alle typer ytringer, uansett form og innhold, herunder ytringer som fremsettes på Internett. Både brukere av Internett, nettsider og distributører (internetttilbydere) er omfattet av vernet.

Grunnloven § 100 første ledd bestemmer at ”Ytringsfrihet bør finde Sted.” Dette er en prinsippbestemmelse som dekker samtlige aspekter av ytringsfriheten, bl.a. den klassiske ytringsfriheten og informasjonsfriheten. Den klassiske ytringsfriheten innebærer en rett til å fremsette ytringer og dekker ethvert innhold uavhengig av form og medium ytringen fremsettes i. Informasjonsfriheten innebærer en rett til uhindret å kunne holde seg underrettet fra tilgjengelige kilder.

Ytringsfriheten er ikke absolutt og uten begrensninger. Grunnloven § 100 andre og tredje ledd regulerer adgangen til inngrep i ytringsfriheten. Det avgjørende for om inngrep kan gjøres i ytringsfriheten, er at inngrepet må være klart definert og forankret i særlig tungtveiende hensyn som kan forsvares opp mot ytringsfrihetens begrunnelser i sannhetssøking, demokratiet og individets frie meningsdannelse.

Et pålegg om å hindre tilgang til nettsider med materiale som er i strid med opphavsretten, vil være et inngrep i ytrings- og informasjonsfriheten som fastsatt i Grunnloven § 100. Inngrep rettet mot ytringer som består i tilgjengeliggjøring av opphavsrettsbeskyttet materiale uten opphavsmannens samtykke, tilfredsstiller klart kravet til særlig tungtveiende hensyn og vil således være forenelig med Grunnloven § 100. Opphavsrett og andre rettigheter etter åndsverkloven er også vernet etter EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1.

Dersom inngrep rettet mot tilgjengeliggjøring av materiale som krenker opphavsrett også rammer tilgjengeliggjøring av lovlig materiale, kan det etter omstendighetene reises spørsmål om inngrepet er forenelig med Grunnloven § 100. Departementet foreslår i dette høringsnotatet at det bare vil være adgang til å blokkere nettsteder der det *”i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov”*, jf. nedenfor i pkt. 3.2.5. Det vil dermed ikke kunne pålegges blokkering i

⁴² Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) ble vedtatt av Europarådet i Roma 4. november 1950. EMK ble i 1999 inkorporert som norsk lov ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

tilfeller hvor dette vil ramme lovlig innhold på en måte som kan komme i konflikt med Grunnloven § 100.

I Grunnloven § 100 fjerde ledd fastsettes et forbud mot forhåndssensur. Forhåndssensur i denne forstand betyr at ytringene må godkjennes før de gjøres offentlig tilgjengelige. Blokkering av innhold som er i strid med opphavsretten vil imidlertid være et tiltak mot ytringer som allerede er offentliggjorte. Det er dermed klart at forslaget ikke rammes av forbudet mot forhåndssensur i Grunnloven § 100 fjerde ledd. Videre vil tiltaket ikke rette seg mot selve ytringen, men mot formidlingssted. Dette gjelder selv om også etterfølgende ytringer vil bli rammet.

Blokkering vil også være et inngrep i ytrings- og informasjonsfriheten som fastsatt i EMK artikkel 10 første ledd, og må derfor oppfylle de vilkår som oppstilles i artikkel 10 andre ledd. Gjennom praksis i Den Europeiske menneskerettsdomstol (EMD) er vilkårene presisert til krav om relevans, tilstrekkelighet og forholdsmessighet. Vurderingene og utfallet blir tilsvarende som for Grunnloven § 100.

Hva slags blokkering skal kunne pålegges?

Som det fremgår ovenfor i punkt 3.1.4.1 finnes ulike former for teknisk blokkering av nettsider. Etter det departementet kjenner til fra rettsavgjørelser innen EØS-området er det, i den grad det er bestemt noe om dette, imidlertid kun gitt pålegg om DNS-blokkering. Dette er også den minst ressurskrevende formen for blokkering.

Departementet ønsker ikke å ta stilling til hvilken teknologi som skal benyttes dersom internettilbyderen pålegges blokkering. Etter departementets vurdering er det mest naturlig at domstol eller forvaltningsmyndighet i sin behandling av saken på selvstendig grunnlag tar stilling til dette.

Departementet antar at kostnadene som oppstår ved et eventuelt pålegg om blokkering er relativt moderate. Selv om internettilbyderne ikke skulle ha noen egeninteresse i å blokkere for det ulovlige innholdet, vil likevel blokkeringskostnadene være en påregnelig følge av å drive slik virksomhet. Departementet foreslår derfor at tilbyderne bærer kostnadene knyttet til oppfyllelse av pålegget.

Som det fremgår nedenfor i punkt 3.2.5 om vilkår for pålegg, mener departementet at blokkeringsadgangen skal forbeholdes de mer alvorlige tilfellene og at adgangen dermed kun skal benyttes unntaksvis. Også på denne bakgrunn antas det at kostnadene ikke vil belaste tilbyderne uforholdsmessig.

Kostnadene og byrden som påføres internettilbyderne (etablering av infrastruktur for blokkering samt selve blokkeringen) ved den blokkeringsteknikken som vurderes må da inngå i proporsjonalitetsvurderingen som må foretas før blokkering eventuelt pålegges, se punkt 3.2.5.

3.2.4.2 Sletting

Etter departementets vurdering er det ønskelig at det ikke bare skal kunne gis pålegg dersom internettilbyderen leverer rene videreformidlingstjenester, men at sanksjonsmulighetene kompletteres slik at de også kan få virkning for de øvrige

funksjonene tilbyderen kan ha. Mer presist gjelder dette dersom internettilbyderen mellomlagrer informasjon (caching) og der det tilbys utleie av lagringsplass på tjener (hosting), jf. ehandelsloven §§ 17 og 18.

Som det fremgår av ehandelsloven § 20, er ikke bestemmelsene om ansvarsfrihet i §§ 16-18 til hinder for at domstoler eller andre administrative myndigheter krever at internettilbyder bringer en overtredelse til opphør.

Det er etter departementets vurdering naturlig at det også kan pålegges sletting av nettsider med ulovlig innhold fra internettilbyderens tjenere, når det kan pålegges blokkering av de samme sidene. Internettilbyderens nærhet til det ulovlige innholdet vil i disse tilfellene ofte være større enn der hvor internettilbyderen kun utfører den rene videreformidlingen.

Departementet foreslår derfor at en adgang til å pålegge internettilbyderen å slette et nettsted dersom dette er lagret på tilbyderens tjener.

Departementet antar at denne sanksjonsformen vil være mest aktuell i de tilfellene der en internettilbyder etablert i Norge i stort omfang lagrer materiale som åpenbart krenker opphavsretten, og hvor tilbyderen etter å ha blitt gjort oppmerksom på dette forholdet, velger å forholde seg passiv. I slike tilfeller kan det være aktuelt for rettighetshaveren å fremme erstatningskrav mot internettilbyderen samtidig med et krav om at krenkelsen skal opphøre.

I ehandelsloven § 17 fremgår det at ansvarsfriheten til en internettilbyder som tilbyr mellomlagringstjenester bare gjelder dersom *”tjenesteyteren uten ugrunnet opphold fjerner eller sperrer tilgang til den lagrede informasjonen når tjenesteyter har fått kunnskap om at en domstol, en offentlig myndighet eller et særskilt organ utpekt av departementet i forskrift har gitt pålegg om å fjerne eller sperre tilgangen til informasjonen”*. For tilbydere av denne type tjenester vil derfor opphør av ansvarsfriheten sammenfalle med kunnskap om pålegg om at innholdet skal slettes.

For tilbyder av lagringstjenester opphører friheten fra straffe- og erstatningsansvar når henholdsvis forsett og grov uaktsomhet foreligger⁴³, jf. ehandelsloven § 18. Siden det i forslag til lovbestemmelse stilles strenge krav til når pålegg skal kunne gis (”...i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett..”), vil internettilbyderen etter departementets vurdering i mange tilfeller ikke lenger være ansvarsfri på det tidspunkt avgjørelse blir truffet. Departementet antar at internettilbyderen derfor i de fleste tilfeller vil slette materialet av eget tiltak dersom det åpenbart er ulovlig. Behovet for denne sanksjonsmuligheten er dermed noe usikkert. Departementet ser imidlertid ikke bort fra at pålegg om sletting kan ha en funksjon i enkelte tilfeller. I tillegg er det etter departementets vurdering prinsipielt viktig at sanksjonsmulighetene korresponderer med de ulike funksjonene mellomledd kan ha.

⁴³ Forsett eller grov uaktsomhet knytter seg til innholdets lovlighet.

Det vises for øvrig til departementets drøftelse av forholdet til ytringsfriheten ovenfor i pkt. 3.2.4.1, og gjennomgangen av vilkårene for at pålegg skal kunne gis, samt den interesseavveining som i den forbindelse skal foretas, nedenfor under pkt. 3.2.5.

3.2.4.3 Avgrensning mot visse følger av pålegg

Dansk rettspraksis har som nevnt ovenfor vist at internettilbydere kan pålegges en handleplikt i minst to typer av situasjoner: (1) pålegg om å hindre krenkelser fra egne abonnenter (TDC-saken) og (2) pålegg om å hindre tilgang til nettsted som tilbyr ulovlig innhold (Allofmp3.com- og The Pirate Bay-sakene). I TDC-saken ble den praktiske følge av forføyningen at TDC avbrøt internettforbindelsen til de to aktuelle abonnentene, i de to andre saker innebar forføyningene at internettilbyderne sperret sine kunders tilgang til nettstedene ved hjelp av såkalt DNS-blokkering.⁴⁴

Som det fremgår ovenfor i pkt. 1.1.4, er det i Norge ikke aktuelt å foreslå regler som kan medføre at privatpersoner mister sin internettforbindelse som følge av opphavsrettskrenkelser. Dette standpunkt bør etter departementets syn også innebære at oppsigelse av internettabonnement ikke blir den praktiske følge av et pålegg rettet mot en internettilbyder med hjemmel i bestemmelsen som skal klargjøre gjennomføringen av artikkel 8.3.

Med utgangspunkt i de to typer av situasjoner som fremgår av dansk rettspraksis og som er nevnt ovenfor, er det departementets oppfatning at handleplikt også i Norge skal kunne medføre at internettilbydere pålegges å hindre sine kunders tilgang til nettsted med ulovlig innhold. Når det gjelder pålegg om å hindre krenkelser fra egne abonnenter, er det departementets oppfatning at slike bare kan gis dersom de kan etterleves uten at internettforbindelsen til de krenkende abonnenter må avbrytes.

Departementet legger til grunn at den avgrensning som her er gjort er innenfor det handlingsrommet som er angitt i fortalen (59), og som er gjengitt ovenfor.

3.2.5 Vilkår for pålegg m.m.

For at internettilbydere skal kunne pålegges å hindre tilgang til nettsted, foreslår departementet at det må stilles krav om at det på nettstedet *"i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker"* opphavsretten. Vurderingstemaet vil være i hvor stor grad innholdet på et nettsted krenker reglene i åndsverkloven. Det vil altså bare kunne gis pålegg når et nettsted inneholder materiale som klart er i strid med reglene i åndsverkloven og omfanget av det ulovlige innholdet er av en viss størrelse.

Dersom vilkårene for å gi pålegg er oppfylt, vil det bero på en skjønnsmessig vurdering om pålegg skal gis. Departementet legger til grunn at det alltid skal foretas en bred interesseavveining, hvor forholdsmessigheten av tiltaket vil stå sentralt. Det må foreligge forholdsmessighet (proporsjonalitet) mellom mål og virkemiddel. Dette må vurderes

⁴⁴ Jf. Rapport fra møderækken om håndhevelse af ophavsretten på internettet pkt. 11.1 s. 37, avgitt av det danske Kulturministeriet 25. juni 2009: <http://kum.dk/ServiceMenu/Publikationer/2009/Rapport-fra-moderakken-om-handhivelse-af-ophavsretten-pa-internettet/>

konkret i hver enkelt sak. Hensynet til informasjons- og ytringsfriheten, krenkelsens alvorlighet og omfang, hensynet til andre legitime tredjepartsinteresser samt muligheten for alternative og mindre inngripende sanksjoner, vil inngå i denne vurderingen.

Disse vurderingene vil særlig være viktig i spørsmål om pålegg om å hindre tilgang til nettsted hvor det også finnes lovlig innhold. Selv om en tjeneste som hovedsakelig inneholder lovlig innhold også inneholder ulovlig utlagt materiale, vil det ikke være adgang til å gi pålegg om å hindre tilgang.

Dersom krenkelsen for eksempel i rimelig grad kan repareres med økonomisk kompensasjon, vil pålegg om å hindre tilgang etter departementets vurdering være mer betenkelig enn om slikt pålegg benyttes som det eneste reelle alternativ. Departementet vil i denne forbindelse fremheve at pålegg om å hindre tilgang først og fremst vil være aktuelt dersom innehaveren av nettstedet er ukjent eller befinner seg i utlandet.

Etter departementets oppfatning er pålegg om å hindre tilgang til nettsted en inngripende sanksjon, og hjemmelen bør av den grunn brukes med varsomhet og forbeholdes de mer alvorlige tilfellene.

Sammenlignet med forslaget til mindretallet i Datakrimutvalgets delutredning II (NOU:2 Lovtiltak mot datakriminalitet) som omtalt ovenfor i punkt 3.1.5.2, vil forslaget til blokkeringsadgang i høringsnotatet her være mindre omfattende. Dette gjelder etter departementets vurdering både med hensyn til virkeområdet og terskelen for når blokkering kan pålegges.

Det er også vesentlig at man etablerer prosedyrer for at pålegg kan oppheves, for eksempel dersom det ulovlige innholdet fjernes. Departementet har vurdert om det skal gis spesielle regler om at pålegg skal kunne avgrenses i tid eller at domstolen eller forvaltningsorganet kan oppheve pålegget av eget tiltak dersom det er grunn til å regne med at forhold som grunnga pålegget har falt bort.

Oppheving av pålegg vil spesielt være aktuelt i situasjoner der en nettside etter at avgjørelse er truffet helt skifter karakter ved at det ulovlige innholdet fjernes. I tillegg til forvaltningslovens generelle omgjøringsadgang, jf. forvaltningsloven § 35, foreslås det inntatt i åndsverkloven en adgang til å rette en henvendelse til domstolen eller forvaltningsorganet med begjæring om at pålegget skal oppheves. Begjæring kan fremsettes av en part eller annen med rettslig interesse i saken. I forvaltningssak kan Forbrukerrådet også fremsette slik begjæring. Dersom grunnlaget for det opprinnelige vedtaket åpenbart ikke lenger er til stede, skal begjæringen tas til følge.

Etter departementets vurdering er det ikke påkrevet med spesielle regler for at pålegget kan gjøres begrenset til en viss periode. Departementet legger til grunn at den generelle adgangen til å gjøre påbud tidsbegrenset vurderes i hver enkelt sak.

3.2.6 Organisering. Prosess

En klargjøring av rettighetshaveres mulighet til å kreve at internetttilbydere pålegges å bidra til at opphavsrettskrenkelser på Internett opphører, kan tenkes gjort på flere måter.

Én måte er at kompetansen til å behandle slike saker legges til et eget organ, en annen er at domstolenes eksisterende adgang utvides og klargjøres i en ny lovbestemmelse.

Etter departementets vurdering kan det på opphavsrettsområdet være klare fordeler med et eget organ som vurderer og tar stilling til krenkelser på Internett. Sammenlignet med ordinær domstolsbehandling kan behandling i et spesialorgan være enklere, raskere og billigere. Mindre omfattende prosedyre vil kunne være ressursbesparende for sakens parter og bidra til raske avgjørelser fra en spesialisert myndighet.

En ordning med et eget organ for opphavsrettskrenkelser på Internett bygger videre på Personvernkommisjonens forslag. En slik ordning vil ikke minst kunne være hensiktsmessig for internettilbyderne. Ved at en sak bringes inn for et eget organ, behøver ikke internettilbyderne – som de rene videreformidlere av innholdet – selv å ta stilling til om innholdet som de overfører er lovlig eller ikke. Rettighetshavere som ønsker at internettilbyderen skal foreta seg noe for å stoppe det påstått ulovlige innholdet, kan henvises til organet. Presset på internettilbyderen kan således begrenses. Dette gjelder også i situasjoner hvor internettilbyderen i utgangspunktet er ansvarsfri etter reglene i ehandelsloven, for eksempel ved ren videreformidling, jf. ehandelsloven § 16. På denne måten vil man også dempe den selvsensurerende virkningen⁴⁵ som et slikt press kan ha på ytringsfriheten – i motsetning til hvis man overlater vurderingen til internettilbyderen.

Om kompetansen i stedet legges til domstolene uten særlige prosessuelle regler, kan det tenkes at internettilbyderne i større grad selv ville foreta vurderingen av hvorvidt innholdet er lovlig eller ikke. Etter hvert som man på området får flere avgjørelser som avklarer rettstilstanden, kunne en se for seg at tilbyderne måtte velge mellom å ta rettighetshavernes krav (for eksempel om blokkering) til følge, og å løpe risiko for å bli idømt sakskostnader og påføres andre prosessuelle byrder en rettssak vil kunne innebære.

Imidlertid kan også en bestemmelse som legger kompetansen til domstolene utformes slik at internettilbyderens plikt til å foreta seg noe bare kan utløses av domstolsavgjørelse, ikke trussel om saksanlegg alene. Presset mot internettilbyderen og faren for selvsensurerende virkning vil på denne måte kunne dempes også om kompetansen legges til domstolene. En kan også tenke seg at byrdene internettilbydere vil påføres av domstolsbehandling kan dempes gjennom spesialregler om sakskostnader i kombinasjon med det faktum at sakens parter også for domstolene kan velge å innta en passiv rolle. Likevel antar departementet at det vil være slik for internettilbyderne – som for andre parter på området her – at behandling i organ generelt vil være mindre byrdefullt enn behandling i domstolene.

Departementet legger til grunn at det er mest aktuelt for rettighetshaveren å henvende seg til internettilbyderen for å stoppe en krenkelse i tilfeller hvor nettstedet er etablert i

⁴⁵ I særskilt vedlegg nr.1 til Ytringsfrihetskommisjonens rapport (NOU 1999:27 ”Ytringsfrihet bør finne sted”) skriver Kyrre Eggen om videreformidlerens rolle og hvorvidt et ansvar for formidleren krenker det internasjonale vern om ytringsfrihet. Eggen bruker her begrepet ”chilling effect” om den virkning det kan ha på ytringsfriheten dersom formidleren selv må foreta en vurdering av informasjonens lovlighet og om formidlingen skal stanses, se side 316 flg.

utlandet. Spesielt i disse sakene antar departementet at behandling i et eget spesialorgan for opphavsrettskrenkelser på Internett for rettighetshaverne vil være mer smidig og mindre ressurskrevende enn å bringe saken inn for ordinære domstoler.

På den annen side vil kompetanseoppbygging i et eget organ (og klagenemnd, jf. nedenfor i pkt. 3.2.7.2) innebære visse økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige, jf. mer om dette under pkt. 5. Slike konsekvenser antas å kunne bli noe mindre om kompetansen i stedet legges til domstolene. Siden sakstilfanget etter disse reglene er uvisst og uansett ikke forventes å bli spesielt stort, kan slike konsekvenser tale for at kompetansen i stedet legges til domstolene.

Under enhver omstendighet krever etter departementets syn ikke opphavsrettsdirektivet at gjennomføringen av artikkel 8.3 må gi anvisning på domstolsbehandling. Departementet legger til grunn at det avgjørende etter direktivet er at internetttilbyderen kan pålegges å bringe krenkelsene til opphør – ikke hvilken myndighet som gir pålegget. Departementet vil i det følgende presentere to alternative modeller som begge klargjør gjennomføringen av artikkel 8.3: I pkt. 3.2.7 følger *alternativ 1: behandling i organ* – i pkt. 3.2.8 følger *alternativ 2: behandling i de ordinære domstoler*. Etter begge forslagene skal det på nærmere vilkår kunne gis pålegg overfor internetttilbydere om å hindre tilgang til nettsted som tilbyr ulovlig innhold. Det skal ikke kunne gis pålegg om å hindre krenkelser fra egne abonnenter dersom dette medfører at internettforbindelsen til de krenkende abonnenter må avbrytes. Av forslaget i pkt. 3.2.7 fremgår at organets avgjørelser kan påklages til en særskilt nemnd, og at nemndas avgjørelser kan bringes inn for domstolene, som kan prøve alle sider av saken. Etter departementets syn vil begge forslagene oppfylle forpliktelsen i direktivet art. 8.3. Det presiseres at forslagene er ment å være alternativer til hverandre, slik at bare det ene (ikke begge) tenkes innført.

3.2.7 Alternativ 1: Behandling i eget organ

3.2.7.1 Organets organisering og saksbehandling

Et organ for behandling av opphavsrettskrenkelser på Internett kan tenkes organisert på flere måter. En løsning kan være å opprette et nytt uavhengig organ med spesialkompetanse på området. Dette kan enten være offentlig basert med hjemmel i lov eller en selvreguleringsordning med utgangspunkt i en avtale. Departementet registrerer imidlertid at det tidligere har vist seg vanskelig å få til en økonomisk bærekraftig avtalefestet (frivillig) nemndsordning, jf. ovenfor i pkt. 3.1.4.3 om Nettnemnda. Dette taler for at det nye organet bør være offentlig basert. En annen løsning er at dette kombineres med at kompetansen tillegges et allerede eksisterende forvaltningsorgan.

Etter ehandelsloven § 20 er ansvarsfrihetsbestemmelsene i §§ 16 til 18 ikke til hinder for at ”en domstol eller annen forvaltningsmyndighet på annet rettsgrunnlag enn denne loven krever at tjenesteyteren bringer en overtredelse til opphør eller hindrer den.”

Bestemmelsen åpner med dette opp for at et forvaltningsorgan kan få kompetanse til å gi pålegg om fjerning eller blokkering av informasjon i visse situasjoner.

Blant eksisterende forvaltningsorgan synes Medietilsynet å være best egnet for en slik oppgave. Departementet viser til at Medietilsynet allerede besitter betydelig erfaring og

kompetanse på tilgrensende områder, også når det gjelder innhold på elektroniske plattformer. Blant annet har Medietilsynet etter kringkastingsloven § 4-5 hjemmel til å nedlegge forbud mot videresending av fjernsynskanaler med visse former for ulovlig eller skadelig innhold.

Etter ekomforskriften § 5a-6 er Medietilsynet også konsultasjonsmyndighet ved klager på innholdsmessige krav til fellesfakturerte tjenester.⁴⁶

Etter departementets syn vil en slik oppgave passe naturlig inn i Medietilsynets øvrige portefølje og saksfelt. Departement anser det mer naturlig at kompetansen legges til Medietilsynet fremfor for eksempel Post- og teletilsynet, da problemstillingene som skal vurderes i hovedsak angår selve innholdet – ikke infrastrukturen som formidler innholdet. Hvis kompetansen legges til et forvaltningsorgan som Medietilsynet, er det heller ikke nødvendig med endringer i ansvarsfrihetsreglene, jf. ehandelsloven § 20.

Departementet foreslår med dette en ny bestemmelse i åndsverkloven som gir Medietilsynet kompetanse til å vurdere påståtte krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett ved å gi internettilbyderne ulike pålegg i tilfeller der de på en eller annen måte formidler slike krenkelser.

Departementet vil i samarbeid med Medietilsynet vurdere behovet for kompetansetilførsel for å utføre de nye oppgavene.

For å sikre Medietilsynets uavhengighet, foreslår departementet at det i loven blir gitt bestemmelser om at departementet ikke kan instruere Medietilsynet i disse sakene. I tillegg foreslås det at det i loven gjøres unntak fra departementets omgjøringsadgang etter forvaltningsloven § 35.

Når det gjelder adgangen til å bringe en sak inn for Medietilsynet, bør det etter departementets vurdering være en viss terskel for dette. Det er ikke ønskelig at Medietilsynet skal befatte seg med alle mulige saker der det påstås å foreligge brudd på opphavsrettslige regler. Selv om den foreslåtte ordningen blant annet har som formål å redusere ressursbruken for rettighetshaverne, er det ikke ment som et ”lavterskeltilbud”. Saken må være av en viss størrelse og viktighet for den krenkede. For å sikre dette foreslår departementet at det som en sikkerhetsventil tas inn en hjemmel for at det i forskrift kan bestemmes at det skal kreves et gebyr for at Medietilsynet skal behandle saken. Departementet vil avvente sakstilfanget etter de nye bestemmelsene før det tas stilling til hvorvidt om skal benyttes.

⁴⁶ Forskrift 16. februar 2004 nr. 401 om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste (ekomforskriften) regulerer bl.a. fellesfakturerte tjenester, dvs. tjenester som blir fakturert over telefon- eller bredbåndsregningen mv. I forskriften § 5a-5 stilles det krav til innhold som leveres med fellesfakturerte tjenester, blant annet at innholdet skal være lovlig og ikke kan inneholde ulovlig pornografisk innhold, ærekrenkende ytringer m.v. Tilbyder skal særlig sikre at barn og unge under 18 år ikke tilbys fellesfakturerte tjenester med grove voldsskildringer eller pornografisk innhold.

Forslaget innebærer at Medietilsynet skal kunne fatte vedtak om å gi pålegg rettet mot internettilbyderne. Vedtaket vil være et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b og saksbehandlingen vil for øvrig følge forvaltningslovens regler. Blant annet gjelder dette hvem som er å anse som part i saken og hvem som har klageinteresse. Hvorvidt man er å anse som part i saken har betydning for om partsrettigheter som for eksempel rett til forhåndsvarsel, informasjon, og partsoffentlighet, rett til begrunnelse samt klagerett skal innrømmes.

I tillegg til internettilbyderne – som avgjørelsen retter seg mot, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e – vil nettstedet som eventuelle tiltak mot påståtte krenkelser skal rette seg mot, være å anse som part. Nettstedet skal derfor, i tillegg til internettilbyderne, om mulig varsles om saken og gis anledning til å ivareta sine interesser. Prinsippet om kontradiksjon (rett til å bli hørt) gjelder dermed også for nettstedet. (Slike trepartskonflikter er omtalt mer generelt ovenfor i pkt. 3.2.2.)

Departementet ser at det spesielt i saker som gjelder nettsteder etablert i utlandet kan være utfordringer knyttet gjennomføringen av kravet til kontradiksjon, jf. forvaltningsloven § 16 om forhåndsvarsling. Innen EØS plikter tilbyder av en informasjonssamfunnstjeneste etter artikkel 5 i direktivet om elektronisk handel (2001/31/EF) å gi opplysninger som gjør det mulig å komme i direkte forbindelse med den ansvarlige. For tjenester etablert utenfor EØS kan det imidlertid være vanskelig å se hvor virksomheten er etablert eller hvem som står bak tjenesten. Departementet legger til grunn at det i disse sakene (og for øvrig der dette informasjonskravet ikke følges) vil være tilstrekkelig at man på bakgrunn av oppslag i WHOIS-databasen⁴⁷ gir den registrert ansvarlige for domenet anledning til å uttale seg i saken før vedtaket fattes.

Det foreslås også at Medietilsynets vedtak bør kunne tvangsfullbyrdes.

3.2.7.2 Klageadgang

Forvaltningslovens regler vil altså gjelde for saksbehandlingen. Etter forvaltningsloven § 28 kan et enkeltvedtak påklages. Klageadgangen gjelder for sakens parter og andre med rettslig klageinteresse i saken.

Den enkelte internettbruker vil normalt ikke ha rettslig klageinteresse etter forvaltningsloven § 28. For å sikre at forbrukerhensyn også blir ivaretatt, foreslår departementet at det i lovbestemmelsen presiseres at Forbrukerrådet også har adgang til å påklage Medietilsynets vedtak. (Tilsvarende er Barneombudet gitt klagerett på Medietilsynets vedtak om aldersgrenser for film og videogram, jf. lov 15. mai 1987 nr. 21 om film og videogram § 6.)

⁴⁷ WHOIS-databasen inneholder alle data som er registrert om domener under ulike toppnivådomener. Det er domeneabbonnenten som har ansvaret for at opplysningene til enhver tid er riktige, mens registraren gjør den faktiske oppdateringen. De fleste registreringsenheter for toppdomener har en WHOIS-tjeneste. I Norids WHOIS-database finnes informasjon som er registrert om domener og abonnenter under det nasjonale toppnivådomenet ".no", se <http://www.norid.no/domenenavnbasen/whois/>

Klageinstansen er det forvaltningsorgan som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket. Utgangspunktet er derfor at Kulturdepartementet er klageinstans for vedtak truffet av Medietilsynet.

Etter departementets vurdering er det i disse sakene imidlertid lite ønskelig at departementet skal være klageinstans for Medietilsynets vedtak. Hensynet til ytringsfriheten tilsier at politiske organ bør være varsomme med å behandle saker som gjelder medienes innhold. En ordning der departementet behandler klager over vedtak i Medietilsynet, vil heller ikke være i samsvar med den generelle utviklingen om å gi tilsynsorgan økt selvstendighet, jf. Prop. 7 L (2010-2011)⁴⁸.

På bakgrunn av dette foreslår departementet at klagebehandlingen bør skje i en uavhengig klagenemnd.

Det foreslås at klagenemnda får tilsvarende kompetanse som andre klageinstanser, dvs. at nemnda kan prøve både tilsynets utøving av skjønn og lovanvendelse. Utover å være klageinstans vil klagenemnda ikke stå i noe overordningsforhold til Medietilsynet.

Klagenemnda vil derfor ikke ha instruksjonsrett over Medietilsynet, og kan for eksempel ikke gi forhåndsinstrukser om Medietilsynets saksbehandling. I tråd med at klagenemnda ikke skal være overordnet Medietilsynet i alminnelig forvaltningsrettslig forstand, foreslår departementet at klagenemnda ikke skal ha anledning til å omgjøre Medietilsynets vedtak etter eget tiltak.

Spørsmålet blir videre hvordan klagenemnda skal organiseres. De samme hensynene som begrunner uavhengighet for Medietilsynet tilsier at klagenemnda bør organiseres som et uavhengig forvaltningsorgan. Det eksisterer allerede flere klagenemnder som behandler klager på vedtak i Medietilsynet. Både medieeierskapsloven⁴⁹ og film- og videogramloven etablerer egne klagenemnder. I Prop. 7 L (2010-2011) er det foreslått at Klagenemnda for medieeierskapsloven også skal få kompetanse til å behandle klager etter kringkastingsloven⁵⁰, og i den forbindelse endre navn til Klagenemnda for mediasaker (Medieklagenemnda). Spørsmålet er om det bør etableres en ny klagenemnd for klager etter dette forslaget, eller om en av de eksisterende klagenemndene kan utvides til også å behandle opphavsrettslige spørsmål.

Behandling av klager i de aktuelle sakene vil kreve opphavsrettslig kompetanse. De eksisterende nemndene er ikke satt sammen med tanke på å behandle denne type saker.

Departementet foreslår derfor at det opprettes en egen uavhengig nemnd som kan behandle klager på Medietilsynets vedtak i disse sakene. Kompetansen til klageorganet avgrenses til saker som gjelder den foreslåtte bestemmelsen. Det foreslås at opprettelse av en slik klagenemnd hjemles i åndsverkloven, mens det i forskrift til åndsverkloven gis nærmere regler om organisering av klagenemnda og dens saksbehandling.

⁴⁸ Punkt 2.3 side 7 flg.

⁴⁹ Lov 13. juni 1997 nr. 53 om eierskap i medier

⁵⁰ Lov 12. april 1992 nr. 127 om kringkasting

Det foreslås i forskriften at klagenemnda skal bestå av en leder og to andre medlemmer som oppnevnes av departementet for fire år av gangen. Videre skal det oppnevnes personlige vararepresentanter for hvert av medlemmene. Forhandlingene i nemnda skal administreres av nemndas leder og alle medlemmene skal delta i avgjørelsen. Dersom det foreligger uenighet blant medlemmene, skal avgjørelsen treffes ved vanlig flertall. For saksbehandlingen i nemnda gjelder forvaltningslovens regler. Nemndas vedtak kan ikke påklages.

Det er nærliggende å vurdere om sekretariatsfunksjonen for klagenemnda kan samordnes med Medieklagenemnda som foreslås i Prop. 7 L (2010-2011)⁵¹.

Departementet legger også til grunn at hovedregelen i forvaltningsloven § 42 om at klage ikke medfører utsatt iverksetting av vedtaket (oppsettende virkning), også bør gjelde i disse tilfellene.

3.2.7.3 Domstolsprøvelse

Vedtak som treffes i disse sakene vil kunne bringes inn for domstolene for rettslig overprøving. Domstolen vil kunne prøve gyldigheten av de vedtak som er fattet. I den forbindelse oppstår spørsmål om hvor langt domstolenes prøvelsesrett skal gå i disse sakene. Skal domstolen kunne prøve alle sider av forvaltningens vedtak, eller skal domstolsprøvelsen være mer begrenset?

Rekkevidden av domstolenes prøvelsesrett vil bero på en tolkning av den enkelte lov som hjemler vedtaket. Når loven gir forvaltningen en skjønnsmessig kompetanse til å bestemme hva avgjørelsen skal gå ut på dersom visse vilkår er oppfylt (i motsetning til en lovbundet kompetanse), vil domstolsprøvelsen normalt være begrenset. Domstolen vil da kunne prøve om vedtaket er innenfor lovens rammer, om forvaltningen har lagt riktig faktum til grunn, og om det er begått saksbehandlingsfeil. Forvaltningens skjønn mht. avgjørelsens innhold kan domstolen ikke prøve, med unntak av om det foreligger brudd på ulovfestede prinsipper for saklighet og likhet mv. (den såkalte myndighetsmisbrukslæren). Det kan imidlertid bestemmes at domstolen skal ha en mer vidtgående prøvelsesrett enn det som følger av prinsippene ovenfor. Departementet vil i det følgende vurdere hvor langt domstolens prøvelsesrett bør gå i disse sakene.

Den foreslåtte bestemmelsen gir Medietilsynet kompetanse til å pålegge internettilbydere å hindre tilgangen til nettstedet. For at slikt vedtak kan treffes, må det være tale om et nettsted der det i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven. I så tilfelle "kan" Medietilsynet pålegge internettilbydere å hindre tilgang til nettstedet. Bestemmelsen gir altså tilsynet en skjønnsmessig kompetanse til å bestemme om slikt pålegg skal gis hvis lovens vilkår er oppfylt. I denne vurderingen vil forholdsmessigheten av et slikt tiltak stå sentralt.

Det er klart at domstolen må kunne prøve forvaltningens vurdering av om bestemmelsens vilkår for å treffe vedtak er tilstede. Det springende punkt er om domstolen også skal

⁵¹ Punkt 4.2 side 18.

kunne prøve forvaltningens vurdering av om det skal treffes slik avgjørelse (skjønnsutøvelsen).

Rettssikkerhetshensyn kan tilsi at domstolen bør kunne prøve dette skjønnnet fullt ut. Å hindre tilgangen til et nettsted er et inngripende tiltak. Formålet er å hindre krenkelser av opphavsretten, men overfor eieren av nettstedet vil et slikt vedtak de facto ha en sanksjonsliknende karakter. Vedtakets karakter kan altså tilsi at forvaltningens vurdering på dette punktet bør være gjenstand for full domstolskontroll.

Det kan også være grunn til å legge vekt på hva slags type skjønn som skal utøves ved vurderingen av om pålegg skal gis. Hvis vurderingen krever spesiell kompetanse på det aktuelle saksfeltet som forvaltningen i større grad enn domstolen besitter, kan det tilsi at domstolen bør være avskåret fra å overprøve forvaltningens skjønn. Det samme gjelder om skjønnsutøvelsen innebærer politiske vurderinger av hva som vil være den mest hensiktsmessige løsningen. I dette tilfellet vil kjernes spørsmålet være om det vil være et forholdsmessig tiltak at tilgangen til nettstedet hindres. I denne vurderingen må ulike hensyn avveies – hensyn til rettighetshaveren og håndhevelse av opphavsretten på den ene siden, og hensynet til den som rammes på den andre siden. Forholdet til ytrings- og informasjonsfriheten kan også spille inn ved vurderingen. Domstolene er vant til å foreta denne typen forholdsmessighetsvurderinger. Det er neppe tale om vurderinger som forvaltningen er klart bedre egnet til å foreta enn domstolen. Departementet kan ikke se at vurderingens art tilsier at domstolen bør være avskåret fra å prøve forvaltningens skjønn. At vurderingen kan ha en side mot ytringsfriheten, kan også tale for at forvaltningsskjønnet bør kunne prøves av domstolen.

Samlet sett mener departementet at gode grunner kan tale for at det ikke bør være begrensninger i domstolens prøvelsesrett – dvs. at domstolen bør kunne prøve alle sider av saken. Det foreslås at dette fremgår av lovteksten, jf. utkast til lovbestemmelse.

I sammenheng med spørsmålet om domstolens prøvelsesrett oppstår noen tilgrensende problemstillinger. Det første er om domstolen også skal kunne fatte realitetsavgjørelse i saken, eller om avgjørelsen bare skal kunne gå ut på om vedtaket er ugyldig. Mer konkret blir spørsmålet: Skal domstolen kunne fatte avgjørelse om at internettilbydere skal hindre tilgangen til et nettsted?

Hovedregelen i forvaltningsretten er at domstolen ikke treffer realitetsavgjørelse selv om det er full prøvelsesrett. Dette er særlig begrunnet i arbeidsfordelingen mellom forvaltning og domstol – domstolens oppgave er å kontrollere forvaltningens vedtak, og ikke å sette seg i forvaltningens sted. I lovgivningen er det imidlertid også eksempler på at domstolen kan treffe realitetsavgjørelse.

Dersom domstolen ikke kan avsi dom for realiteten, vil resultatet bli at vedtaket kjennes ugyldig hvis det er grunnlag for det. Forvaltningen må i så tilfelle vurdere omgjøring av vedtaket, jf. forvaltningsloven § 35. Hvis det etter domstolens behandling alltid vil være klart hva nytt vedtak skal gå ut på, kan det stilles spørsmål ved om det er noen grunn til at domstolen ikke også skal kunne treffe realitetsavgjørelse. I så tilfelle kan det synes

unødvendig at forvaltningsorganet må treffe et nytt vedtak, som vil medføre at det tar ytterligere tid før saken er formelt avklart.

I disse sakene er det innholdsmessig bare to mulige utfall – enten at det gis pålegg om å hindre tilgang til nettstedet, eller at slikt pålegg ikke gis. Når domstolen både har vurdert om vilkårene for å gi pålegg er oppfylt og skjønnet med hensyn til om pålegg skal gis, antar departementet at det normalt ikke vil gjenstå noen vurdering av avgjørelsens innhold hos forvaltningsorganet. Det antas at innholdet i et nytt vedtak i realiteten vil være gitt på bakgrunn av domstolsbehandlingen. Hensynet til at saken blir avgjort så raskt som mulig, særlig sett i lys av at det er mange parter i saken, taler for at domstolene bør ha anledning til å treffe realitetsavgjørelse i disse sakene. Departementet heller derfor i retning av at domstolen bør ha en slik adgang. Det er i utkast til lovbestemmelse tatt inn en formulering om at domstolen i tillegg til å kunne prøve alle sider av saken, også kan treffe realitetsavgjørelse.

Hvis domstolen ikke har vurdert alle sider av saken, for eksempel bare om det er begått saksbehandlingsfeil, vil det ikke være aktuelt å treffe noen realitetsavgjørelse. I så fall må det foretas en ny vurdering hos forvaltningsorganet av hva avgjørelsen skal gå ut på.

Et ytterligere tilleggsspørsmål er om Medietilsynets vedtak skal kunne bringes direkte inn for domstolen, eller om det skal stilles krav om at klageadgangen først er uttømt. Et krav om uttømmelse av klagemulighetene vil innebære at saken først kan bringes inn for domstolen etter at klagenemnda har truffet vedtak (dvs. at det er nemndas vedtak som er gjenstand for domstolsprøvelse). Som hovedregel er det ikke noe krav i forvaltningsretten om at klagemulighetene må være uttømt for at domstolen kan behandle saken, men det finnes også eksempler på det motsatte. Spørsmål rundt uttømming av klagemulighet er drøftet i forarbeidene til tvisteloven, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005).

I dette tilfellet mener departementet at det er gode grunner for å stille krav om at klagemuligheten må være uttømt. Ettersom det kan være et stort antall parter i disse sakene, er det ryddig at behandlingen følger ett spor. Ellers kunne man risikere at det samme vedtaket fra Medietilsynet ble påklaget til klagenemnda av noen, mens andre brakte det inn for domstolen. Dette ville skape en uryddig situasjon som kunne gi opphav til mange vanskelige spørsmål. Når det etableres en egen klagenemnd med særlig kompetanse til å behandle disse sakene, er det rimelig å stille krav om at denne benyttes. Forhåpentligvis kan de fleste saker som påklages få en endelig avgjørelse ved klagenemndas vedtak – noe som antas å være raskere og enklere og innebære mindre samlede kostnader for partene enn en domstolsbehandling. På denne bakgrunn foreslår departementet at adgangen til å bringe vedtak i disse sakene inn for domstolene forutsetter at klagemuligheten først er benyttet. Dette fremgår av utkast til lovbestemmelse, som gir uttrykk for at det er ” klagenemndas vedtak” som kan bringes inn for domstolen.

Hvem skal søksmål over klagenemndas vedtak rettes mot?

I dette punktet drøftes spørsmål om hvem søksmål skal rettes mot når klagenemndas vedtak bringes inn for domstolene. Det vil være mange parter som er involvert i disse sakene. For det første rettighetshaveren som krever at tilgangen til nettstedet hindres. For

det andre innehaveren av det aktuelle nettstedet. For det tredje internettilbydere, som etter bestemmelsen kan pålegges å hindre tilgangen til nettstedet. For det fjerde staten ved klagenemnda, som har fattet vedtaket som gjøres til gjenstand for domstolsprøvelse. Avgjørelsen vil ha virkninger for alle disse partene.

Når en av partene bringer et vedtak inn for domstolen oppstår spørsmål om hvem søksmålet skal rettes mot. Ettersom vedtaket er truffet av klagenemnda, er det klart at staten må saksøkes. Men bør det være tilstrekkelig å saksøke staten, eller skal det stilles krav om at søksmålet også rettes mot andre parter i forvaltningssaken (tvungent prosessfellesskap)?

Innledningsvis nevnes at regler om tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold ble drøftet av Tvistemålsutvalget i NOU 2001:32. Utvalget mente at gjeldende rettstilstand der søksmål alene kan anlegges mot det offentlige i slike trepartsforhold, reelt sett bidrar til uheldige løsninger. Utvalget foreslo derfor en regel om tvungent prosessfellesskap i visse situasjoner. I tillegg vurderte utvalget også andre alternativer. Ett av disse var en regel som pålegger domstolen en plikt til å varsle tredjemann om saken og adgangen til å tre inn i den. Etter et slikt varsel vil dommen få rettskraftvirkning for tredjemann uavhengig av om vedkommende trer inn i saken. I proposisjonen gikk Justisdepartementet ikke inn for utvalgets forslag om tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold. Etter departementets syn var det ikke behov for en slik regel som medfører en byrde for både saksøker og tredjeperson i tilfeller hvor de ikke ønsker det. Departementet gikk derfor inn for å fastholde den gjeldende rettstilstand på dette punktet. På denne bakgrunn ble det ikke gitt regler om offentlige trepartsforhold i tvisteloven. Løsningen har imidlertid blitt kritisert, og problemstillingen har vært gjenstand for mye debatt i ettertid.

Når det gjelder søksmål om vedtak vedrørende tilgang til nettsteder, er det flere argumenter for at det ikke bør være tilstrekkelig at søksmålet bare rettes mot staten. Det første knytter seg til rettskraftvirkningene av en slik dom. En dom har bare rettskraftvirkninger overfor sakens parter. Det betyr at den bare vil være bindende for partene. Dersom noen som har vært part i forvaltningssaken, ikke gjøres til part for domstolen, vil de kunne hevde at dommen ikke har virkning overfor dem. Det kan da oppstå uklarhet om dommens virkninger. Hensynet til å oppnå ryddige løsninger som ikke skaper uklarhet, taler for at søksmålet må rettes mot flere.

Imidlertid er spørsmålene rundt dommens rettskraftvirkninger kompliserte, og krever en nærmere vurdering. Hvis domstolen skal kunne treffe realitetsavgjørelse antas hensynet til dommens rettskraftvirkninger å være særlig tungtveiende. (Da vil dommen pålegge internettilbydere å hindre tilgang til nettsted, hvis dette blir utfallet av saken. Har søksmålet ikke vært rettet mot internettilbydere, vil den ikke ha rettskraftvirkninger overfor dem.) Hvis domstolen bare kan kjenne vedtaket ugyldig, vil forvaltningsorganet få en plikt til å vurdere omgjøring av vedtaket. Også her antas domstolsavgjørelsen å kunne få avgjørende betydning for den etterfølgende behandlingen som skjer i forvaltningsorganet. Det kan her oppstå uklarhet om omgjøringsadgangen overfor dem som ikke har vært part i saken for domstolen.

Videre kan betydningen av rettskraft stille seg noe forskjellig overfor de ulike partene. Spørsmålet om rettskraft er av særlig interesse i forhold til internettilbydere, som er den part som i avgjørelsen kan bli pålagt en handleplikt – å hindre tilgangen til et nettsted. Selv om internettilbyderne samtidig er den part som har den fjerneste tilknytningen til saken, er det overfor dem spørsmålet om rettskraft synes å være av størst betydning. At en dom ikke har rettskraftsvirkninger for internettilbydere, synes å være en uheldig løsning. For de andre partene synes betydningen av rettskraft å være noe mer uklar, men prinsipielt virker det riktig at dommen har rettskraftsvirkning overfor alle.

I tillegg til spørsmålet om rettskraft kan hensynet til sakens opplysning tale mot at det bare er saksøkeren og staten som er parter ved domstolsbehandlingen. At de ulike interessene blir hørt i saken, vil kunne bidra til at saken blir bedre opplyst for domstolen. I hvert fall tilsier dette at de bør gis anledning til å ivareta sine interesser i saken.

På den annen side er det også hensyn som taler mot at flere parter må trekkes inn i saken. For det første er det ikke sikkert at andre parter vil ønske å bli trukket inn i saken. Noen vil kunne oppleve dette som en belastning. Dette antas å kunne gjelde for internettilbydere, som trolig har mindre egeninteresse i saken enn de øvrige parter. Videre kan det tenkes at saken vil få et større omfang med flere parter. Dette kan resultere i en mer tid- og kostnadskrevende prosess. For øvrig antas at de involverte uansett vil ha anledning til å tre inn i søksmålet dersom de ønsker det etter reglene i tvisteloven kapittel 15.

Departementet finner spørsmålet vanskelig. Noen hensyn synes imidlertid å være sentrale for valg av løsning. Etter departementets syn bør en dom ha rettskraftsvirkninger overfor internettilbydere. Samtidig er det ønskelig at saken ikke påfører internettilbydere for store byrder, sett i lys av at de har en perifer stilling i den rettslige konflikten. Etter departementets vurdering er det særlig to løsninger som synes aktuelle når det gjelder internettilbyderes rolle ved domstolsbehandlingen.

Den ene løsningen innebærer at søksmål også må rettes mot internettilbydere, slik at de gjøres til parter i saken. Hensynet til dommens rettskraftsvirkninger vil da være ivaretatt. Selv om søksmål også er rettet mot internettilbyderne, vil det ikke innebære noen plikt til å engasjere seg i saken. For eksempel vil de kunne gi beskjed om at de vil følge domstolens avgjørelse, men for øvrig ikke ønsker å uttale seg i saken. Av den grunn kan det stilles spørsmål ved hvor byrdefullt det er å bli trukket inn som part. Et motargument kan være risikoen for å bli ilagt saksomkostninger. Hvis denne løsningen velges, mener departementet imidlertid at det bør være en klar forutsetning at internettilbyderne ikke skal ilegges saksomkostninger hvis de velger å ikke engasjere seg i saken.

Den andre løsningen innebærer at internettilbydere ikke må saksøkes, men at det gis regler om at de skal varsles om saken og adgangen til å tre inn i saken. Virkningen av at slikt varsel er gitt, er at dommen blir bindende for internettilbydere uavhengig av om de velger å tre inn i saken. Dette forslaget tar utgangspunkt i ett av alternativene som ble vurdert (men ikke foreslått) av Tvistemålsutvalget. En slik regulering vil løse spørsmålet om rettskraft, samtidig som internettilbyderne selv kan velge om de vil bli part i saken. Tvistemålsutvalget nevnte at dette alternativet kunne kombineres med en adgang for det

offentlige til å trekke tredjeperson inn hvis vedkommende ikke trer inn i saken. Hensynet til sakens opplysning veier neppe så tungt i forhold til internettilbyderne, ettersom de ikke er direkte involvert i den underliggende rettslige konflikten. Det er derfor trolig ikke grunn til at staten eller andre skal gis noen rett til å trekke internettilbydere inn i saken hvis de ikke trer inn i søksmålet.

Etter departementets vurdering synes den andre løsningen å være den som best oppfyller de grunnleggende hensynene. Departementet vil derfor foreslå at denne løsningen velges.

Når det gjelder de øvrige parter som har interesse i saken, kan mye tale for å velge samme løsning. Det kan bli unødvendig komplisert om det her gjelder forskjellige regler for hvem søksmål må rettes mot. Også for øvrige parter synes løsningen å ivareta de mest sentrale hensynene som gjør seg gjeldende.

3.2.8 Alternativ 2: Behandling i de ordinære domstoler

Et alternativ til å gi Medietilsynet kompetanse til på nærmere vilkår å pålegge internettilbydere å hindre tilgang til nettsted, er å utvide og klargjøre domstolenes adgang til å fastsette slike pålegg. Departementet foreslår med dette en slik løsning som et alternativ til forslaget ovenfor i pkt. 3.2.7.

Om kompetansen legges til domstolene, reises ikke spørsmål knyttet til klageadgang og domstolsprøvelse. Et ”domstolsspor” er slik sett enklere enn et ”organspor”, ved at det ikke reiser de samme og til dels kompliserte juridiske spørsmål og heller ikke krever en like omfattende regulering i lov og forskrift. Samtidig vurderer altså departementet organsporet – når et slikt eventuelt er på plass – som både enklere, raskere og billigere for sakens parter, jf. ovenfor under pkt. 3.2.6.

Imidlertid krever også et domstolsspor en særskilt prosessuell regulering av de hensyn som er omtalt ovenfor, særlig under pkt. 3.2.2 og 3.2.6, og det er dette som er tema under punktet her.

3.2.8.1 Særskilte saksbehandlingsregler

Som nevnt ovenfor under pkt. 3.2.2, vil rettighetshavers saksanlegg for en domstol med krav om at en internettilbyder skal pålegges en handleplikt, tradisjonelt innebære at det oppstår en ”topartssak” med rettighetshaver som saksøker og internettilbyderen som saksøkt. Uten særskilt regulering kan dette ha følgende konsekvenser:

For det første at den som påstås å stå bak krenkelsene ikke har krav på å bli varslet om begjæringen, og følgelig ikke kan ivareta sine interesser i forhold til et pålegg som kan få stor betydning for vedkommende. For det andre vil – siden internettilbyderen har liten egeninteresse i å forsvare innholdet – domstolen gjerne basere sin beslutning på rettighetshavers fremstilling og bevisføring (alene).

I saker om midlertidig forføyning kan i tillegg følgende fremheves:

Proporsjonalitetsvurderingen i tvisteloven § 34-1 andre ledd gir anvisning på partenes forhold: *”Midlertidig forføyning kan ikke beslattes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at*

forføyning blir besluttet.” Da en forføyning sjelden vil ha negative konsekvenser av særlig betydning for mellomledet, vil det bare i særlige tilfeller være aktuelt å nekte forføyning på dette grunnlag – selv om legitime tredjepartsinteresser skulle tilsi noe annet.

Videre vil senere oppheving av forføyning pga. endrede omstendigheter typisk skje etter krav fra saksøkte, men siden saksøkte i disse saker sjelden har interesse av oppheving – og tredjepart ikke alltid er klar over forføyningen – kan forføyninger bli stående selv om grunnlaget er falt bort, noe som ble tilfellet i den danske sak om Allofmp3.com.⁵²

Etter departementets oppfatning bør på bakgrunn av ovenstående de alminnelige regler i tvisteloven ikke gis anvendelse uten særskilt tilpasning.

Partsforholdet

For det første bør tredjeparten (om mulig) varsles om saken og gis anledning til å uttale seg og på den måte ivareta sine interesser i saken. Dette vil departementet legge til rette for ved å foreslå inntatt i åndsverkloven en bestemmelse om at også innehaver av det påstått krenkende nettstedet, skal angis som motpart i begjæringen til domstolen.

Vedkommende vil da bli part med fulle partsrettigheter. På denne måte oppnås ”det samme” i domstolssporet som det som følger av forvaltningslovens regler, nemlig at alle tre parter som sakene involverer – nemlig rettighetshaver, påstått krenkende nettsted og internettilbyder – blir del av saken.

Departementet antar at det i slike saker kan være aktuelt for rettighetshaver å begjære pålegg overfor flere internettilbydere. Rettighetshavers motparter vil da kunne bli mange: det påstått krenkende nettstedet og alle de internettilbydere som er angitt i begjæringen. Departementet vil på denne bakgrunn foreslå at rettighetshaver skal fremsette begjæringen overfor tingretten der en av tilbyderne begjæringen retter seg mot har alminnelig verneting.

Sakskostnader

Videre vil departementet foreslå en spesialbestemmelse om sakskostnader. Denne skal sikre at internettilbyderne i utgangspunktet ikke kan pålegges å erstatte sakskostnadene til motpartene, dvs. rettighetshaver og innehaver av det påstått krenkende nettstedet.

Departementet legger til grunn at internettilbyderne normalt verken vil kunne påvirke eller ha interesse i de krenkelsene som skjer i nettverket. Gitt at en handleplikt neppe vil ha særlig negative konsekvenser for tilbyderen, vil denne gjerne ha begrenset egeninteresse i å motsette seg kravet om handleplikt. Siden pålegg om å hindre tilgang etter forslaget her bare kan skje etter domstolenes avgjørelse og ikke trussel om saksanlegg alene, er det rimelig at saken kan avvikles uten at internettilbyderen risikerer å bli pålagt å erstatte noens sakskostnader. Forslaget innebærer på dette punkt at tilbyder som velger å forholde seg passiv til begjæringen, slipper å pådra seg kostnader overhodet. Om tilbyder velger å

⁵² Selv om det i dag ikke ser ut til å finnes krenkende innhold på nettstedet Allofmp3.com, vil det i formelt henseende være forbudt for det saksøkte mellomledet å gi sine kunder tilgang til nettstedet inntil kjennelsen eventuelt oppheves.

engasjere seg i saken, er det ikke urimelig om tilbyderer da må dekke egne kostnader. Men andres sakskostnader bør tilbyderer i utgangspunktet ikke kunne pålegges å erstatte.

Annerledes stiller det seg om internettilbyderen ikke bare engasjerer seg i saken, men i tillegg gjør det i en utstrekning som innebærer bruk av rettsmidler: Etter departementets syn vil det ikke være rimelig om en internettilbyder som anker en avgjørelse, ikke kan pålegges å erstatte motpartens kostnader dersom tilbyderer taper ankesaken.

Departementet vil på denne bakgrunn foreslå en bestemmelse som innebærer at en internettilbyder ikke kan pålegges å erstatte motpartens sakskostnader *med mindre tilbyderer forgjeves har brukt rettsmidler mot en avgjørelse*. Etter forslaget kan tilbyderer unngå sakskostnadsansvar ved å unnlate å bruke rettsmidler mot en avgjørelse som går tilbyderer i mot, og tilbyderer kan unngå kostnader overhodet ved å forholde seg passiv i saken.

Mellom rettighetshaver og nettstedet og i situasjoner hvor tilbyderer forgjeves har brukt rettsmidler, vil departementet foreslå at de alminnelige reglene om sakskostnader i tvisteloven kapittel 20 skal gjelde uten tilpasning. Dette vil bl.a. innebære at innehaveren av nettstedet kan bli pålagt å erstatte rettighetshavers sakskostnader om begjæringen tas til følge. Motsatt kan rettighetshaver bli pålagt å erstatte nettstedets eventuelle kostnader om begjæringen ikke tas til følge.

Oppheving av pålegg

Departementet vil videre foreslå en særlig bestemmelse om at domstolen på begjæring fra en part eller annen med rettslig interesse, kan oppheve et pålegg dersom grunnlaget for avgjørelsen åpenbart ikke lenger er til stede. (Det vises til omtalen ovenfor av den danske sak om Allofmp3.com for begrunnelsen for forslaget.)

Forenklet prosedyre

Som nevnt ovenfor under pkt. 3.2.6, antar departementet at behandling av slike saker i et forvaltningsorgan vil kunne være raskere, billigere og enklere for sakens parter enn om sakene behandles i de ordinære domstoler. Dette kan avhjelpe noe ved at behandlingen for domstolene kan skje etter en forenklet prosedyre. Departementet foreslår derfor at behandlingen av begjæringer om slike pålegg ikke skal behandles i søksmåls former med full hovedforhandling mv., men at saksbehandlingen i slike saker bør være mer fleksibel, bl.a. slik at den kan skje skriftlig. Behandlingsformen som det legges opp til i forslaget bør være den eneste for slike saker, slik at det ikke bør være rom for å fastsette slike pålegg etter reglene om midlertidig sikring i tvisteloven syvende del. Når det i utgangspunktet legges opp til en forenklet og raskere behandlingsform enn ved vanlige søksmål, kan ikke departementet se at det er behov for å åpne for at pålegg i tillegg skal kunne gis i form av midlertidige forføyninger.

3.2.9 Oppsummering

Departementet foreslår at rettighetshaveres adgang til å kreve at internettilbydere pålegges å hindre tilgang til nettsted som krenker opphavsretten i grove tilfeller, klargjøres gjennom egne regler i åndsverkloven. Departementet foreslår to alternativer for hvem som

skal kunne gi slike pålegg. I alternativ 1 legges kompetansen til Medietilsynet (med klageadgang til en egen klagenemnd og full domstolsprøvelse), i alternativ 2 legges den i stedet til domstolene (ved at domstolenes adgang til å fastsette slike pålegg utvides og klargjøres i en ny lovbestemmelse). Etter departementets syn oppfyller begge alternativene kravene i opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3, og begge alternativene klargjør gjennomføringen. Siden det her ligger en direktivforpliktelse til grunn for forslagene, er ikke spørsmålet *om* en myndighet skal ha kompetanse til å gi pålegg, men *hvilken* myndighet som skal ha kompetansen og *hvordan* den skal utformes.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om alternativ 1 eller alternativ 2 er å foretrekke, samt de vurderinger departementet for øvrig har gjort under punktet her.

4 Varselbrev

4.1 Bakgrunn

I dette kapitlet drøfter departementet spørsmålet om det bør foreslås noen lovgivning knyttet til ordninger for videresending av informasjons- eller varselbrev. Slike ordninger kan tenkes i mange ulike varianter, men essensen er at abonnenter dette angår informeres om at det er registrert at deres abonnement er brukt til opphavsrettskrenkelser. Brevene kan også inneholde informasjon om gjeldende lovgivning på området. Meningen er at brevene skal ha en preventiv virkning ved at abonnentene sørger for at deres abonnement ikke benyttes til nye krenkelser. Eventuelt kan slike brev kombineres med mulighet for sanksjoner hvis krenkelsene fra det aktuelle abonnementet ikke opphører til tross for at abonnenten har mottatt flere slike brev.

Det som særlig har blitt fremholdt som argumenter for slike ordninger, er at det representerer et mykere alternativ til en rettslig forfølgning. Abonnentene gis mulighet til å rydde opp uten at identiteten deres avsløres overfor rettighetshaverne, og en slik ordning vil i tillegg kunne være ressursbesparende.

Internetttilbyderne har en nøkkelrolle i forhold til varselbrevordninger fordi det er de som besitter informasjon om hvilken abonnent som på et nærmere angitt tidspunkt har anvendt en IP-adresse. Som tidligere nevnt har rettighetshaverne ved nettkrenkelser bare mulighet til å avdekke hvilke IP-adresser som er brukt ved krenkelsene, og ikke hvilke abonnenter IP-adressene kan knyttes til. Koblingen mellom IP-adresse og abonnent er imidlertid underlagt internettinternetttilbyderens taushetsplikt, jf. ekomloven § 2-9.

På denne bakgrunn forutsetter ordninger for videresending av informasjons- eller varselbrev at internetttilbyderne på en eller annen måte medvirker til at de aktuelle abonnentene mottar brevene. Dette kan enten skje ved at internetttilbyderne videresender varselbrev på vegne av rettighetshaverne (men uten at det gis beskjed om hvem brevene er sendt til), eller at internetttilbyderne gir opplysninger om hvilke abonnenter det er tale om til andre uten selv å videresende brevene. Opplysningene kan for eksempel gis til et offentlig organ, slik at abonnentene beholder anonymiteten i forhold til rettighetshaverne. En slik ordning vil for øvrig forutsette at rettighetshaverne har adgang til å registrere og

lagre IP-adresser som benyttes ved nettkrenkelser, jf. ovenfor (med mindre krenkelsene skal dokumenteres av noen andre enn rettighetshaverne).

Spørsmålet om internetttilbyderne kan og bør videresende varselbrev på vegne av rettighetshaverne har vært gjenstand for debatt de siste årene. Rettighetshaversiden har forsøkt å få internetttilbyderne til å videresende slike brev, mens internetttilbyderne gjennomgående ikke har ønsket å påta seg en slik oppgave. I den forbindelse har det blitt reist spørsmål om hvordan dette stiller seg rettslig – om internetttilbyderne har rettslig adgang til å videreformidle denne typen brev, og i så fall om de har noen rettslig forpliktelse til å gjøre det. På bakgrunn av henvendelser fra partene har Datatilsynet og Samferdselsdepartementet uttalt seg om de rettslige sidene ved videresending av informasjons/varselbrev.

Datatilsynet⁵³ har gitt uttrykk for at tilsynet ikke kan se at personopplysningsloven er til hinder for slik videresendelse, men at det ikke påhviler noen plikt til å videreformidle slike varsler. Samferdselsdepartementet⁵⁴ har tolket ekomloven § 2-9 (om taushetsplikt) slik at bestemmelsen ikke er til hinder for at internetttilbyderne anvender opplysninger om IP-adresse til å sende et informasjonsskriv til sluttbrukerne om grensene for lovlig og rettsstridig bruk, herunder eventuelt informasjon om konstatert misbruk av sluttbrukerens internettilknytning. (Det vil stille seg annerledes om internetttilbyderen samtidig med videresendingen avslører abonnentens identitet overfor rettighetshaver, eller at det legges opp til at abonnenten skal returnere en underskrevet erklæring som innebærer at identiteten avsløres.⁵⁵) For øvrig er Samferdselsdepartementet enig med Datatilsynet i at det ikke foreligger en plikt for internetttilbyderen til å medvirke til videreformidling av et varselbrev til sluttbrukerne.

Rettighetshaverne og internetttilbyderne har ikke kommet til enighet om noen frivillig ordning for videresending av varselbrev. Det springende punkt er derfor om det bør fremmes forslag om lovgivning som forplikter internetttilbyderne til å medvirke, enten ved å pålegge en plikt til å videresende brev eller til å gi nødvendige opplysninger til for eksempel et offentlig organ. Lovgivning knyttet til en slik ordning reiser mange spørsmål, bl.a. med hensyn til personvern og rettssikkerhet. Før departementet i pkt. 5.3 kommer med sine vurderinger, vil det først blir redegjort for situasjonen i andre sentrale land.

⁵³ Brev 11. mars 2009

⁵⁴ Brev 12. mars 2010

⁵⁵ I Post- og teletilsynets brev av 14. april 2009 til Forbrukerrådet konkluderes det med at videreformidling av informasjonsskriv vil innebære et brudd på internetttilbydernes taushetsplikt etter ekomloven § 2-9, men i Samferdselsdepartementets brev vises det til at tilsynet har opplyst at det i henvendelsen som lå til grunn for vurderingen, var lagt opp til at sluttbrukerne skulle identifisere seg overfor rettighetshaverne ved å undertegne en erklæring angående det rettsstridige forholdet.

4.2 Andre land

I både Danmark og Finland så vel som i Storbritannia har det vært vurdert ulike former for varselbrev/informasjonsbrev. I Frankrike administreres en slik ordning av et offentlig organ (Hadopi). Det vises til omtalen ovenfor under pkt. 1.2.4.

Det vurderes nokså ulike varianter av varselbrevordninger i disse landene. I Danmark har et utvalg vurdert brevmodeller. Utvalget foreslår en ordning der informasjonsbrev skal videresendes av internettilbyderne. Internettilbyderen undersøker om den samme abonnenten tidligere har fått brev. Hvis den abonnenten tidligere har mottatt to brev, skal det ikke sendes ut et tredje brev. I så fall skal internettilbyderen informere den aktuelle rettighetshaverorganisasjonen om at abonnenten bak IP-adressen allerede har fått to informasjonsbrev. I Finland foreslås en ordning uten oppfølgingsmuligheter, der opplysninger om hvem brevene er sendt til ikke skal lagres. I Storbritannia skal systemet være at internettilbyderne skal videreformidle varselbrev. Her vil rettighetshaverne kunne få utlevert en anonymisert liste over hvem som har fått varsler, mens tilgang til disse abonnentenes identitet forutsetter en domstolsavgjørelse. Som omtalen i pkt. 1.2.4 viser, er ordninger med varselbrev på det nåværende tidspunktet i liten grad gjennomført i praksis, slik at det ennå er få erfaringer med effekten av slike ordninger.

4.3 Departementets vurdering

Ordninger med informasjons- eller varselbrev kan tenkes i ulike varianter. I grove trekk kan det skilles mellom to hovedtyper. Den første er de rene informasjonsbrev der abonnenten informeres om at det er registrert at hans abonnement er brukt til opphavsrettskrenkelser, men uten mulighet for senere oppfølging hvis krenkelsene fortsetter etter at brevet er mottatt. Den andre hovedtypen kjennetegnes av at brev kan følges opp videre hvis krenkelsene fra abonnementet ikke opphører. Her registreres det at vedkommende abonnent har mottatt brevet, og senere krenkelser kan medføre opptrapping i virkemiddelbruken, herunder muligheten for sanksjoner overfor abonnenten.

Fordelen med brevordninger av disse typene er at de innebærer en mildere og mer kostnadseffektiv fremgangsmåte enn en rettslig prosess. Abonnentene som mottar slike brev får mulighet til å rydde opp etter seg uten at konflikten rettsliggjøres. En annen fordel er at en slik ordning vil kunne rettes mot en større personkrets enn de tilfeller som tas til domstolene, og derfor vil kunne ha en virkning overfor flere. I tilfeller som er mindre alvorlige er det også kanskje større muligheter for å påvirke atferden.

Utforming av lovregler om slike ordninger reiser imidlertid en rekke vanskelige spørsmål, som bl.a. angår personvern og rettssikkerhet for abonnentene. Dette gjelder særlig den andre hovedtypen der brevene skal kunne følges opp ved gjentatte krenkelser.

Dersom brevene skal kunne følges opp, er det en forutsetning at det finnes en oversikt over hvilke abonnenter som har mottatt slike brev, og antallet brev knyttet til den enkelte abonnent. Det synes nærliggende at den som har registeret over hvilke abonnenter brevene sendes til, også står for utsendelsen av brevene. Registrering av hvem som mottar brev kan skje enten hos internettilbyderne eller et offentlig organ (for eksempel Medietilsynet).

At rettighetshaverne får direkte tilgang til abonnentenes identitet for opprettelsen av et slikt register, er etter departementets syn en uaktuell løsning. Som nevnt mener departementet at spørsmålet om utlevering av identitet bør bygge på en domstolsavgjørelse.

Hvis internettilbyderen skal ha ansvar for opprettelsen av et ”varselregister”, vil dette reise personvernspørsmål. De personvernmessige innvendingene vil kanskje bli redusert hvis det er et offentlig organ som har registeret, men en slik løsning vil innebære at personopplysninger må behandles av flere. Det er også grunn til å nevne at registreringen og utsendelsen av brev antas å medføre ikke ubetydelige kostnader.

Videre kan det stilles spørsmål om hva som skal være konsekvensene av at abonnentene ikke retter seg etter de varslene de mottar. Hvilke sanksjoner skal kunne benyttes hvis abonnementet fortsatt brukes til opphavsrettskrenkelser til tross for gjentatte advarsler? Det er i Norge ikke aktuelt med verken utestengelse fra Internett eller redusering av båndbredde (snurping). Departementet mener at det også er prinsipielle betenkeligheter ved utlevering av abonnentens identitet til rettighetshaverne etter et visst antall varsler uten at spørsmålet om utlevering er vurdert av en domstol. En mulighet kan være en liknende modell som foreslås i England, der rettighetshavere kan få utlevert en anonymisert liste over abonnenter som har fått et visst antall advarsler. For å få tilgang til abonnentenes identitet kreves en domstolsavgjørelse. Også forslaget til det danske utvalget, der internettilbyderne ved tredje gangs overtredelse knyttet til samme abonnent skal informere rettighetshaver om at det tidligere er sendt to brev til denne abonnenten (men uten å avsløre identiteten), er en tenkelig mulighet. Utover dette er det etter departementets syn vanskelig å se for seg hvilke sanksjoner som kan være aktuelle.

I tillegg oppstår spørsmål om hvordan rettssikkerheten til den enkelte abonnent som mottar slike brev kan ivaretas. En abonnent som mottar et slikt brev vil kunne ha behov for å uttale seg om saken. Vedkommende kan imidlertid ikke henvende seg til rettighetshaverne uten å avsløre sin identitet, og det er vanskelig å se for seg at internettilbyderen kan tildeles noe ansvar for å vurdere klager fra abonnentene. Hvis det skal være en mulighet for å klage, synes den eneste nærliggende løsningen å være at dette skjer til Medietilsynet e.l. Det oppstår imidlertid spørsmål om hvordan en slik klagebehandling skal gjennomføres og hva som kan bli resultatet av den.

Etter en samlet vurdering heller departementet i retning av at det på det nåværende tidspunktet ikke bør foreslås noen lovgivning knyttet til en varselbrevordning. Som det fremgår ovenfor foreligger det vektige motargumenter. Utformingen av en slik ordning reiser vanskelige spørsmål vedrørende personvern og rettssikkerhet, og antas i tillegg å innebære ikke ubetydelige kostnader – både til opprettelse og administrering av register, utsendelse av brev og ev. håndtering av klager. Det knytter seg også usikkerhet til effekten av en slik ordning. Selv om brevordninger er foreslått i noen land, er det få som ennå har gjennomført og sett virkningen av dette, jf. ovenfor. I denne situasjonen kan gode grunner tale for å se an virkningen av de andre håndhevingstiltakene som foreslås og erfaringene fra de land som er i ferd med å prøve ut brevordninger, før det eventuelt fremmes noe forslag om dette. Departementet mottar imidlertid gjerne synspunkter fra

høringsinstansene på denne vurderingen. Særlig bes det om innspill til hvordan en slik ordning kan utformes på en måte som ivaretar de motstridende hensynene, og forslag til løsninger på spørsmålene som er reist ovenfor. Departementet er også interessert i høringsinstansenes syn på den brevmodell som nokså nylig er foreslått av et utvalg i Danmark.⁵⁶

5 Økonomiske og administrative konsekvenser

Private

Departementet foreslår at det gis regler som gir rettighetshavere adgang til å kreve at internettilbydere pålegges å hindre tilgang til materiale som krenker opphavsrett m.m. i grove tilfeller. Det foreslås to alternativer for hvem som skal kunne gi slike pålegg. I alternativ 1 legges kompetansen til Medietilsynet (med klageadgang til en egen klagenemnd og full domstolsprøvelse), i alternativ 2 legges den i stedet til domstolene (ved at domstolenes adgang til å fastsette slike pålegg utvides og klargjøres i en ny lovbestemmelse).

Etablering av en ordning for behandling av opphavsrettskrenkelser i Medietilsynet vil etter departementets vurdering kunne være raskere, enklere og billigere for sakens parter enn om saken behandles i de ordinære domstoler. Både for rettighetshavere og internettilbydere vil dette kunne medføre økonomiske besparelser (sammenlignet med alternativ 2).

Etter begge alternativene skal det kunne gis pålegg om blokkering og sletting av nettsted der det i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart er i strid med opphavsretten. For rettighetshavere som er krenket vil dette medføre at tilgangen til det ulovlige innholdet hindres eller vanskeliggjøres. Dette kan redusere det økonomiske tapet krenkelsen ellers ville ha medført for rettighetshaveren. Etter departementets vurdering vil forslaget også kunne gjøre det mer attraktivt å utvikle og investere i nye lovlige tjenester, noe som på sikt kan gi rettighetshaverne økte inntekter (og brukerne et bedre tilbud).

Pålegg om blokkering og sletting av ulovlige nettsider vil gi internettilbyderne økte kostnader. Departementet legger imidlertid til grunn at kostnadene ved å gjennomføre et pålegg, enten det er blokkering eller sletting, er relativt beskjedne. Departementet antar også at disse sanksjonsformene ikke skal benyttes i stor utstrekning, men kun i de mer alvorlige tilfellene. På denne bakgrunn antas det at kostnadene ved gjennomføring av disse påleggene ikke vil belaste tilbyderne i særlig grad.

Det er dessuten foreslått bestemmelser som begrenser internettilbydernes risiko for saksomkostninger.

⁵⁶ <http://kum.dk/da/ServiceMenu/Publikationer/2011/Ophavsrettigheder-pa-internettet/>

Offentlige

Forslaget om å gi Medietilsynet kompetanse til å behandle saker om opphavsrettskrenkelser på Internett medfører at tilsynet tillegges nye oppgaver. Departementet regner med at det kun vil være de mer alvorlige sakene som Medietilsynet må behandle og at sakstilfanget dermed vil bli begrenset. Det må likevel påregnes administrative konsekvenser og dermed økte kostnader for tilsynet. Departementet vil i samarbeid med Medietilsynet vurdere behovet for kompetansetilførsel for å løse de nye oppgavene.

Opprettelse av en uavhengig klagenemnd ventes også å medføre økte kostnader for det offentlige. Departementet antar at sakstilfanget vil bli vesentlig mindre enn de som behandles av Medietilsynet. Av ressursmessige grunner er det videre nærliggende å vurdere at sekretariatsfunksjonen for denne klagenemnda samordnes med Klagenemnda for mediasaker (Medieklagenemnda) som foreslått i Prop. 7 L (2010-2011).

De økonomiske og administrative konsekvenser antas å bli mindre om kompetansen legges til domstolene i stedet for Medietilsynet og klagenemnda.

Etter departementets syn oppstilles det i lovforslaget en hensiktsmessig balanse mellom hensynet til rettighetshavere, internetttilbydere, personvern og ytringsfrihet. Eventuelle ulemper som forslaget har på personvernet og ytringsfriheten, vil etter departementets vurdering veies opp av de positive effektene de nye reglene vil ha for rettighetshavere og internetttilbydere.

Når det gjelder forslaget om behandling av IP-adresser og tilgang til identitet, er det etter departementets syn ikke grunn til å tro at dette vil ha økonomiske konsekvenser av særlig betydning. Dette er i hovedsak en lovregulering av gjeldende rett, bl.a. er rettighetshavernes mulighet til å få utlevert abonnementsopplysninger etter en domstolsavgjørelse fastslått av Høyesterett. Det er likevel grunn til å nevne at forslaget innebærer at Datatilsynet ikke skal gi konsesjon i det enkelte tilfellet for at rettighetshavere skal ha adgang til å registrere og lagre IP-adresser som er benyttet ved krenkelser. Det er mulig at dette kan medføre visse innsparinger.

6 Merknader til de enkelte bestemmelsene

Forslaget regulerer håndhevingstiltak knyttet til opphavsrettskrenkelser på Internett. Bestemmelsene er foreslått inntatt som nye § 56a til § 56c i åndsverkloven, ny § 4-21 i forskrift til åndsverkloven, samt ny bestemmelse i personopplysningsforskriften kapittel 7 (som tilsvarende utkast til ny § 56a i åndsverkloven).

Til ny § 56a Behandling av personopplysninger som gjelder opphavsrettskrenkelser m.m.:

Bestemmelsen gir rettighetshavere en adgang til å behandle personopplysninger om opphavsrettskrenkelser m.m. uten konsesjon fra Datatilsynet når slik behandling er nødvendig for bl.a. å gjøre gjeldende rettskrav. Behandling av personopplysninger vil særlig være aktuelt for å sikre bevis for krenkelser. Bestemmelsen vil gi rettighetshavere

hjemmel for å registrere og lagre IP-adresser som er benyttet til opphavsrettskrenkelser. Rettighetshaveres behandling av denne typen personopplysninger er unntatt fra konsesjonsplikt etter personopplysningsloven § 33, men personopplysningsloven vil for øvrig gjelde for behandlingen.

Bestemmelsens *første ledd* regulerer hva slags personopplysninger som kan behandles og til hvilket formål opplysningene kan behandles. Uttrykket ”behandling av personopplysninger”, skal forstås på samme måte som i personopplysningsloven, slik det er definert i § 2 første ledd nr. 2. Her gis en vid definisjon som omfatter enhver bruk av personopplysninger. For eksempel vil dette omfatte registrering og lagring av slike opplysninger. Begrensningen ligger i at behandlingen må være nødvendig for det formålet bestemmelsen angir (fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav), jf. nedenfor.

”Personopplysninger” skal i bestemmelsens forstand forstås slik at det omfatter både det som i personopplysningsloven defineres som personopplysninger og sensitive personopplysninger, jf. § 2 nr. 1 og nr. 8. Definisjonen av sensitive personopplysninger omfatter bl.a. opplysninger om at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for en straffbar handling, jf. § 2 nr. 8 bokstav b. Datatilsynet har i en konsesjonssak ansett opplysninger om IP-adresser som er benyttet til opphavsrettskrenkelser, som sensitive personopplysninger. Dette innebærer at behandlingen i utgangspunktet krever konsesjon etter personopplysningsloven § 33, men denne bestemmelsen vil altså gjøre unntak fra konsesjonsplikten for rettighetshaveres behandling av visse typer personopplysninger.

Personopplysningene som kan behandles etter § 56a må gjelde overtredelse av opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven. Det siste omfatter de såkalte nærstående rettigheter etter loven kapittel 5. Bestemmelsen gir bl.a. adgang til å registrere og lagre IP-adresser som er brukt til opphavsrettskrenkelser for senere forfølgning av krenkelsene.

Forutsetningen for at personopplysninger kan behandles, er at dette er nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav. Formuleringen tilsvarer personopplysningsloven § 9 første ledd bokstav e (som gjelder behandling av sensitive personopplysninger). Det er bare for dette formålet det er adgang til behandling av opplysningene – med andre ord kan behandlingen ikke foretas for andre formål. Dette innebærer at rettighetshaverne kan lagre opplysningene som bevis for å kunne forfølge krenkelser av sine rettigheter etter åndsverkloven. Opplysningene vil blant annet kunne brukes ved anmeldelse av forholdet til politiet og sivilrettslig forfølgning av krav, for eksempel ved begjæring til domstolen om tilgang til identitet bak IP-adressen.

(Lovforslagets § 56b, som gir rettighetshavere mulighet til å få utlevert fra internettilyder opplysninger som identifiserer abonnent, forutsetter at rettighetshaveren først har kunnet lagre IP-adressen som er brukt til krenkelsen.) Behandling vil altså kunne skje med sikte på senere bruk i forbindelse med rettslige prosesser for domstolene (erstatningssøksmål o.l.), men er ikke utelukkende begrenset til dette. Rettighetshaverne vil også kunne velge mykere fremgangsmåter for å gjøre gjeldende sine rettigheter etter åndsverkloven, som utsendelse av varselbrev e.l. til abonnenten (etter å ha fått utlevert vedkommendes identitet fra internettilyder etter en domstolsavgjørelse.)

Det fremgår av bestemmelsens *andre ledd* at personopplysningsloven for øvrig vil gjelde for behandling av personopplysninger i medhold av bestemmelsen.. Det er altså bare konsesjonsplikten det er gjort unntak for, mens personopplysningslovens øvrige regler vil gjelde for behandlingen av slike opplysninger. Personopplysningsloven fastsetter bl.a. en meldeplikt, jf. § 31. På grunnlag av meldingen kan Datatilsynet føre kontroll med om behandlingen av personopplysninger er i samsvar med loven, for eksempel grunnkravene i § 11.

Til ny § 56b Tilgang til opplysninger som identifiserer innehaver av abonnement brukt ved opphavsrettskrenkelser m.m.:

Bestemmelsen gir regler om rettighetshaveres adgang til etter en domstolsavgjørelse å få utlevert fra internettilbyder opplysninger som identifiserer innehaveren av abonnement som er brukt til opphavsrettskrenkelser m.m. Slike abonnementsopplysninger er i utgangspunktet underlagt internettilbydernes taushetsplikt etter ekomloven § 2-9. Tilgang til opplysningene forutsetter at domstolen pålegger internettilbyderen å utlevere disse til rettighetshaveren, uten hinder av taushetsplikten. I dag er dette regulert av tvisteloven kapittel 28. Reglene i § 56b vil på dette området tre i stedet for tvisteloven kapittel 28.

Det er rettighetshavere som kan gis tilgang til opplysninger etter bestemmelsen. Dette omfatter opphavsmenn og såkalte nærstående rettighetshavere (jf. åndsverkloven kapittel 5) som kan sannsynliggjøre at deres rettigheter etter loven er krenket. De som kan pålegges å utlevere opplysningene, er tilbydere av elektroniske kommunikasjonstjenester (som for eksempel internettilbydere). Dette skal forstås i samsvar med slik begrepet ”tilbyder” er definert i ekomloven § 1-5 nr. 14. Formålet er at mellomledd (tekniske formidlere) som har den aktuelle informasjonen skal kunne pålegges å utlevere den.

Av *første ledd* fremgår det at domstolens behandling av om det skal gis tilgang til opplysningene skjer på begjæring fra rettighetshaveren. Rettighetshaveren må altså inngi en begjæring til domstolen om å få utlevert opplysningene fra internettilbyderen. Bestemmelsen stiller krav om at rettighetshaveren må sannsynliggjøre at det foreligger en krenkelse av opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven – dvs. fremlegge bevis for krenkelsen. Dette er et grunnvilkår for at domstolen kan ta begjæringen til følge, men som det fremgår av andre ledd er ikke dette i seg selv tilstrekkelig. For øvrig vil spørsmålet bero på en interesseavveining, jf. andre ledd.

Bestemmelsens *andre ledd* bygger på tvistelovens ordning, der Post- og teletilsynet skal vurdere om det skal gis samtykke til opphevelse av lovbestemt taushetsplikt etter ekomloven § 2-9. Før domstolen treffer avgjørelse i saken skal tilsynet anmodes om å samtykke til at tilbyderen fritas fra taushetsplikten etter ekomloven § 2-9. Det er rettighetshaveren som skal sørge for å sende slik anmodning til tilsynet og legge tilsynets uttalelse frem for domstolen, jf. andre ledd *andre punktum*. Uttalelsen meddeles partene, jf. *tredje punktum*. Post- og teletilsynet vil bli pålagt gjennom instruks gitt av Samferdselsdepartementet å saksbehandle begjæringer om fritak fra taushetsplikt etter ekomloven § 2-9 innen 3 virkedager etter en anmodningen med korrekt og fullstendig

informasjon er mottatt. I *fjerde punktum* gis det anvisning på at tilsynet bare kan nekte samtykke når det vil virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold. Dette er i hovedsak det samme vurderingstemaet som etter tvisteloven § 22-3 andre ledd. Når det gjelder rettens forhold til tilsynets vurdering, er dette regulert i tredje ledd tredje punktum, jf. nedenfor.

Tredje ledd fastsetter nærmere retningslinjer for den interesseavveining domstolen skal foreta i den enkelte sak, og momenter det skal tas hensyn til i denne vurderingen. Det gis her anvisning på at begjæringen bare kan tas til følge dersom domstolen finner at hensynene som taler for utlevering veier tyngre enn hensynet til taushetsplikten. Videre er det gitt en presisering av vurderingstemaet i bestemmelsens tredje ledd andre punktum. Her er det fastsatt at retten ved vurderingen skal avveie hensynet til abonnenten mot rettighetshaverens interesse i å få tilgang til opplysningene, sett hen til krenkelsens grovhet, omfang og skadevirkninger. Rettighetshaverens interesser må altså veies mot hensynet til abonnentens personvern. Krenkelsens alvorlighetsgrad vil være et sentralt moment i vurderingen. Hvis krenkelsen er av et visst omfang, bør utgangspunktet være at det gis tilgang til opplysningene. Ulovlig tilgjengeliggjøring (opplasting) vil vanligvis ha større skadevirkninger for rettighetshaveren enn kopiering (nedlasting). Derfor vil det normalt være en høyere terskel for utlevering hvis krenkelsen bare består i nedlasting, og ikke tilgjengeliggjøring av rettighetsbeskyttet innhold. Men det vil ikke i alle tilfeller være noe skarpt skille mellom opplasting og nedlasting, og vurderingen må foretas konkret i det enkelte tilfellet. Det vises for øvrig til de alminnelige merknadene til forslaget, jf. pkt. 2.4.1 ovenfor. Tredje ledd *tredje punktum* regulerer rettens forhold til tilsynets uttalelse om fritak fra taushetsplikt. Tilsynets vurdering er del av grunnlaget for domstolens avgjørelse, men er ikke bindende for domstolen i noen retning. Etter å ha foretatt den avveining bestemmelsen gir anvisning på kan retten ved kjennelse bestemme at opplysningene skal utleveres selv om samtykke er nektet, eller at opplysningene ikke skal utleveres selv om samtykke er gitt. Retten kan altså overprøve tilsynets vurdering uavhengig av om fritak er gitt eller nektet.

Fjerde ledd gir regler om saksbehandlingen ved slike saker. Det er gjort tilpasninger i forhold til tvistelovens regler om bevissikring utenfor rettssak (tvistelovens kapittel 28). I fjerde ledd *første punktum* reguleres spørsmål om hvilken domstol begjæringen om utlevering av opplysninger skal fremsettes for. Slik begjæring skal fremmes for tingretten der tilbydereren har alminnelig verneting. Ved begjæringer etter bestemmelsen er det bare tilbydereren av elektroniske kommunikasjonstjenester (den som begjæringen om utlevering retter seg mot) som skal angis og behandles som motpart, jf. fjerde ledd *andre punktum*. Abonnenten vil ikke være part i disse sakene, men skal gis melding om utlevering av opplysninger, jf. femte ledd. At abonnenten ikke er part i saken, har sammenheng med at sakens tema er om abonnentens identitet skal utleveres og faren for bevisforspillelse hvis abonnenten ble gjort kjent med saken. Ved saker etter denne bestemmelsen er det bare én av reglene i tvisteloven kapittel 28 som er gitt tilsvarende anvendelse, mens de øvrige reglene i dette kapitlet i tvisteloven ikke skal gjelde, jf. *fjerde ledd tredje og fjerde punktum*. Den bestemmelse som er gitt tilsvarende anvendelse, er tvisteloven § 28-5 første ledd om kostnader ved begjæringen. Etter § 28-5 første ledd er det den som begjærer

bevissikring, som skal dekke kostnadene som påløper for motparten. Anvendt på disse sakene innebærer dette en regel om at rettighetshaveren skal dekke internettilbyderens kostnader.

Femte ledd gir regler som gjelder utlevering av opplysninger fra internettilbyderen, og melding om slik utlevering til abonnent og domstol. Internettilbyderen skal ikke utlevere opplysningene til rettighetshaver før avgjørelsen er endelig (rettskraftig), jf. *første punktum*. Internettilbyderen skal samtidig med at opplysningene utleveres til rettighetshaveren, gi melding om utlevering til domstolen, jf. *andre punktum*. At domstolen skal gis melding, har sammenheng med at reglene i femte punktum om offentlighet av rettsavgjørelse bl.a. er knyttet til når opplysningene ble utlevert, jf. nedenfor. Tilbyderen skal også gi melding til abonnenten når det har gått én måned siden opplysningene ble utlevert, jf. *tredje punktum*. Bakgrunnen for at underretning til abonnenten først skal gis én måned etter utlevering, er hensynet til å kunne gjennomføre etterfølgende bevissikring. Umiddelbar underretning til abonnenten hadde medført risiko for bevisforspillelse. På bakgrunn av offentlighetsreglene skal domstolen også ha kopi av slik melding til abonnent, jf. *fjerde punktum*. Regelen i *femte punktum* om at domstolens avgjørelse i en angitt tidsperiode ikke vil være offentlig, henger sammen med når abonnenten skal gis melding om saken, jf. ovenfor. Før abonnenten er gjort kjent med domstolens avgjørelse, kan den heller ikke være offentlig. Regelen er en tilpasning med utgangspunkt i tvisteloven § 28-3 fjerde ledd andre punktum. Rettsavgjørelsen vil være unntatt offentlighet inntil abonnenten er gitt melding om utlevering av opplysningene, og ellers i seks måneder etter at saken ble avsluttet.

I *sjette ledd* opplyses det om at personopplysningsloven gjelder for behandling av personopplysninger som mottas i medhold av denne bestemmelsen (dvs. etter en domstolsavgjørelse). Dette er en regel av informerende karakter som minner om at personopplysningsloven også må vurderes i denne sammenhengen. På den bakgrunn er det i lovteksten gitt en henvisning til personopplysningsloven.

Alternativ 1 (organsporet):

Til ny § 56c Vedtak om å hindre tilgang til nettsted som krenker opphavsrett m.m.

Paragrafen åpner for at Medietilsynet kan pålegge internettilbydere å hindre tilgang til materiale som krenker opphavsrett m.m. i grove tilfeller. Internettilbydere som på en eller annen måte formidler materiale som i stort omfang krenker opphavsrett, skal etter bestemmelsen kunne gis pålegg om å hindre eller vanskeliggjøre tilgangen til det ulovlige innholdet.

Første ledd gir Medietilsynet kompetanse til å behandle saker om påståtte opphavsrettskrenkelser på Internett og fastsetter nærmere vilkår for når pålegg kan gis. En forutsetning for at Medietilsynet skal kunne behandle saken er at det er mottatt begjæring fra ”rettighetshaver”. Begrepet omfatter opphavsmenn og såkalte nærstående rettighetshavere, jf. åndsverkloven kapittel 5. Vedkommende må selv overfor Medietilsynet sannsynliggjøre at det eksisterer en slik rettighet som vedkommende er

innehaver av. Det må videre være samsvar mellom de rettighetene som rettighetshaveren besitter og de rettighetene som påstås krenket – en utenforstående rettighetshaver kan ikke kreve at Medietilsynet behandler en krenkelsessak som berører verk vedkommende selv ikke har rettighetene til.

Medietilsynet kan etter bestemmelsen gi pålegg til ”tilbyder av elektroniske kommunikasjonstjenester”. Dette begrepet skal forstås i samsvar med slik begrepet ”tilbyder” er definert i ekomloven § 1-5 nr. 14, jf. § 1-5 nr. 4. Av pedagogiske hensyn er ulike tjenester nærmere eksemplifisert i bestemmelsen – det er tilbydere av elektroniske kommunikasjonstjenester som overfører, gir tilgang til eller lagrer innhold. Disse tre tjenestetypene samsvarer med de som reguleres i ehandelsloven §§ 16-18, og vil være dekket av det som normalt benevnes som internettilbyder.

Vilkåret for at Medietilsynet kan gi internettilbyderen pålegg er at internettilbyderens tjenester kan brukes eller brukes til å få tilgang til et nettsted der det i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven. Pålegg kan gis uavhengig av om internettilbyderens kan klandres for at tjenestene kan brukes eller brukes på denne måten og uavhengig av om tilbyderen er klar over at tjenestene brukes slik. Tilbyderens subjektive forhold spiller i det hele tatt ingen rolle ved vurderingen av om det pålegg kan og bør gis.

Med begrepet ”nettsted” menes en avgrenset del av Internett, for eksempel en samling av relaterte nettsider, som man kan få tilgang til via et felles domenenavn. Begrepet kan også omfatte en enkeltstående nettside på en underliggende URL. Innenfor dette avgrensede området må det i stort omfang finnes materiale som åpenbart krenker opphavsretten. Nettstedet kan enten være samme subjekt som den originære ytrer (hovedmannen som laster opp det ulovlige materialet), eller kun medvirke til krenkelsen gjennom publiseringen eller tilgjengeliggjøringen.

At innholdet på nettsiden i ”stort omfang” må krenke opphavsretten, innebærer at en vesentlig del av innholdet må være ulovlig. Selv om en tjeneste som hovedsakelig inneholder lovlig innhold også inneholder ulovlig utlagt materiale, vil det ikke være adgang til å gi pålegg. Ved avgjørelsen av om innholdet på nettstedet i ”stort omfang” krenker rettigheter etter åndsverkloven, kan det ikke bare ses hen til krenkelser av rettighetene tilhørende vedkommende som begjærer pålegg. Også materiale som krenker andres rettigheter enn den som begjærer pålegg må tas i betraktning. Det er altså det totale omfanget av ulovlig materiale uavhengig av hvem som rettighetshaver som er avgjørende. Hvis det ulovlige materialet ikke krenker rettighetene til den som begjærer pålegg, men bare andres rettigheter, må imidlertid begjæringen avises selv om nettstedet i stort omfang inneholder ulovlig materiale. I en slik situasjon vil ikke vedkommende rettighetshaver ha noen aktuell interesse i et pålegg.

Videre fremgår det av bestemmelsen at materialet ”åpenbart” må krenke opphavsrett eller andre nærstående rettigheter. Dette innebærer et vilkår om at det ikke må være tvilsomt hvorvidt det utlagte materialet er lovlig eller ikke. Adgangen til å gi pålegg er med andre ord forbeholdt de alvorlige og grove tilfellene.

Etter bestemmelsen kan pålegget fra Medietilsynet gå ut på å ”hindre tilgang” til nettsted. Dette betyr at internettilbyderen kan pålegges en handleplikt. Pålegget kan gå ut på tiltak som vanskelig- eller umuliggjør tilgang til forhåndsdefinerte nettsteder. Det er ikke noe krav om at tiltaket må være fullstendig effektivt. Aktuelle tiltak er blokkering eller sletting av aktuelle av nettsteder, alt ettersom hvilken tjeneste som internettilbyderen leverer. Med blokkering menes forskjellige tekniske tiltak som har til formål å hindre/vanskeliggjøre tilgang til et bestemt nettsted, uten at nettstedet fjernes. Med sletting menes at nettstedet fysisk fjernes (tas ned) fra Internett.

Ikke bare nettsider som formidler og/eller fasiliterer ulovlig fildeling, men også nettsider som tilbyr for eksempel ulovlig strømming (streaming), vil kunne rammes av slike pålegg.

Dersom internettilbyderen kun tilbyr ren videreformidling, jf. ehandelsloven § 16, vil det være naturlig at et eventuelt pålegg går ut på at tilbyderen skal blokkere tilgangen til nettstedet. Sletting av nettsteder vil kun være aktuelt dersom det aktuelle nettstedet lagres på internettilbyderens server, jf. ehandelsloven §§ 17 og 18. Det finnes ulike former for teknisk blokkering av nettsteder, jf. foran under alminnelige merknader pkt. 3.1.3.1. Etter departementets vurdering er det mest naturlig at Medietilsynet i sin behandling av saken på selvstendig grunnlag tar stilling til hvilken teknologi som skal benyttes ved et eventuelt pålegg. Tilsvarende gjelder hvis sletting av nettsider er aktuelt. Tilbyderne bærer kostnadene ved oppfyllelse av pålegget.

Dersom vilkårene for å gi pålegg er oppfylt, vil det bero på en skjønnsmessig vurdering om pålegg skal gis. Det skal foretas en bred interesseavveining, hvor forholdsmessigheten av tiltaket vil stå sentralt. Hensynet til informasjons- og ytringsfriheten, krenkelsens alvorlighet og omfang, hensynet til andre legitime tredjepartsinteresser samt muligheten for alternative og mindre inngripende sanksjoner, vil inngå i denne vurderingen.

Det er Medietilsynets vedtak som eventuelt vil utløse en handleplikt for internettilbyder. Bestemmelsen oppstiller ingen plikt til å foreta seg noe før dette tidspunkt, for eksempel på bakgrunn av en anmodning direkte fra rettighetshaver.

Hvilke internettilbydere et pålegg vil rette seg mot avhenger av hva slags pålegg som skal gis. Pålegg om sletting av nettsteder kan kun rettes mot de internettilbyderne som selv lagrer materialet. Dersom det er den rene videreformidlingen av innholdet som ønskes stoppet, vil blokkering være aktuelt. Da er det naturlig at pålegget rettes mot flere eller samtlige tilbydere av slike tjenester i Norge. Rettighetshaveren må i begjæringen spesifikt angi hvilke internettilbydere som skal omfattes. Alle som skal bli bundet må behandles som part og dermed bli varslet og få anledning til å uttale seg, jf. forvaltningsloven § 16.

Medietilsynets vedtak vil være et enkeltvedtak og saksbehandlingen vil følge forvaltningslovens regler. Dette har bl.a. betydning for hvem som skal varsles og gis anledning til å uttale seg før vedtak treffes og hvem vedtaket blir bindende for. I tillegg til de internettilbyderne som begjæringen omfatter og som et eventuelt pålegg vil rette seg mot skal nettstedet som et eventuelt pålegg gjelder regnes som part. Nettstedet skal derfor, i tillegg til internettilbyderne, varsles om saken og gis anledning til å uttale seg, jf. forvaltningsloven § 16. Der innehaveren av nettstedet er ukjent, vil det være tilstrekkelig

om man på bakgrunn av oppslag i WHOIS-databasen gir den registrert ansvarlige for domenet anledning til å uttale seg i saken før vedtaket fattes.

Andre ledd hjemler opprettelse av en egen klagenemnd for behandling av klagesaker etter denne paragraf.

Av bestemmelsens *første punktum* følger det at departementet skal oppnevne klagenemnda. Det fremgår at klagenemnda kun skal behandle saker ”etter denne bestemmelse”. Det skal dermed opprettes en klagenemnd som kun skal ta stilling til saker som gjelder spørsmål om tilgang til nettsted skal hindres (forslaget § 56 c). Klagenemndas kompetanse vil også omfatte vedtak om sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 i saker etter § 56 c og partsinnsyn i slike saker. Spørsmål om innsyn etter offentleglova i dokumenter i slike saker, faller derimot utenom klagenemndas kompetanse. I tredje ledd er det gitt en forskriftshjemmel for å gi nærmere regler om nemnda, se forslag til § 4-21 i forskrift til åndsverkloven.

Klagenemnda vil ha samme kompetanse som andre klageinstanser, dvs. at nemnda kan prøve alle sider av saken – både Medietilsynets lovanvendelse og utøving av skjønn. Det fremgår forutsetningsvis at nemnda også kan treffe realitetsavgjørelse i saken. Etter bestemmelsen skal klagenemnda være ”uavhengig”. Med dette menes at klagenemnda skal ha en uavhengig rolle i forholdet til Kongen, departementet og Medietilsynet, se merknadene til femte ledd.

Av bestemmelsens *andre punktum* følger det at klageadgangen skal gjelde for sakens parter og andre med rettslig klageinteresse i saken, jf. forvaltningsloven § 28. I tillegg til internettilbyderne – som avgjørelsen vil rette seg mot, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e – vil både nettstedet som vil rammes av et eventuelt pålegg og rettighetshaveren, være å anse som parter. Den enkelte internetbruker vil normalt ikke ha rettslig klageinteresse i saker etter denne paragrafen, jf. forvaltningsloven § 28.

Uavhengig av rettslig klageinteresse, fremgår det eksplisitt av bestemmelsens *tredje punktum* at Forbrukerrådet har klagerett. Dette er for å sikre at forbrukerhensyn blir tilstrekkelig ivarettatt.

Utover å være klageinstans vil klagenemnda ikke stå i noe overordningsforhold til Medietilsynet. Nemnda har følgelig ikke instruksjonsrett over Medietilsynet, og kan for eksempel ikke gi forhåndsinstrukser om Medietilsynets saksbehandling i enkeltsaker. Klagenemnda er derfor ikke gitt kompetanse til å omgjøre Medietilsynets vedtak av eget tiltak, jf. *fjerde punktum*. Nemnda har således bare kompetanse til å behandle saker der det foreligger en klage fra en part eller en med klageinteresse i saken.

Tredje ledd slår fast at Kongen kan gi nærmere regler bl.a. om saksbehandling etter denne paragraf samt organisering av klagenemnda i forskrift. I første omgang vil det være behov for nærmere regler om klagenemnda, bl.a. knyttet til størrelse, sammensetning (faglig kompetanse), oppgaver og saksbehandlingsregler. Dette foreslås regulert i utkast til ny § 4-21 i forskrift til åndsverkloven.

For å sikre at saker som bringes inn for Medietilsynet er av en viss størrelse og viktighet for rettighetshaveren, er det som en sikkerhetsventil tatt inn i bestemmelsens siste

punktum en hjemmel for at Kongen i forskrift kan bestemme at det skal kreves et gebyr for at Medietilsynet skal behandle saken. Departementet vil avvente sakstilfanget etter de nye bestemmelsene, før det tas stilling til om hjemmelen skal benyttes.

Fjerde ledd regulerer Medietilsynets og klagenemndas mulighet til å oppheve et vedtak om pålegg. En part eller annen med rettslig klageinteresse kan etter bestemmelsen rette en henvendelse til Medietilsynet eller klagenemnda om at pålegget skal oppheves. Begrepene part og rettslig klageinteresse fremgår av merknadene til andre ledd. I likhet med klage etter andre ledd, fremgår det også her eksplisitt at Forbrukerrådet kan fremsette slik begjæring. Henvendelsen skal rettes til den instans som har fattet vedtaket. Dersom grunnlaget for det opprinnelige vedtaket åpenbart ikke lenger er til stede, skal begjæringen tas til følge. Oppheving av pålegg vil spesielt være aktuelt i situasjoner der en nettside etter at vedtak er fattet helt skifter karakter ved at det ulovlige innholdet fjernes. Denne adgangen kommer i tillegg til forvaltningslovens generelle omgjøringsadgang, jf. forvaltningsloven § 35.

Femte ledd begrenser kongen og departementets myndighet til å instruere Medietilsynet eller klagenemnda, og til å omgjøre vedtak fattet av tilsynet og klagenemnda. For å sikre Medietilsynets uavhengighet i saker etter § 56c, fremgår det av bestemmelsen at kongen eller departementet ikke kan instruere Medietilsynet i saker etter bestemmelsen. Kongen eller departementet vil dermed heller ikke ha myndighet til å pålegge Medietilsynet å ta en sak opp til behandling, dersom rettighetshaver ikke har begjært saken behandlet. Det gjøres i tillegg unntak fra departementets omgjøringsadgang etter forvaltningsloven § 35. Tilsvarende begrensninger i instruksjons- og omgjøringsadgangen fremgår forutsetningsvis når det gjelder kongen og departementets forhold til den uavhengige klagenemnda. Av pedagogiske hensyn er dette inntatt eksplisitt i bestemmelsen.

Sjette ledd omhandler domstolsprøvelse av vedtaket. Etter bestemmelsen kan klagenemndas vedtak bringes inn for domstolen. Denne adgangen forutsetter at klagemuligheten først er benyttet. Det er dermed kun klagenemndens vedtak som kan være gjenstand for domstolsprøvelse. Medietilsynets vedtak kan altså ikke bringes direkte inn for domstolene. Etter bestemmelsen er det ingen begrensninger i domstolens prøvelsesrett. Domstolen kan prøve alle sider av vedtaket, både om vedtaket er innenfor lovens rammer, om klagenemnda har lagt riktig faktum til grunn, om det er begått saksbehandlingsfeil og klagenemndas vurdering av om det skal treffes slik avgjørelse (skjønnsutøvelsen). I tillegg til at domstolen har full prøvelsesrett, kan den etter bestemmelsen også treffe realitetsavgjørelse i saken. Etter bestemmelsens andre punktum skal eventuelle søksmål mot klagenemndas vedtak rettes mot staten v/klagenemnda.

I syvende ledd gis bestemmelser om hvem som blir parter i saken for domstolene samt rettskraftvirkninger ved en dom. Søksmål skal rettes mot staten, jf. sjette ledd.

Internettilbyderne skal dermed ikke saksøkes, dersom rettighetshaver som ikke har fått medhold i forvaltningssaken ønsker å prøve saken for domstolene. Domstolen skal etter bestemmelsens første punktum likevel varsle internettilyderne om søksmålet og opplyse om at de har anledning til å tre inn som part i saken. Internettilyderne kan selv velge om de ønsker å engasjere seg i saken og dermed bli part, eller de kan forholde seg helt passivt

og stå utenfor saken. Virkningen av at varsel er gitt, er at dommen blir bindende for internettilbyderne uavhengig av om de trer inn i saken eller ikke. Tilsvarende virkning vil det ha for rettighetshaver dersom det er det påstått krenkende nettstedet eller eventuelt internettilbyderen som ønsker å prøve saken i domstolene. Det er kun de som er parter i saken (altså de som velger å tre inn) som kan pålegges saksomkostninger. Konsekvensen er at internettilbyderne skadesløse kan forholde seg passivt.

Åttende ledd gir regler om tvangsgjennomføring av Medietilsynets og klagenemndas vedtak. Bestemmelsen innebærer en mulighet for å tvinge gjennom oppfyllelsen av pålegget i tilfeller hvor internettilbyderen nekter å etterkomme vedtaket. For å lette slik tvangsgjennomføring er det fastsatt at vedtak etter denne paragraf skal regnes som særlig tvangsgrunnlag etter kapittel 13 i tvangsfullbyrdelsesloven (lov av 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring). Dette innebærer at den som krever vedtaket gjennomført, vil kunne gå direkte til namsmyndighetene med kravet, uten først å ha fått dom for dette. Begjæringen settes fram for tingretten, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 13-3 tredje ledd. Fullbyrdelsesmåten vil som hovedregel være en løpende mulkt, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 13-14, som igjen kan tvangsfullbyrdes som et vanlig pengekrav, jf. tvangsfullbyrdelsesloven §§ 13-14, jf. 13-8.

Til ny § 4-21 i forskrift til åndsverkloven

Paragrafen gir med hjemmel i forslaget § 56c tredje ledd regler om organisering av og saksbehandlingen til klagenemnda som foreslås opprettet etter forslaget § 56c andre ledd.

Etter *første ledd* skal departementet oppnevnte klagenemnd med kompetanse til å behandle klager på vedtak etter forslaget i åndsverkloven § 56c. Klagenemnda skal være uavhengig, og dens kompetanse skal avgrenses til klagesaker som gjelder § 56c. Nemnda skal bestå av en leder og to andre medlemmer som oppnevnes for fire år av gangen. Videre skal det oppnevnes personlige vararepresentanter for hvert av medlemmene. Klagenemndas leder og dennes vararepresentant skal være jurist. Bakgrunnen for dette kravet er at behandling av klager i de aktuelle sakene vil kreve opphavsrettslig kompetanse.

Andre ledd bestemmer at forhandlingene i nemnda skal administreres av nemndas leder og at alle medlemmene skal delta i avgjørelsen. Dersom det foreligger uenighet blant medlemmene, skal avgjørelsen treffes ved vanlig flertall.

I *tredje ledd* heter det at nemndas vedtak ikke kan påklages, men kan etter § 56c sjette ledd bringes inn for domstolene, som kan prøve alle sider i saken.

Alternativ 2 (domstolssporet):

Til ny § 56c Pålegg om å hindre tilgang til nettsted som krenker opphavsrett m.m.

Bestemmelsen høres som et alternativ til bestemmelsen som gir Medietilsynet kompetanse til å pålegge internettilbydere å hindre tilgang til materiale som krenker opphavsrett m.m.

i grove tilfeller. I nærværende alternativ legges ikke kompetansen til Medietilsynet, men i stedet til domstolene. Etter begge alternativene skal internettilbydere som på en eller annen måte formidler materiale som i stort omfang krenker opphavsrett, kunne gis pålegg med formål å hindre eller vanskeliggjøre tilgangen til det ulovlige innholdet.

Første ledd gir retten kompetanse til å behandle saker om påståtte opphavsrettskrenkelser på Internett og fastsetter nærmere vilkår for når pålegg kan gis. Med unntak for at det her er retten som gis kompetansen, er ordlyden identisk med første ledd i bestemmelsen som gir Medietilsynet slik kompetanse. Det vises til merknadene ovenfor for forståelsen av begrepene i bestemmelsen, samt anvisningen på den interesseavveining som skal foretas.

Andre ledd første punktum er en vernetingsbestemmelse: Begjæring skal settes frem overfor tingretten der en av tilbyderne begjæringen retter seg mot, har alminnelig verneting. Om begjæringen retter seg mot én tilbyder, må den settes frem for tingretten der denne har verneting. Om den retter seg mot flere tilbydere, kan rettighetshaver velge hvilken av tingrettene i disses verneting begjæringen settes frem overfor.

Etter andre ledd *andre punktum* skal også innehaver av det påstått krenkende nettstedet angis i begjæringen som motpart. Vedkommende vil være part med fulle partsrettigheter.

Tredje ledd første punktum er en spesialbestemmelse om sakskostnader, som slår fast at tilbyderen ikke kan pålegges å erstatte motpartens sakskostnader, med mindre tilbyderen forgjeves har brukt rettsmidler mot en avgjørelse. Tilbyder kan altså unngå sakskostnadsansvar ved å unnlate å bruke rettsmidler mot en avgjørelse som går han i mot. Bestemmelsen innebærer at tilbyder ved å forholde seg passiv til begjæring slipper å pådra seg kostnader overhodet. Motparten vil være rettighetshaver og innehaver av det aktuelle nettstedet. Tilbyder kan altså ikke pålegges kostnadsansvar overfor noen av disse, med mindre tilbyderen forgjeves bruker rettsmidler. Mellom rettighetshaver og nettstedet og i situasjoner hvor tilbyderen forgjeves har brukt rettsmidler gjelder reglene om sakskostnader i tvisteloven kapittel 20.

Fjerde ledd første punktum bestemmer at dersom grunnlaget for avgjørelsen åpenbart ikke lenger er til stede, kan retten på begjæring fra part eller annen med rettslig interesse i saken, oppheve pålegget. Bestemmelsen tilsvarende femte ledd i paragrafen som legger kompetansen i disse sakene til Medietilsynet. Begrepene "part" og "rettslig interesse" relaterer seg i nærværende alternativ til tvistelovens bestemmelser, ikke forvaltningslovens. For øvrig er vurderingen den samme etter begge alternativer: Om grunnlaget for den opprinnelige avgjørelsen åpenbart ikke lenger er til stede, skal begjæringen om oppheving av pålegg tas til følge. Slik oppheving vil spesielt være aktuelt i situasjoner der en nettside etter at avgjørelse er truffet helt skifter karakter ved at det ulovlige innholdet fjernes.

Når det er brukt rettsmidler i saken, slik at avgjørelsen som begjæres opphevet er avsagt av lagmannsretten eller Høyesterett, oppstår spørsmål om hvilken instans begjæringen om oppheving skal settes frem for. Departementet finner det mest nærliggende at slike begjæringer skal settes frem for tingretten der begjæringen om pålegget som nå begjæres opphevet ble satt frem, jf. fjerde ledd *andre punktum*.

Til ny bestemmelse i personopplysningsforskriften kapittel 7

Den foreslåtte bestemmelsen i personopplysningsforskriften vil ha samme ordlyd som utkastet til bestemmelse i åndsverkloven (§ 56a) om unntak fra konsesjonsplikt etter personopplysningsloven (og foreslås plassert i kapittel 7 i forskriften). Det vises derfor til merknadene til ny § 56a. Henvisningen til at personopplysningsloven for øvrig gjelder for behandlingen (lovutkastet § 56a andre ledd) er imidlertid ikke foreslått inntatt i den nye bestemmelsen i personopplysningsforskriften fordi det samme følger av § 7-22 andre ledd (som er en generell bestemmelse om de behandlingene som er unntatt fra konsesjonsplikt, men underlagt meldeplikt).

7 Utkast til endringer i åndsverkloven m.m.

I

I lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. gjøres følgende endringer:

Overskrift til kapittel 7 skal lyde:

7. kapittel. Straff, erstatning og inndragning m.m.

Nye §§ 56a til 56d skal lyde:

Behandling av personopplysninger som gjelder opphavsrettskrenkelser m.m.

§ 56a. Rettighetshaveres behandling av personopplysninger som gjelder krenkelse av opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov er unntatt fra konsesjonsplikt etter personopplysningsloven § 33 når slik behandling er nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav.

For øvrig gjelder personopplysningsloven for behandlingen av slike opplysninger.

Tilgang til opplysninger som identifiserer innehaver av abonnement brukt ved opphavsrettskrenkelser m.m.

§ 56b. Hvis det sannsynliggjøres at opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov er krenket, kan retten på begjæring fra rettighetshaveren pålegge en tilbyder av elektroniske kommunikasjonstjenester, uten hinder av taushetsplikt etter ekomloven § 2-9, å utlevere opplysninger som identifiserer innehaveren av abonnement som er brukt ved krenkelsen.

Før retten treffer avgjørelse i saken skal Post- og teletilsynet anmodes om å samtykke til at tilbyderen fritas fra taushetsplikten etter ekomloven § 2-9. Rettighetshaveren skal sende slik anmodning til tilsynet og legge tilsynets uttalelse frem for retten. Uttalelsen meddeles partene. Tilsynet kan bare nekte samtykke når det vil virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold.

For at begjæringen skal tas til følge må retten finne at hensynene som taler for utlevering veier tyngre enn hensynet til taushetsplikten. Ved vurderingen skal retten avveie hensynet til abonnenten mot rettighetshaverens interesse i å få tilgang til opplysningene, sett hen til krenkelsens grovhet, omfang og skadevirkninger. Etter en slik avveining kan retten ved kjennelse bestemme at opplysningene skal utleveres selv om samtykke er nektet, eller at opplysningene ikke skal utleveres selv om samtykke er gitt.

Begjæringen om pålegg om utlevering av opplysninger fremsettes for tingretten der tilbyderen har alminnelig verneting. Bare tilbyderen av elektroniske kommunikasjonstjenester skal angis og behandles som motpart ved slike begjæringer. Tvisteloven § 28-5 første ledd gjelder tilsvarende i sak etter denne bestemmelsen. De øvrige bestemmelsene i tvisteloven kapittel 28 gjelder ikke.

Opplysningene skal ikke utleveres før avgjørelsen er endelig. Ved utlevering av opplysningene skal tilbyderen samtidig gi melding om utleveringen til retten. Tilbyderen skal gi abonnenten melding om utleveringen når det har gått én måned siden

opplysningene ble utlevert. Kopi av meldingen sendes samtidig til retten. Allmennheten skal ikke gjøres kjent med saken før tidligst én måned etter at opplysningene er utlevert og abonnenten er underrettet om utleveringen, eller mer enn seks måneder er gått siden saken ble avsluttet.

For behandling av personopplysninger som mottas i medhold av denne bestemmelsen gjelder personopplysningsloven.

Utkast til § 56c, alternativ 1 (kompetansen til å gi pålegg tillegges Medietilsynet):

Vedtak om å hindre tilgang til nettsted som krenker opphavsrett m.m.

§ 56c. Medietilsynet kan etter begjæring fra rettighetshaver pålegge tilbyder av elektroniske kommunikasjonstjenester, som overfører, gir tilgang til eller lagrer innhold, å hindre tilgang til nettsted der det i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov.

Medietilsynets vedtak etter denne bestemmelse kan klages inn for en uavhengig klagenemnd oppnevnt av departementet. Vedtaket kan påklages av en part eller annen med rettslig klageinteresse i saken. Forbrukerrådet kan også påklage vedtaket. Klagenemnda kan ikke av eget tiltak omgjøre Medietilsynets vedtak.

Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om saksbehandling mv. etter denne bestemmelse samt organisering av klagenemnda. Kongen kan også gi bestemmelser om gebyr for behandling etter denne bestemmelse.

Dersom grunnlaget for vedtaket åpenbart ikke lenger er til stede, kan Medietilsynet eller klagenemnda på begjæring fra part eller annen med rettslig klageinteresse oppheve pålegget. Forbrukerrådet kan også fremsette slik begjæring.

Kongen eller departementet kan ikke instruere Medietilsynet eller klagenemnda om behandlingen av saker etter denne bestemmelse, eller omgjøre tilsynets eller klagenemndas vedtak.

Klagenemndas vedtak kan bringes inn for domstolene, som kan prøve alle sider av saken og treffe realitetsavgjørelse i saken. Eventuelle søksmål skal rettes mot staten v/klagenemnda.

Ved søksmål mot staten om rettslig prøving av klagenemndas vedtak skal retten varsle de som var parter i saken for klagenemnda om søksmålet og om at de har adgang til å tre inn som part i saken. Dommen blir bindende for de som har mottatt slikt varsel selv om de velger ikke å tre inn i saken.

Medietilsynets og klagenemndas vedtak er særlig tvangsgrunnlag etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 13.

Utkast til § 56c alternativ 2 (kompetansen til å gi pålegg tillegges domstolen):

Pålegg om å hindre tilgang til nettsted som krenker opphavsrett m.m.

§ 56c. Retten kan etter begjæring fra rettighetshaver ved kjennelse pålegge tilbyder av elektroniske kommunikasjonstjenester, som overfører, gir tilgang til eller lagrer innhold, å hindre tilgang til nettsted der det i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov.

Slik begjæring settes frem overfor tingretten der en av tilbyderne begjæringen retter seg mot har alminnelig vernet. Også innehaver av nettstedet skal angis som motpart i begjæringen.

En tilbyder kan ikke pålegges å erstatte motpartens sakskostnader, med mindre vedkommende forgjeves har brukt rettsmidler mot en avgjørelse. For øvrig gjelder tvisteloven kapittel 20.

Dersom grunnlaget for avgjørelsen åpenbart ikke lenger er til stede, kan retten på begjæring fra part eller annen med rettslig interesse ved kjennelse oppheve pålegget. Slik begjæring fremsettes for samme tingrett som behandlet begjæringen om pålegget som kreves opphevet.

II

I forskrift 21. desember 2001 nr. 1563 til åndsverkloven (lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.) gjøres følgende endringer:

Overskrift til kapittel IV skal lyde:

Kapittel IV – Tvisteløsning mv. for avtale- eller tvangslisenssituasjoner, *når tekniske beskyttelsessystemer er anvendt samt klage på Medietilsynets vedtak etter åndsverkloven § 56c*

Ny § 4-21 med overskrift skal lyde:

Klage på Medietilsynets vedtak i forbindelse med krenkelse av opphavsrett m.m. på Internett, jf. åndsverkloven § 56c

§ 4-21. Kulturdepartementet oppnevner en nemnd til å behandle klager som nevnt i åndsverkloven § 56c tredje ledd. Nemnda skal bestå av en leder og to andre medlemmer oppnevnt for fire år av gangen. Det oppnevnes personlige vararepresentanter for hvert av medlemmene. Nemndas leder og dennes vararepresentant skal være jurist.

Forhandlingene i nemnda administreres av nemndas leder. Alle medlemmene skal delta i avgjørelsen. I tilfelle uenighet treffes avgjørelsen ved vanlig flertall.

Nemndas vedtak kan ikke påklages.

III

I forskrift 15. desember 2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger gjøres følgende endringer:

Ny bestemmelse i forskriften kapittel 7 skal lyde:

Behandling av personopplysninger som gjelder opphavsrettskrenkelser m.m.

Rettighetshaveres behandling av personopplysninger som gjelder krenkelse av opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverksloven er unntatt fra konsesjonsplikt etter personopplysningsloven § 33 når slik behandling er nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav.