



Denne fil er hentet fra Handelshøyskolen BIs åpne institusjonelle arkiv BI Open Archive <http://biopen.bi.no>

Den inneholder akseptert og fagfellevurdert versjon av artikkelen sitert under. Den kan inneholde små forskjeller fra den originale pdf-versjonen publisert i tidsskriftet.

Eidsvold-Tøien, Irina; Viken, Monica

Hvor effektive er de norske opphavsrettslige håndhevingsregler?

NIR : Nordiskt immateriellt rättsskydd. 2019, 40 (3), 318-356.

Tidsskriftet tillater at siste forfatterversjon legges i åpent publiseringsarkiv ved den institusjon forfatteren tilhører.

Hvor effektive er de norske opphavsrettslige håndhevingsregler?

Av førsteamanuensis Irina Eidsvold-Tøien og førsteamanuensis Monica Viken¹

1. Innledning

1.1 Opphavsrettens betydning – behovet for velfungerende håndhevingsregler

Åndsverk og fremføringene av disse, er en sterkt etterspurt «vare» i informasjonssamfunnet, både i form av filmer, musikk og andre frembringelser som legger grunnlaget for kulturuttrykk og kunstneriske opplevelser.² Internett muliggjør overføringer av slike goder sømløst, nærmest kostnadsfritt og uten kvalitetstap innenfor hele EU-/EØS-området. Kreativ næring, der også verdiskaping fra de øvrige ledd i verdikjeden inngår, gjør denne næringen til en av de mest betydelige innen den europeiske informasjonssamfunnsøkonomien.³

Uten tilstrekkelig beskyttelse av åndsverk og utøvende kunstners fremføringer av dem, kan prestasjonene kopieres fritt, med den konsekvens at rettighetshaverne ikke får betalt for sine investeringer.⁴ Og uten incentiv for merskaping, kan også bærekraften i det kulturelle kretsløpet som helhet rammes og samfunnet vil kunne tappes for innovasjon og kulturell utvikling.⁵

Velfungerende beskyttelsesregler og håndhevingregler kan på den annen side, sikre fortsatt vekst av informasjonssamfunnet, samt vern av Europas ulike nasjonale kulturuttrykk, slik at medlemslandene også kan ha et forsvarlig rammeverk for kulturell og kreativ produksjon innenfor landets grenser.

¹ Handelshøyskolen BI i Norge. Artikkelen er skrevet i forbindelse med KulMediaprosjektet *Digitalization and Diversity*, finansiert av Kulturdepartementet. Prosjektet ledes av Anne-Britt Gran ved Handelshøyskolen BI. I prosjektet analyserer artikkelforfatterne digitaliseringens konsekvenser for bredden i filmtilbudet, bruksformer ved utbud og mottak, effektiviteten i lovverket og hva dette kan bety for filmproduksjon og utbudet av film. Foreliggende artikkel er en del av prosjektet.

² I en rapport fra 2015, uttales at kunst er: «en skapende kraft i et demokratisk samfunn, en viktig ytring som forutsetning for kunnskap, som korrektiv til og dialog med samfunnsutviklingen, som del av og forutsetningen for debatt i det offentlige rom», jf. Kulturdepartementet (2015) *Rapport: Kunstens autonomi og kunstens økonomi* s. 17.

³ EU-rapport 2017; *Mapping the creative value chains A study on the economy of culture in the digital age: final report – Study*, s. 27 og BI:CCIs rapport 2016; *Kreativ næring i Norge 2008-2014*, s. 23.

⁴ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen; *Immaterialret* (2018), 5. udg., København, Jurist- og økonomiforbundets forlag, s. 44. «Investering» er vår definisjon, og forstås som bl.a. tid, ferdighetstilegnelse, kostnader og talent.

⁵ Schovsbo m. flere (2018), s. 46 flg.

Spørsmålet som reises i denne artikkelen er hvordan beskyttelses- og håndhevingsregler fungerer når overføringer av åndsverk foregår ulovlig over Internett. Effektiviteten i de norske håndhevingsreglene vurderes på bakgrunn av forutsetninger i EU-direktiver og Norges EØS-rettslige forpliktelser, og i forhold til hvordan disse er implementert i de andre skandinaviske landene.

Et av hovedformålene med EUs horisontale direktiv om opphavsrett –Infosoc-direktivet– var å videreføre internasjonale rammebetingelser for opphavsrett og nærstående rettigheter innenfor EUs digitale markeder.⁶ I Infosoc-direktivets fortale pkt. 11 uttales at opphavsretsreguleringen skal være «et af de vigtigste redskaber til at sikre de nødvendige ressourcer til skabelsesprocessen og kulturproduktion i Europa». Direktivet gjennomfører også de mest sentrale internasjonale forpliktelsene som WIPO vedtok i WPPT- og WCT-traktatene.⁷ Traktatene var WIPOs tiltak for å tilrettelegge for at hovedinnholdet i Bern- og Roma-konvensjonene kunne videreføres i en ny teknologisk tidsalder.⁸ Infosoc-direktivet viderefører dermed en internasjonal rettslig tradisjon for vern av opphavsrett og beslektete rettigheter, noe som også bekreftes i nyere dommer og uttalelser fra EU-domstolen.⁹

Infosoc-direktivet har videre som mål å sikre at medlemslandene på riktig måte og på riktig nivå etablerer lovgivning for opphavsrett og nærstående rettigheter i nasjonal rett.¹⁰ Av fortalen til Infosoc-direktivet fremgår at beskyttelse av slike prestasjoner må skje i en

⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af opphavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, (Infosoc-direktivet), fortale pkt. 2, 5 og 15.

⁷ Infosoc-direktivets fortale pkt. 15. WIPO er FNs verdensorganisasjon for immaterielle rettigheter (World Intellectual Property Organization). WCT (Wipos Copyright Treaty) vedrører opphavsrett og WPPT (Wipos Performance and Phonogram Treaty) vedrører fremføringsrettigheter og produsentrettigheter. Målet med traktatene var å «oversette» Bern- og Romakonvensjonen til den digitale æra, da utnyttelsesmulighetene som digital teknologi medfører utfordrer kontrollen over bruken av beskyttet innhold. I C-5/08 (Infopaq) henvises det til Bernkonvensjonen og at EU-retten viderefører prinsippene i konvensjonen (premiss 32). Hensynet til de økonomiske realiteter ved nye former for utnyttelse fremheves i Infosoc-direktivets fortale pkt. 5.

⁸ Rognstad, Ole-A; *Opphavsrett* (2009), Oslo, Universitetsforlaget, s. 47.

⁹ I bl.a. C-5/08 (Infopaq) viser domstolen til betydningen av formålet i internasjonal rett i premiss 32 og til Bernkonvensjonens oppbygning i premiss 34. Også i generaladvokatens uttalelse i Spiegel-saken, fremholdes tilknytningen til Bern-konvensjonen, se C-51617 (Spiegel online) premiss 31-34.

¹⁰ Infosoc-direktivets fortale pkt. 1: «Traktaten foreskriver opprettelse af et indre marked og indførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen i det indre marked ikke fordrejes. En harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om opphavsret og beslægtede rettigheder bidrager til at opnå disse mål». Se også Rognstad (2009), s. 54. Rettsutvalget i EU parlamentet har vedtatt et nytt opphavsrettsdirektiv (COM/2016/0593 final - 2016/0280 (COD), som søker å styrke opphavsretten, blant annet ved å pålegge sosiale medier (som YouTube og Facebook) publiseringsansvar for brukergenerert innhold. EU-parlamentets forslag av 12. september 2018 ble nedstemt av Ministerrådet i EU i midten av januar 2019, men parlamentet kom til enighet om et nytt forslag den 26. mars 2019. I direktivet fremgår bl.a. bestemmelser om vederlagsplikt for brukergenerert innhold, krav til rimelig vederlag og avtalejusteringsrett. Direktivet behandles ikke nærmere i denne artikkelen, men vil også være aktuelt å innarbeide i norsk rett.

harmonisert rettslig ramme, for å hindre konkurransevridning i markedet og for at det beskyttede innholdet skal kunne tilbys på tvers av landegrenser i hele EU-markedet, og samtidig sikre grunnlag for innovasjon og nyskaping.¹¹

Opphavsrett og nærstående rettigheter ligger innenfor rammen av EØS-avtalen, jf. blant annet EØS avtalens art. 7 jf. art. 119, vedlegg XVII. Norge er forpliktet til å gjennomføre EU-lovgivningen i samsvar med EU-retten.¹² De norske reglene må analyseres på bakgrunn av kravet til EØS-konform fortolkning av EU-rettens regler,¹³ og forpliktelsen til å gi EU-rettens regler forrang der de er i kollisjon med nasjonale regler på EU-rettens områder.¹⁴ Infosoc-direktivet er gjennomført i sin helhet i norsk rett i åndsverkloven (åvl.).¹⁵

1.2 Regelverket som skal vurderes

Analysene i denne artikkelen søker å avklare hvorvidt EU-rettens legislative forutsetninger for opphavsrett og håndheving av den, knyttet til noen konkrete bestemmelser, er gjennomført på en effektiv måte i norsk rett.¹⁶ Behandlingen konsentreres om opphavsretten, da det som gjelder for opphaverne også i stor grad vil gjelde for de utøvende kunstneres rettigheter.¹⁷ Selv om posisjonen til produsenter, distributører, innholdstilbydere og andre aktører i næringskjeden også vil berøres av lovgivningens effektivitet, vurderes ikke disse direkte i denne artikkelen.

Hovedvekten av analysene legges på håndhevingsregler ved overføring av innhold over Internett, idet disse synes å være de viktigste ved krenkelse av opphavsrett og nærstående rettigheter på Internett. Vi vil også i noen grad vurdere implementeringen av

¹¹ Infosoc-direktivets fortale pkt. 6 og 4.

¹² Rognstad (2009), s. 54. Dette fremgår også av Sejersted, F., Arnesen, F., Rognstad, O.A, Kolstad, O; *EØS-rett* (2011), 3. utg., Oslo, Universitetsforlaget, s. 92.

¹³ Regelen springer ut av en EFTA-straffesak (E/107, straffesak mot A) der EFTA-domstolen uttaler: «national courts are bound to interpret national law, and in particular legislative provisions specifically adopted to transpose EEA-rules into national law, as far as possible in conformity with EEA-law. Consequently, they must apply the interpretative method recognized by national law as far as possible in order to achieve the result sought by the relevant EEA-rule». Se Sejersted m. flere (2011), s. 208.

¹⁴ *Lov av 27. november 1992 gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. nr. 109* (EØS-loven) § 2: «Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold».

¹⁵ *Lov av 15. juni 2018 nr. 40, om opphavsrett til åndsverk mv.* (Åndsverkloven (åvl.)). Loven trådte i kraft 1. juli 2018. Infosoc-direktivet ble for en stor del gjennomført i norsk rett ved lov om endringer i åndsverkloven 17. juni 2005 nr. 97, jf. Ot.prp. nr.46 (2004–2005) og Innst.O.nr.103 (2004–2005), med en fullstendig gjennomføring i 2018, jf. Prop.104 L (2016–2017) *lov om opphavsrett til åndsverk mv.* (Åndsverkloven), s. 12-13.

¹⁶ Infosoc-direktivet fortale pkt. 11. At EU-retten setter standarden for norsk rett følger av EØS-avtalen.

¹⁷ Norsk åvl. § 3 vedrører opphavsrett for skapende, og åvl. § 16 rettigheter for utøvende kunstnere.

eksemplarframstillingsretten og avgrensningene av den, da omfanget av eneretten også har betydning for vurderingen av gjennomføringen av direktivforpliktelsen.

Reglene i den norske åvl kap. 5 om straff og erstatning og reglene om tilgang til person- og IP-adresse-opplysninger i kap. 6 del I omfattes av håndhevingsreglene i opphavsretten.

Rettspraksis viser imidlertid at det er reglene om mellommenns medvirkningsansvar i kap. 6 del II som i all hovedsak har vært fremmet som rettsgrunnlag av rettighetshaverne ved rettsbrudd.¹⁸ Internett-mellommenn blir i fortalen til Infosoc-direktivet utpekt som sentrale aktører i det digitale økosystemet, som de som i størst grad kan stanse krenkelser av opphavsrett over Internett.¹⁹ Sentralt for vurderingen blir dermed i hvilken grad opphavere kan nå frem med krav om blokkering av ulovlig innhold rettet mot internettaktører.

Direktivbestemmelsen som gir grunnlag for å stanse distribusjon av ulovlig innhold på Internett er Infosoc-artikkel 8.3 som lyder: «Medlemsstaterne sikrer, at rettighetshaverne kan kræve nedlagt forbud over for mellemmænd, hvis tjenester anvendes af tredjemand til at krænke ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder». Alle de skandinaviske landene har implementert bestemmelsen. Hvordan bestemmelsen er gjennomført og i hvilken grad eventuell ulik implementering kan få betydning for opphaveres mulighet for å nå frem med sine krav, vurderes eksplisitt. Andre regler for håndheving av immaterielle rettigheter trekkes inn i den utstrekning disse har betydning for krenkelser via mellommenn.²⁰

Håndhevingsreglene må, som sagt, også ses i sammenheng med reglene som definerer omfanget av eneretten. Det er disse reglene som samlet sett utgjør sikringen av opphavsretten. Dersom håndhevingsreglene ikke fungerer, hjelper det ikke med et høyt beskyttelsesnivå for rettighetene i seg selv. Dersom avgrensingsregler i opphavsretten medfører at enkelte

¹⁸ Se for eksempel RG 2010 s. 171 (Telenor I) og TOSLO-2015-67093 (Telenor II) i Norge. Et eksempel fra Danmark er UfR 2006 s. 1474 (Telenor DK) og fra Sverige PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband).

¹⁹ Infosoc-direktivets fortale pkt. 59. Mellommenn på Internett kan i praksis omfatte tre hovedgrupper av aktører; internetttilbydere (for eksempel Telenor), mellomlagrere (de som overfører innholdet) og nettværter (de som tilbyr lagring av innhold som Finn.no).

²⁰ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2004/48/EF om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder art. 9 og 11 gir for eksempel rettighetshavere mulighet for å begjære forelegg mot mellommenn hvis tjenester utnyttes av tredjemenn for å gjøre inngrep i opphavsretten. Håndhevingsdirektivet er implementert i svensk og dansk rett, blant annet ved at art. 8 om informasjonsplikt ved inngrep er gjennomført i svensk SFS 1960:729 Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) 53c-53g §§ og i dansk LBK nr. 1284 af 14/11/2018 (Retsplejelov) kap 29a. Direktivet anses ikke som EØS-relevant fordi det inneholder en del prosessuelle regler som ligger utenfor EØS-avtalens virkeområde. jf. norsk Prop. 81 L (2012-2013) Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene), s. 8-9. Direktivet er likevel brukt som modell for erstatningsutmålingsregler også i norsk rett, jf. Prop. 81 L (2012-2013), s. 125 flg. og åvl. § 81, 1. ledd.

rettigheter ikke omfattes, kan det i seg selv medføre en svekkelse av vernet og at gjennomføringen ikke er i samsvar med EU-rettens krav og EØS-avtalen.

Opphavers enerett i norsk åndsverklov (åvl.) § 3 omfatter i utgangspunktet også midlertidige eksemplarer, som for eksempel forbigående eksemplarframstillinger ved overføring av innhold over Internett.²¹ For å imøtekomme EU-lovgivers målsetting om at enkelte internettaktører skulle være ansvarsfrie, nærmere fastlagt gjennom ehandeldirektivets regler,²² ble det samtidig innført visse unntak fra opphavers eksemplarframstillingsrett gjennom en avgrensning mot midlertidige eksemplarer (nåværende åvl. § 4).²³ Bakgrunnen for reglene om ansvarsfrihet var blant annet at det kunne bidra til etablering av ett, digitalt marked i EU, der handel og annen aktivitet ville kunne få vekstgrunnlag og rettighetsbelagt innhold kunne overføres fritt på tvers av landegrenser.²⁴ Lovgiver ville også forhindre en kjølningseffekt av ytringsfriheten og at mellommennene skulle komme i klemme mellom kravet fra rettighetshaveren og den som mellommannen hadde kontraktmessig lojalitet til gjennom en tjenesteavtale.²⁵ Ehandeldirektivet er gjennomført i norsk rett i ehandelsloven.²⁶ Avgrensningen av eksemplarframstillingsretten i åvl. § 4 kan således sies å utfylle ehandeldirektivets regler.²⁷ Først når det som overføres /lagres omfattes av eksemplarframstillingsbegrepet i åvl. § 3, kommer ehandelslovens regler til anvendelse.²⁸

I tråd med Infosoc-direktivets art. 8.3 pålegges medlemslandene å oppstille muligheter for å kunne nedlegge forbud mot ulovlige transmisjoner av rettighetsbelagt innhold – altså uten å komme i konflikt med ansvarsfrihetsbestemmelsen i ehandeldirektivet. Internettaktører kan

²¹ Tidligere åvl. § 2. I åvl. § 3 bokstav a uttrykkes: «Opphavsretten gir enerett til å råde over åndsverket ved å a) fremstille *varig eller midlertidig eksemplar av åndsverket*, uavhengig av på hvilken måte og i hvilken form dette skjer» (vår kursivering).

²² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 *om visse retlige aspekter af informasjonssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked* (Ehandeldirektivet).

²³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 18. Den norske åvl. § 4 (gammel § 11a) har sin rot i Infosoc-direktivets art. 5.1, en unntaksregel til eksemplarframstillingsretten.

²⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 141.

²⁵ Ot. prop. nr. 4 (2003 og 2004), s. 14.

²⁶ Lov av 23. mai 2003 nr. 35 *om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)*.

²⁷ Ehandeldirektivet art. 12-15 medfører at leverandører av lagringstjenester ikke er ansvarlig for innholdet som blir overført eller lastet opp av brukere (brukergenerert innhold) på deres tjenester. Artiklene er gjennomført i norsk rett i ehandelslovens §§ 16-18: overføring (§ 16), mellomlagring (§ 17) og lagring (§ 18). Internettjenesteleverandøren vil som hovedregel være unntatt ansvar for ulovlig innhold etter disse bestemmelsene. Det er ehandelslovens § 18 som vil få en presisering gjennom det nye forslag til opphavsrettsdirektiv (DSM, art. 13, se note 10), som nylig er vedtatt. Av det nye direktivet fremgår at ehandelslovens bestemmelser er subsidiære til DSM-direktivet.

²⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 140.

bli pålagt å stanse en overføring selv om de ikke blir ansvarlig/medansvarlig for det ulovlige innholdet i den.²⁹ Slike tiltak kan i mange tilfeller hindre fortsatt spredning av ulovlig opplastet innhold.³⁰ I artikkelen skal vi vurdere om gjennomføringen i norsk rett er i samsvar med det som foreligger som vår forpliktelse etter EU-retten og EØS-avtalen.

1.3 Nærmere om effektivitetsvurderingen

Et av EU-rettens overordnede prinsipper er at medlemsland skal gjennomføre EU-lovgivning på en klar og effektiv måte.³¹ Effektiviteten i et rettssystem kan forbedres dersom en endring kan medføre at de samlede kostnadene reduseres.³² Det kan foreligge effektivitetstap dersom det stilles strenge krav til hva som skal til for at retten skal håndheve rettigheter. Videre kan søksmål som innebærer flere operasjoner, strenge beviskrav, stor ressursbruk eller uklare lovbestemmelser også innebære effektivitetstap.³³ Uten at vi går i dybden på rettsøkonomiske vurderinger vil betydningen av transaksjonskostnader i blokkeringsaker trekkes inn som ett av flere momenter i vurderingen av effektivitet.³⁴

Både håndhevingsreglene og regler om enerettens omfang omfattes av EU-rettens krav til effektivitet slik vi ser det (effektivitetsprinsippet).³⁵ Prinsippet innebærer en forpliktelse til at det materielle innholdet i Infosoc-direktivet skal implementeres med riktig innhold og på riktig nivå.³⁶ Det stilles både krav til tydelighet i lovverket og at innarbeidelsen gjøres på en EØS-konform måte og i samsvar med presumpsjonsprinsippet – at den fortolkes i samsvar

²⁹ Men altså ikke om det bare er et midlertidig eksemplar etter åvl. § 4.

³⁰ «En effektiv og rigoristisk beskyttelsesordning for ophavsret og beslægtede rettigheter er et af de vigtigste redskaber til at sikre de nødvendige ressourcer til skabelsesprocessen og kulturproduktion i Europa og navnlig garantere skabende og udøvende kunstneres uafhængighed og værdighed», se Infosoc-direktivets fortale pkt. 11.

³¹ Se Sejersted m. flere (2011), s. 81: «Med «Effektivitetsprinsippet» sikter vi her til det kravet til effektiv beskyttelse i nasjonal rett av de rettigheter EU-retten gir individer og foretak EU-domstolen har utviklet». I følge Posner, R.; *An economic approach to legal procedure and judicial administration* (1973), Chicago, The University of Chicago Press Journals, s. 399-458 (s. 399), kan effektivitetstapet i et rettssystem fremkomme ved (for høye) sakskostnader («direct cost»), og ved at rettssystemet ikke er i stand til å ivareta sin funksjon («error costs»). Et rettssystem lider et effektivitetstap dersom summen av disse kostnadene kunne vært lavere.

³² Posner (1973), s. 399 flg..

³³ Forfatterne har latt seg inspirere av Posner (1973), s. 399 flg..

³⁴ Sakskostnader som advokatutgifter, innsamling av bevis, forhandlingskostnader etc. kan være sentrale kostnader i en blokkeringssak. Se Eide og Stavang *Rettsøkonomi 2008*, Oslo, s. 468.

³⁵ Arnesen, F. og Stenvik, A.; *Internasjonalisering og juridisk metode* (2015), 2. utg., Oslo, Universitetsforlaget, s. 59.

³⁶ I Arnesen og Stenvik (2015), s. 58 uttales om EU-rettens effektivitetsprinsipp: «I EØS- rettslig sammenheng virker presumpsjonsprinsippet sammen med prinsippet om EØS-konform fortolkning, et prinsipp som har sin EU-rettslige parallell i prinsippet om fellesskapskonform tolkning». Presumpsjonsprinsippet har fått forsterket aktualitet som følge av EØS-avtalen. Prinsippet innebærer at nasjonal rett – så langt det er mulig – tolkes slik at den kommer i harmoni med folkerettsforpliktelsen.

med Norges folkerettslige forpliktelser.³⁷ Det EU-rettslige effektivitetsprinsippet kan blant annet bli aktuelt å vurdere der det foreligger diskrepans mellom antall anmeldelser/brudd på lovverket og mengden saker som behandles i domstolene.³⁸ Strafferettslige anmeldelser av brudd på opphavsretten og krav om blokkering kan ha en sammenheng, ved at det er forskjellige løsninger på samme problem: krenkelse av opphavsrettigheter.³⁹ Ulike løsninger kan gi seg utslag i ulik grad av effektivitet.

Forskjellige gjennomføringsmåter av EU-retten, både i form av sikringsnivå på rettigheter og på tilgangsmuligheter for å håndheve dem, kan gi grunnlag for å si noe om de norske reglenes effektivitet. En sammenlikning av hvordan tilsvarende regler er gjennomført i Danmark, Sverige og Norge kan gi grunnlag for å vurdere om kravet til effektivitet og EU-rettslige krav i tilstrekkelig grad er møtt ved gjennomføringen av regelverket i norsk rett. Den nordiske rettsenheten på opphavsrettens område medfører at sammenlikningen vil kunne bli nokså presis.⁴⁰ Sammenfallende EU-/EØS-rettslige forpliktelser i de skandinaviske landene vil gi et godt sammenlikningsgrunnlag.⁴¹

De siste årene har de skandinaviske landene hatt likeartete tvister i tilknytning til de såkalte Pirate Bay-sakene. Store mengder av opphavsrettsbeskyttet materiale har blitt ulovlig spredt via nettstedet «The Pirate Bay» (www.thepiratebay.org) og andre lignende fildelingsnettverk. I 2011 fikk man i Sverige dom for at The Pirate Bay (heretter TPB) måtte stenge virksomheten og eierne fikk bøter i millionklassen.⁴² I 2017 fastslo EU-domstolen, i to

³⁷ Sejersted m. flere (2011), s. 81. I Arnesen og Stenvik (2015), s. 59 viser forfatterne til at EU-rettens effektivitetsprinsipp har to sider. Den materielle side stiller krav til at EØS-borgeren skal få den rettsposisjonen EU-retten tilsier. Den prosessuelle siden, at borgerne skal ha mulighet til å benytte rettssystemet for å sikre interessene regelverket gir dem. I det følgende vil det fremgå at vi mener at begge sider av dette prinsippet er presset og kanskje ikke innfridd i norsk rett med hensyn til reglene vi vurderer.

³⁸ Arnesen og Stenvik (2015), s. 59. At mange anmeldelser på grunnlag av påstått krenkelse av opphavsretten, sammenholdt med få saker for domstolene, er et uttrykk for manglende effektivitet er vår tolking av innholdet i prinsippet. Dette vil bli ytterligere underbygget.

³⁹ Sammenhengen kan illustreres av Popcorn.no-saken (LB-2018-27486), som nylig er avsagt av lagmannsretten. Saken ble fremmet som et inndragningskrav fra Økokrim, etter straffelovens § 16. Siktete (organisasjonen som hadde registrert domenet) ble funnet skyldig i medvirkning til ulovlig tilgjengeliggjøring som Popcorn Time gjorde (hovedgjerningen) av beskyttede, uklarerte filmer. Det ble avsagt kjennelse om blokkering av nettstedet. Saken vil bli omtalt ytterligere senere. Flere tiltak kan altså iverksettes overfor den samme ulovlige handlingen, slik at straffesaker og blokkeringssaker innenfor dette feltet, ofte har en sammenheng.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 26 (1959–1960) *Om lov om opphavsrett til åndsverk*, s. 6, jf. Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) *Om lov om endringer i åndsverkloven*, s. 12 flg..

⁴¹ Bl.a. er det angitt erstatningsutmålingsregler i EUs håndhevingsdirektiv. Deler av direktivet er nå kopiert i den nye åvl. § 81.

⁴² Svea hovrätt den 26. november 2010 i mål nr. B 4041-09 (Pirate Bay-saken). Det svenske nettstedet «The Pirate Bay» tilbød, gjennom et peer to peer-nettverk (P2P-fildeling), muligheter for nedlasting og deling av ulovlig utlagt innhold ved hjelp av bit-torrent-teknologi. Bit-torrent-teknologien muliggjør deling av innhold, slik

avgjørelser, at henholdsvis det å tilrettelegge for tilgang til ikke-autoriserte strømming og aktiviteten på TPBs nettsted innebar krenkelse av opphavsretten.⁴³ Det har imidlertid vist seg lite hensiktsmessig å kreve stans av den ulovlige aktiviteten ved å gå direkte på fildelingsnettverkene.⁴⁴

Som et alternativ kan internettblokkering av tilgang til fildelingssider ha større effekt. I Danmark vant rettighetshaverne frem med krav om blokkering overfor internettleverandører allerede i 2006.⁴⁵ Etter gjentatte forsøk nådde man også frem ved domstolene i Norge (2015) og i Sverige (2017), etter flere runder der slike tiltak ble nektet iverksatt på ulike grunnlag.⁴⁶ Spørsmålet er om ulik håndtering av blokkeringskrav kan begrunnes i hvordan Infosoc-direktivet er implementert i de tre skandinaviske landene. I så fall kan det hevdes at ulik implementering gir ulik grad av effektivitet i reguleringen.⁴⁷

2. Gjennomføring av Infosoc-direktivet i de skandinaviske land

2.1 Norsk rett

2.1.1 Norsk lovgivning

Gjennomføring av Infosoc-direktivet har i norsk rett foregått i flere omganger. Deler av direktivet ble gjennomført i åndsverkloven ved en endring av eksemplarframstillingsretten og en presisering av tilgjengeliggjøringsretten i 2005.⁴⁸ Samtidig ble det innført en ny form for beskyttelsesstruktur gjennom forbud mot å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer som rettighetshavere kunne benytte for å beskytte lagrede kopier av verkene eller for å tilpasse bruken av dem.⁴⁹ I 2013 ble det foretatt ytterligere endringer av åndsverkloven gjennom et nytt kapittel om særskilte tiltak ved krenkelse av opphavsrett på Internett.⁵⁰ De nye reglene ga også rettighetshavere muligheter for tilgang til en internetttjenestes abonnentopplysninger, slik at rettighetshaverne kunne håndheve sine rettigheter ved sivile søksmål. Også i det siste

at det ikke kommer fra én kilde, men alle tilkoblede datamaskiner med samme innhold. Belastningen på den enkelte server blir da mindre og overføringen kan skje raskere.

⁴³ C-527/15 (Filmspeler) og C-610/15 (Stichting Brein).

⁴⁴ Ved tingrettsbehandling av den såkalte Telenor II-saken (se nedenfor) som gikk for Oslo tingrett i 2015, klarte ikke saksøkerne å komme i kontakt med eierne av fildelingsnettverkene. Se TOSLO-2015-67093 s. 5.

⁴⁵ UfR 2006.1474 H (TDC) i Danmark.

⁴⁶ TOSLO-2015-67093 (Telenor II) i Norge og PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) i Sverige.

⁴⁷ I denne retning, se Marsoof, Althaf, *The Blocking Injunction – A Critical Review of Its Implementation in the United Kingdom Within the Legal Framework of the European Union IIC* (2015), s. 647.

⁴⁸ Ot.prp.nr. 46 (2004–2005) s. 140.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 5 og 150.

⁵⁰ Prop. 65 L (2012–2013) *Endringer i åndsverkloven* (tiltak mot krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett), s. 5.

tilfellet var implementeringen av Infosoc-direktivet, og spesielt art. 8.3, angitt som bakgrunn for reguleringen.⁵¹

Medvirkningstillegget i daværende åvl. § 54 i ble fjernet for å samordne regelen med straffelovens medvirkningsstruktur og den generelle bestemmelsen i straffeloven (strl.) § 15 i 2015, uten at dette ble begrunnet med Infosoc-direktivet.⁵² Fjerning av medvirkningstillegget i åndsverkloven førte til at straffelovens medvirkningsbegrep fikk relevans for åndsverkloven, uten at det ble klargjort om dette også skulle gjelde for øvrige grunnlag i loven.⁵³ Spørsmål som reiser seg i blokkeringsaker er bl.a. hvor strengt skyldkravet er og hvor strengt krav man skal stille til årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og krenkelsen av opphavsrett.⁵⁴ Erstatningsansvar for medvirkning fremgår dermed heller ikke av dagens åndsverklov, selv om et slikt forutsettes i forarbeidene til den nye åndsverkloven.⁵⁵

Tilgjengeliggjøringsretten har blitt utvidet (eller konkretisert) til også å omfatte «på forespørsel»-handlingen, jf. nåværende åvl. § 3, for å tilpasse norsk rett til Infosoc-direktivet.⁵⁶ Det å klikke på en lenke på en nettside med internett-tilgang er for eksempel en «på forespørsel»-handling som kan ligge innenfor opphavers eneretten til verket.⁵⁷ Verket blir i disse tilfeller gjort tilgjengelig på brukerens selvvalgte tid og sted.

Opphavers eksemplarframstillingsrett har blitt utvidet til å omfatte midlertidige eksemplarer, jf. åvl. § 3.⁵⁸ Digital verksutnyttelse forutsetter fremstilling av midlertidige eksemplarer (også kalt mellomagringer), som er forbigående og tilfeldige verksfremstillinger.⁵⁹ Ved distribusjon av en film over Internett – for eksempel som vedlegg til en epost – vil det skje midlertidige lagringer av filmen under overføringen. Parallelt med å la eksemplarframstillingsretten

⁵¹ Prop.65 L (2012–2013) s. 6.

⁵² Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28 (straffeloven (str.)) § 15. Straffeloven trådte i kraft 1. oktober 2015 ved lov 19. juni 2015 nr. 65 om straffelovens ikraftsetting.

⁵³ Se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009), s. 486.

⁵⁴ Innholdet i et strafferettslig medvirkningsansvar diskuteres av Andenæs, se (Andenæs, 1999), s. 298 flg.. Se også Rognstad om kravet til årsakssammenheng for en medvirker (Rognstad, 2009), s. 408.

⁵⁵ Prop. 104 L (2016 – 2017) s. 270. Se for øvrig Telenor-saken i to instanser: TOSLO-2015-67093 (Oslo tingrett) og RG 2010 s. 171 (Borgarting Lagmannsrett).

⁵⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 140.

⁵⁷ Lenking til materiale som allerede er formidlet på internett med rettighetshavers samtykke anses ikke som en ny tilgjengeliggjøring til allmenheten, da det skjer med samme teknologiske midler og til et publikum rettighetshaver anses å ha tatt med i beregningen ved første deling, jf. C-466/12 (Svensson). Spørsmålet om lenking til ulovlig utlagt materiale, beror på en individuell og sammensatt vurdering hvor blant annet lenkerens kunnskap og eventuelt profittmotiv vektlegges, jf. C-160/15 (GS Media).

⁵⁸ Tidligere åvl. § 2.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 141.

omfatte slike midlertidige lagringer, innsnevret lovgiver omfanget av eksemplarframstillingsretten for at mellomlagringene i de fleste tilfeller skulle være unntatt klareringsplikt.⁶⁰ I følge åvl. § 4 vil ikke tilfeldige og forbigående midlertidige eksemplarer som «utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess», og som bare har til formål å muliggjøre (a) «lovlig bruk av et verk» eller en (b) «overføring [...] av et mellomledd på vegne av tredjeparter», omfattes av eksemplarframstillingsretten med mindre den har selvstendig økonomisk betydning. Ordlyden tilsvarer art. 5.1 i Infosoc-direktivet.⁶¹

Det første unntaket i § 4 bokstav a, har til hensikt å unnta mellomlagringer som er nødvendige for overføringer av innhold i digitale nettverk.⁶² På denne måte unntas mellomleddsvirksomhet fra opphavers enerett, selv der det mellomlagres opphavsrettsbeskyttet materiale. Unntaket forutsetter at mellommenn (internettaktørene) ikke selv endrer eller befatter seg med materialet som overføres.⁶³ Presiseringen av opphavsretten på dette punktet må ses som en nødvendig følge av at internettaktørene gjennom ehandelsdirektivet i stor grad skal gis ansvarsfritak ved distribusjon eller lagring av innhold gjennom friholdelsesreglene.⁶⁴ Det ville være dårlig samsvar i reguleringene, dersom internettaktørene skulle gis ansvarsfrihet for frakt og mellomlagring av informasjonen etter ehandelsloven,⁶⁵ men at tilsvarende handlinger lå innenfor opphavsmannens enerett, slik at handlingene ikke kunne foretas uten samtykke fra opphaver etter Infosoc-direktivet.⁶⁶

Det andre unntaket i § 4 bokstav b, dekker situasjoner der enten rettighetshaver samtykker til overføring eller det foreligger lovhjemmel, eller der bruken ikke omfattes av åndsverkloven. Forenklet sagt skulle reguleringen sikre at selve distribusjonshandlingen ikke skulle bli samtykkepliktig ved de midlertidige eksemplarframstillingene som skjer ved overføringer i nettverk.

Samtidig ble det innført en begrensning i privatkopieringsretten med krav om lovlig kopieringsgrunnlag, jf. nåværende åvl. § 26 tredje ledd.⁶⁷ For at retten til fri kopiering

⁶⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 141. «Lånereglene» er den folkelige betegnelsen på reglene som innskrenker opphavsretten.

⁶¹ Bortsett fra unntaket i åvl. § 4 annet ledd for databaser og edb-programmer.

⁶² Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 141.

⁶³ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 141.

⁶⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF (Ehandelsdirektivet), se note 27.

⁶⁵ Ehandelsdirektivets art. 12-14.

⁶⁶ Se s. 5. og ehandelsdirektivets fortale pkt. 3 og 9.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 142.

innenfor det private området skulle være tillatt, måtte forelegget være distribuert etter samtykke fra rettighetshaver eller med hjemmel i loven.⁶⁸

Vilkåret om lovlig kopieringsgrunnlag gjelder imidlertid ikke for midlertidige eksemplarer i åvl. § 4, fordi nettlæsning og annen strømming jf. forarbeidene i utgangspunktet unntas fra vern.⁶⁹ Mellomlagringer som oppstår i forbindelse med nettlæsning eller annen bruk, kan således synes ikke å være ulovlig bruk selv om kilden («kopieringsgrunnlaget») er ulovlig.⁷⁰ I de norske forarbeidene gis ingen forklaring på hvorfor kravet til lovlig kopieringsgrunnlag ikke oppstilles for midlertidige eksemplarer.⁷¹ Det foreligger et slikt krav ved mellomlagring av databaser og datamaskinprogrammer, jf. § 4 annet ledd. Eksemplarframstillingsretten defineres således vidt i bestemmelsen om opphavsmannens enerett i åvl. § 3, men snevres inn for midlertidige eksemplarer dersom utnyttelsen dekkes av unntakene i § 4.⁷²

Innføringen av et nytt kapittel i åndsverkloven om tiltak ved inngrep i opphavsrett på Internett i 2013 skulle innfri håndhevingsforpliktelsen i Infosoc-direktivets art. 8.3.⁷³ Bestemmelsen i nåværende åvl. § 88 lyder: «Retten etter begjæring fra en rettighetshaver pålegge tjenesteyter som tilbyr informasjonssamfunnstjeneste [...] å hindre eller vanskeliggjøre tilgang til nettsted der det i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov».⁷⁴

Av forarbeidene fremgår at det i utgangspunktet er en kvantitativ vurdering av «omfang» av det tilgjengeliggjorte materiale, men at også skadevirkningen av krenkelsen vil være et

⁶⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 142.

⁶⁹ I forarbeidene til den nye loven, fremgår det at rettsstillingen i den tidligere bestemmelsen (åvl. § 11a) videreføres i den nye loven. Om § 11a fremgår av Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 141: «Handler som ikke er opphavsrettslig relevante, for eksempel fremføring innenfor det private området, herunder nettlæsning («browsing»), omfattes ikke av loven». Videre fremgår det av forarbeidene til den nye loven om bestemmelsen: «Når det gjelder vilkåret om «lovlig bruk», har departementet som ovenfor nevnt tidligere lagt til grunn at det vil omfatte nettlæsning («browsing») uansett om materialet som benyttes stammer fra en ulovlig kilde (se bl.a. proposisjonen s. 141). Standpunktet har vært kritisert i juridisk teori, men departementet fastholder nevnte forståelse», se Prop. L (2016–2017), s. 45. Det fremgår imidlertid av forarbeidene en henvisning til Filmspeler-dommen, og at denne kan få konsekvenser for spørsmålet.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 141. Det er strammet noe inn i den nye åvl. § 3 tredje ledd som lyder: «Det er ikke tillatt å strømme eller på annen måte bruke åndsverk som åpenbart i strid med denne loven er gjort tilgjengelig for allmennheten på Internett eller annet elektronisk kommunikasjonsnett når bruk fra den ulovlige kilden er egnet til å skade opphavers økonomiske interesser i vesentlig grad». Se vår kritikk i vurderingskapitlet, s. 37 flg..

⁷¹ Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 141.

⁷² Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 142.

⁷³ Tidligere kap. 7a, åvl. § 56c, nåværende kap. 6, se Prop. 65 L (2012–2013) s. 6–7.

⁷⁴ Prop. 65 L (2012–2013) s. 6.

relevant moment i vurderingen.⁷⁵ Nettstedets ulovlige innhold må altså ha et «stort omfang» både i seg selv – enten kvantitativt eller med hensyn til krenkelsens skadevirkning – og i forhold til det totale innholdet på nettstedet. Dette betyr at vilkåret ikke er oppfylt dersom det ulovlige innholdet i seg selv ikke har et stort omfang, selv om dette utgjør en vesentlig del av innholdet på nettstedet. Det samme vil være resultatet dersom det ulovlige innholdet i seg selv har et stort omfang, men at det ikke utgjør en vesentlig del av innholdet på nettstedet.⁷⁶ Rettighetshaverne har bevisbyrden for at det ulovlige materialet oppfyller vilkåret om «i stort omfang» og de må også fremlegge dokumentasjon på lovlig og ulovlig innhold på nettstedet.⁷⁷ I og med at rettighetshaverne må dokumentere at det er «åpenbart» at det foreligger krenkelse er beviskravet også skjerpet, sammenlignet med et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁷⁸

Pålegget kan rettes mot «tjenesteytere» som defineres i samsvar med ehandelslovens § 1 andre ledd bokstav b: som yter informasjonssamfunns-tjenester ved å overføre informasjon via elektronisk kommunikasjonsnett (nettverkstjeneste), som gir tilgang til et elektronisk kommunikasjonsnett (internettleverandør eks. Telenor) eller som er nettverter for data som leveres av tjenestemottakeren (lagringstjeneste eks. Finn.no). Dette tilsvarer tjenestetypene som reguleres i ehandelsloven §§ 16-18, som normalt betegnes som internettilbydere.⁷⁹

Gjennom bestemmelsen gis rettighetshavere adgang til å begjære pålegg fra domstolene overfor tjenesteytere, for «å hindre eller vanskeliggjøre tilgang til nettsted» med innhold som krenker opphavsrett m.m. i grove tilfeller.⁸⁰ Det typiske vil være et søksmål rettet mot internettilbydere med krav om blokkering av den aktuelle nettsiden. Domstolen skal da foreta en avveining mellom interessene som tilsier at tilgang til nettstedet hindres eller vanskeliggjøres, mot interesser som informasjons- og ytringsfriheten.⁸¹ Det skal med andre ord foretas en proporsjonalitetsvurdering.

For å gå til blokkeringssak må rettighetshavere innhente informasjon om IP-adresse. Dersom det sannsynliggjøres at det er gjort inngrep i opphavsretten, kan rettighetshavere søke fritak fra taushetsplikten i ekomloven for å frigjøre abonnentsopplysningene bak en IP-adresse, jf.

⁷⁵ Prop. 104 L (2016-2017) s. 299 jf. Prop. 65 L (2102-2013) s. 59.

⁷⁶ Se Prop. 104 L (2016-2017), s. 302 jf. Prop. 65 L (2102-2013) s. 91.

⁷⁷ Prop. 104 L (2016-2017) s. 299 og Prop. 65 L (2102-2013) s. 59-60.

⁷⁸ Prop. 65 L (2102-2013) s. 91.

⁷⁹ Prop. 65 L (2012-2013) s. 91.

⁸⁰ Ordlyden i åvl. § 88 er «gjør inngrep i rettigheter i denne loven» mot «krenker opphavsretten eller andre rettigheter i denne lov» i tidligere åvl. § 56 c, ellers er reglene identiske.

⁸¹ Prop. 65 L (2012-2013) s. 97.

åvl. § 87.⁸² Informasjon om identiteten bak en IP-adresse er å anse som sensitive opplysninger.⁸³ Før domstolen kan vurdere fritaket må rettighetshaverne anmode Nasjonal kommunikasjonsmyndighet om samtykke til oppheving av taushetsplikten etter ekomloven § 2-9. Nasjonal kommunikasjonsmyndighet må vurdere om oppheving av taushetsplikten kan skade statlige eller allmennhetens interesser, eller vil være urimelig overfor den som påstås å krenke opphavsrettigheter. Domstolen foretar en interesseavveining mellom abonnentens interesse i å holde IP-adresseidentiteten skjult og rettighetshavers interesser i å få tilgang til informasjonen, jf. åvl. § 87 tredje ledd. Det er bare når formålet med å innhente opplysningene er nødvendig for å fastslå eller å forfølge et rettskrav at slik tilgang kan gis.⁸⁴ Krenkelsens grovhet, omfanget av ulovlig innhold og skadevirkninger for rettighetshaverne skal inngå som momenter i vurderingen.

2.1.2 Norsk rettspraksis

Forsøk på å stanse massive krenkelser av opphavsrett på Internett har i Norge blitt vurdert etter påstand om medvirkning til ulovlig tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling etter tidligere åvl. § 2, jf. § 54 jf. § 56c,⁸⁵ altså medvirkning med et utbyderperspektiv snarere enn et nedlasterperspektiv.⁸⁶

Den første saken på et slikt grunnlag, ble behandlet i to instanser med samme utfall. Ifølge lagmannsretten foretok ikke Telenor (saksøkte internettilbyder) en rettstridig medvirkning gjennom sin lovlige, kommersielle tilretteleggelse av internettilgang for abonnenter. På tross av at internettilgangen trolig også i stor grad ble brukt til å bidra til å tilgjengeliggjøre ulovlig materiale initiert av TPB, mente retten at Telenors bidrag til ulovlig fildeling neppe var «utilbørlig, uforsvarlig eller lastverdig»; altså at rettstridsreservasjonen i medvirkningsbestemmelsen i straffeloven hindret pålegg.⁸⁷ Telenors rolle som «passiv medvirker ved ikke å blokkere nettstedet til tross for gjentatte oppfordringer og sin kunnskap om at ulovlige handlinger foregår via The Pirate Bay», endret ikke dette.⁸⁸ Retten la altså til

⁸² Tidligere åvl. § 56b annet ledd, jfr. ekomloven § 2-9.

⁸³ Sensitive opplysninger er en særlig kategori av opplysninger, jf. *lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)* § 7 jf. General Data Protection Regulation (GDPR-forordningen) art. 9.1. Se Prop. 56 LS (2017-2018).

⁸⁴ Prop. 104 L (2016-2017), s. 352 jf. Prop. 65L (2102-2013), s. 88.

⁸⁵ Nåværende åvl. § 3 jf. § 80 jf. § 88. I det følgende vil vi – der ikke avgjørelsen henviser til den gamle loven, henvise til ny åndsverklov.

⁸⁶ RG-2010-171 (Telenor I - Borgarting Lagmannsrett) og TOSLO-2015-67093 (Telenor II).

⁸⁷ RG-2010-171 (Telenor I), s. 21.

⁸⁸ RG 2010 s. 171 (Telenor I), s. 21 (utskrift Lovdata).

grunn et strafferettslig medvirkningsbegrep, med krav om rettsstridig adferd, for å kunne pålegge Telenor å stanse den ulovlige trafikken og utvekslingen av opphavsrettsbeskyttete filer.⁸⁹ Lagmannsretten viste til manglende veiledning om medvirkningsansvar for tekniske mellommenn og at det ikke var noen kilder som tilsa at medvirkningsgrunnlaget som fremgikk av åndsverkloven kunne tolkes som noe annet enn et strafferettslig medvirkningskrav.⁹⁰ En slik fortolkning ville, ifølge retten, også være i samsvar med kravene om ansvarsfrihet for tjenesteytere i ehandelsloven.⁹¹ Retten fastslo at den ikke fant hjemmel for krav om midlertidig forføyning på et objektivt grunnlag i daværende åndsverkløve.⁹² Om lagmannsretten mente at direktivforpliktelsen etter Infosoc art. 8.3 var feilimplementert eller innebar et krav om strafferettslig medvirkning, synes ikke å fremgå av begrunnelsen i dommen.⁹³

Tapet av saken i lagmannsretten medførte at rettighetshaverne stilte krav til myndighetene om at EUs direktivforpliktelse etter art. 8.3 måtte gjennomføres i norsk rett.⁹⁴ Sannsynligvis som en erkjennelse av manglende hjemmel, sammenholdt med plikten til å innfri kravet i Infosoc-direktivet, innførte lovgiver et nytt kapittel 7a med tiltak rettet mot nettsted i 2013.⁹⁵

Etter lovendringen reiste ulike, sentrale rettighetshavere til film og musikkverk krav om blokkering av sju nettsteder der opphavsrettigheter til saksøkerne ble påstått krenket – Telenor II-saken.⁹⁶ Rettslig grunnlag for kravet var tidligere åvl. § 56c (nåværende åvl. § 88). Tingrettens uttalte at slike pålegg skulle forbeholdes saker der omfanget av krenkelser var store og klart bevist, samt at det måtte bero på en «sammensatt helhetsvurdering og

⁸⁹ RG 2010, s. 171 (Telenor I), s. 21.

⁹⁰ RG 2010 s. 171 (Telenor I), s. 20 (utskrift Lovdata).

⁹¹ RG 2010 s. 171 (Telenor I), s. 20 (utskrift Lovdata).

⁹² RG 2010 s. 171 (Telenor I), s. 21 (utskrift Lovdata).

⁹³ RG 2010 s. 171 (Telenor I), s. 20 (utskrift Lovdata). Henvisninger til et pågående lovgivningsarbeid, «med sikte på å konkretisere medvirkeransvaret for ulovlig fildeling», kan tyde på at retten mente at lovgiver måtte gi en klar hjemmel.

⁹⁴ RG 2010 s. 171 (Telenor I), s. 4 (utskrift Lovdata). Egentlig er det rart at rettighetshavernes mislykkede blokkeringsforsøk ikke ble etterfulgt av et erstatningskrav for uriktig implementering av en direktivforpliktelse som hadde forårsaket økonomiske utgifter for rettighetshaverne. Under Telenor I-rettsaken (lagmannsrettsbehandlingen) ble det lagt frem dokumentasjon for at myndighetene mente at direktivforpliktelsen var tilstrekkelig og riktig implementert. I et brev til rettighetshaverne hadde departementet (som er ansvarlig for implementering av direktivet), uttrykt at loven innfridde kravet som ga rettighetshaverne tilstrekkelig grunnlag for å kreve midlertidig forføyning overfor internetttilbyderne. I brevet fra Departementet av 24. september 2007 fremgår det at Infosoc-direktivet art. 8.3 ikke trengte en spesiell implementering for å bli bindende internt, da de eksisterende bestemmelsene om medvirkning i åndsverkloven og midlertidig forføyning i tvisteloven medførte at norsk rett – uten ytterligere gjennomføring – kunne tolkes i samsvar med direktivet.

⁹⁵ Tidligere kap. 7a og nåværende kap. 6, se Prop. 65 L (2012–2013) s. 6-7.

⁹⁶ TOSLO-2015-67093. Kjennelsen er rettskraftig.

interesseavveining» av om et pålegg overfor de aktuelle nettstedene skulle gis.⁹⁷ Ved proporsjonalitetsvurderingen må det foretas en avveining mellom rettighetshavernes interesser i å hindre eller vanskeliggjøre tilgang til det ulovlige innholdet, mot interesser til fordel for internettaktørene og ulike informasjons- og ytringsfrihetshensyn, fremgikk det av kjennelsen.⁹⁸ I tilknytning til ivaretagelse av ytringsfrihetsaspektet uttalte retten, at «et pålegg om blokkering av tilgang til The Pirate Bay, ikke kommer i konflikt med hensynet til ytrings- og informasjonsfrihet, jf. Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10».⁹⁹ Det ble vist til at det meste av det ulovlige innholdet på nettstedene og ytringene som ble gjort tilgjengelige på TPB var tilgjengelige på lovlige tjenester, slik at det ikke medførte begrensning av ytringsfriheten å etablere blokkering. Balansen mellom allmennhetens interesse i tilgang til verkene og opphavers rettigheter var i ifølge retten ivare tatt i regelverket i åndsverkloven.¹⁰⁰ Retten kom til at vilkårene for å gi pålegg i medhold av loven (nåværende åvl. § 88) var oppfylt for nettstedene som var omfattet av begjæringen.¹⁰¹

Retten fant at det var DNS-blokkering (Domain Name System) som var aktuelt, men av slo rettighetshavernes krav om en slags utvidet slutning som kunne gi forenklet behandling av et tilsvarende blokkeringskrav overfor de samme partene på et senere tidspunkt, dersom de saksøkte foretok «domenehopping».¹⁰² Rettighetshaverne hevdet at blokkeringstiltak bare fikk en begrenset virkning, da TPB og andre nettsteder som var dømt for ulovlig tilgjengeliggjøring av opphavsrettsbeskyttet materiale og som hadde fått blokkert tilgangen til nettstedene, «hoppet» til nye domener som gjorde blokkeringstiltaket uten virkning. Retten uttrykte forståelse for rettighetshavernes behov, men kunne ikke se at det fantes hjemmel for å tilrettelegge for en senere forenklet domstolsbehandling for å hindre domenehopping.¹⁰³ Det må godtgjøres i hver sak at det foreligger faktisk og rettslig grunnlag for kravet, uttalte retten.¹⁰⁴ I de typiske tilfellene av domenehopping, der det ikke har skjedd andre relevante endringer antok retten at både begjæringen og rettens prøving i praksis ville bli begrenset til

⁹⁷ TOSLO-2015-67093, s. 6 (utskrift Lovdata).

⁹⁸ TOSLO-2015-67093, s. 7. Forarbeidsuttalelsen som retten henviser til er Prop. 65 L (2012–2013), s. 97.

⁹⁹ TOSLO-2015-67093, s. 10 flg. (utskrift Lovdata).

¹⁰⁰ TOSLO-2015-67093, s. 10 (utskrift Lovdata).

¹⁰¹ TOSLO-2015-67093, s. 14 flg. (utskrift Lovdata).

¹⁰² TOSLO-2015-67093, s. 14 flg. (utskrift Lovdata). Blokkering på DNS-nivå er blokkering av en konkret IP-adresse, dvs. at nettstedet enkelt kan bytte til andre internettdomener.

¹⁰³ TOSLO-2015-67093, s. 14 (utskrift Lovdata).

¹⁰⁴ TOSLO-2015-67093, s. 15 flg. (utskrift Lovdata).

hvorvidt domenenavnet er knyttet til det tidligere blokkerte nettstedet og at ulempene ved å fremme ny begjæring i slike tilfeller uansett vil være begrenset.¹⁰⁵

Den neste blokkeringsaken som ble fremmet av rettighetshavere kom i 2016.¹⁰⁶ Saksøkerne var store og anerkjente rettighetshavere til en rekke filmverk og TV-serier og fremmet krav om blokkering på tilsvarende grunnlag som i Telenor II-saken. Begjæringen var rettet både mot tjenesteyterne (internettilbydere) og mot innehavere av nettsteder; syv internettilbydere og åtte nettsteder. Rettighetshaverne vant frem og flere store internettilbydere (Telenor, Altibox AS, ICE Norge AS) ble pålagt å hindre tilgang til ulike strømmetjenester som krenket opphavsretten.

Det spesielle i denne saken var at enkelte av de saksøkte ikke selv tilgjengliggjorde ulovlig materiale, men hadde lenker til anonyme nettsteder (cyberlockers og webhotell), der store mengder av ikke-klarert innhold ble tilgjengliggjort. En av problemstillingene i saken var derved hvorvidt lenkingen i seg selv innfridde kravet i nåværende åvl. § 88, om at tjenesten «åpenbart krenker» opphavsretten.¹⁰⁷ Samtlige nettsteder som var omfattet av begjæringen fungerte som indekseringstjenester som lenker til rettighetsbeskyttet innhold. Innholdet var lagret andre steder på Internett og kunne strømmes av brukerne av nettstedene.

Retten la til grunn at lenking var «tilgjengliggjøring».¹⁰⁸ Videre ble det uttalt at lenkingen også var å anse som en selvstendig tilgjengliggjøring. Her ble det vist til at ordlyden måtte tolkes utvidende til å omfatte tilrettelegging for mottak, slik rettighetshaverne hadde anført.¹⁰⁹ Videre ble det vist til EU-praksis der lenking blir fastslått å være en tilgjengliggjøringshandling («Best Water» og «Svensson»)¹¹⁰ Retten uttalte at den også fant at kravet til «new public» var oppfylt. Dette offentlighetsvilkåret innebærer at samtykke fra rettighetshaverne er påkrevd, dersom den som mottar opphavsrettsbeskyttet innhold ikke var en del av den allmennheten rettighetshaveren tok i betraktning ved sin opprinnelige tilgjengliggjøring.¹¹¹ Det ble påpekt at pålegg om blokkering kunne ilegges selv om det ikke

¹⁰⁵ TOSLO-2015-67093, s. 15 (utskrift Lovdata).

¹⁰⁶ TOSLO-2016-72899 (Telenor III). De åtte saksøkerne var Disney Entertainment Inc., Paramount Pictures Corporation, Columbia Pictures Industries Inc., Sony Pictures Television Inc., Twentieth Century Fox Film Corporation, Universal Network og en rekke andre store og anerkjente rettighetshavere til en rekke filmverk og TV-serier. Kjennelsen er rettskraftig.

¹⁰⁷ Nåværende åvl. § 88.

¹⁰⁸ TOSLO-2016-72899, s. 7 (utskrift Lovdata).

¹⁰⁹ TOSLO-2016-72899, s. 7 og 8 (utskrift Lovdata).

¹¹⁰ C-466/12 (Svensson) og C-348/13 (Best Water).

¹¹¹ TOSLO-2016-72899, s. 8 (utskrift Lovdata). Vilkåret om «new public» kan også innfris dersom den nye bruken benytter nye spesielle tekniske løsninger ved formidlingen.

var utvist noen skyld fra internettilbydernes side.¹¹² Vilkåret om «ulovlig innhold av stort omfang» hadde, ifølge retten, både en kvantitativ og en kvalitativ side.¹¹³ Ved vurderingen skal det ses hen til «hen til krenkelser ... som tilhører den rettighetshaver som begjærer pålegg. Også materiale som krenker andres rettigheter må tas i betraktning».¹¹⁴ Med henvisning til forarbeidene uttalte retten videre at «Rettighetshaverne må ...dokumentere at nettstedets ulovlige innhold har et «stort omfang» både i seg selv – enten kvantitativt eller med hensyn til krenkelsens skadevirkning- og forhold til det totale innholdet på nettstedet».¹¹⁵ Det stilles altså strenge omfangskrav – både objektivt og relativt sett – dersom krav om blokkering skal imøtekommes. Retten var ikke i tvil om at vilkåret til omfang av ulovlig innhold var oppfylt på TPBs nettsted.¹¹⁶

Retten fant at alle tre vilkårene for hindringspålegg var oppfylt i saken, og påla internettilbyderne å blokkere tilgangen til nettstedene.

Det er også avsagt to oppfølgingskjennelser til de siste kjennelsene; begge av 5. januar 2017.¹¹⁷ Sakene ble nødvendig på grunn av «domenehopping», slik saksøkerne hadde forutsatt. Pålegget om blokkering i denne omgang, var både rettet mot tjenesteyterne (internettilbyderne) og mot innehaverne av ulike nettsteder der de opphavsrettsbeskyttede filmene ble tilgjengeliggjort eller lenket til. De saksøkte var syv internettilbydere og 13 nettsteder. Alle nettstedene ble av retten karakterisert som notoriske piratnettsteder som allerede var gjenstand for blokkering i Norge og i andre EØS-land.¹¹⁸ Videre ble det uttalt at nettstedene ikke hadde endret karakter siden avsigselsene av de to forannevnte kjennelsene som også omfattet saksøkte i forliggende saker. Retten fant det bevist at det var tilknytning mellom domenenavnene i foregående saker og domenenavnene i de nye. Etter en konkret interesseavveining og forholdsmessighetsvurdering fant retten at dette tilsa blokkeringspålegg.¹¹⁹

¹¹² TOSLO-2016-72899, s. 8 (utskrift Lovdata). Dette er en oppsiktsvekkende uttalelse i forhold til det som ble uttalt i den tidligere Telenor I-saken, der nettopp rettsstridsreservasjonen var en av punktene som ble fremholdt som avgjørende for ikke å pålegge Telenor blokkeringsplikt.

¹¹³ Se også forarbeidene, Prop. 65 L (2102-2013) s. 59.

¹¹⁴ TOSLO-2016-72899, s. 6 (utskrift Lovdata).

¹¹⁵ TOSLO-2016-72899, s. 9 (utskrift Lovdata).

¹¹⁶ TOSLO-2016-72899, s. 9 (utskrift Lovdata).

¹¹⁷ 16-181678TVI-OTIR/01 og 16-176511TVI-OTIR/01.

¹¹⁸ 16-176511TVI-OTIR/01, s. 8 og 16-181678TVI-OTIR/01, s. 10.

¹¹⁹ 16-176511TVI-OTIR/01, s. 9 og 16-181678TVI-OTIR/01, s. 11.

De foreløpige siste dommene i norsk rett er den såkalte «Scanbox-saken» fra 26. april 2017 og Popcorntime.no-dommen fra 2018.¹²⁰ I Scanbox-saken hadde rettighetshaveren til en film begjært utlevering av abonnementsopplysninger til IP-adressene til abonnenter som hadde lastet ned hele eller deler av filmen ved tilknytning til fildelingsnettverket som benyttet BitTorrent-teknologi. Ankende part (rettighetshaverne til filmen) hevdet at lagmannsretten hadde tolket åvl. § 56b tredje ledd feil (nåværende § 87), da det ikke fremgikk av interesseavveiningen som bestemmelsen krever skal foretas, at retten hadde vektlagt personvern hensyn. Høyesterett tok ikke begjæringen om feil lovanvendelse til følge. Høyesterett kom til at lagmannsretten hadde tolket åvl. § 56b tredje ledd riktig. Det ble uttalt at det fulgte av forarbeidene at det i den enkelte sak må foretas en konkret vurdering, hvor personvern hensyn veies mot rettighetshaverens interesser, og at lagmannsrettens kjennelsesgrunner måtte forstås slik at den var oppmerksom på at personvern hensyn måtte trekkes inn i vurderingen.¹²¹ Det var heller ikke uttrykk for feil lovforståelse når lagmannsretten hadde lagt vekt på at det ikke var ført bevis for at krenkelsen var av «et visst omfang».¹²² Anken over lagmannsrettens kjennelse ble derfor forkastet.

LB-2018-27486 (Popcorntime.no) er en straffesak der Økokrim krevde at det skulle tas beslag i domenet «popcorntime.no». Problemstillingen i saken var om domenet «popcorntime.no» var brukt til eller bestemt til bruk ved en «straffbar handling», slik at vilkåret om «ting» brukt ved straffbar handling» jf. str. § 69, første ledd, bokstav c var oppfylt og domenet kunne inndras til staten. Gjerningsperson var ukjent, men innehaveren av domenet ble kjent skyldig i forsettlig medvirkning til ulovlig tilgjengeliggjøring av åndsverk.

Økokrim mente også at det forelå særdeles skjerpene forhold i saken. Den ulovlige handlingen besto i å legge ut lenker til domener inneholdende programvare for å nå tjenesten Popcorn Time. Popcorn Time gjør åndsverk tilgjengelig for allmennheten ved å tilrettelegge for søk, strømming og deling av TV-serier og filmer over internett uten samtykke fra rettighetshaverne.¹²³ Lagmannsretten bekreftet Tingrettens kjennelse om inndragning. Lagmannsretten fastslo at Popcorntime.no medvirket til Popcorn Times ulovlige tilgjengeliggjøring av beskyttet innhold: «Flertallet finner det hevet over tvil at opprettelsen av det norske domenet rent faktisk har virket inn på hovedgjerningen ved å tilrettelegge for bruk av programvaren gjennom lenkene og informasjonen på nettsiden. Medvirkningen har

¹²⁰ HR-2017-833-A (Scanbox).

¹²¹ HR-2017-833-A (Scanbox) premiss 46.

¹²² HR-2017-833-A (Scanbox, premiss 42 og 43.

¹²³ LB-2018-27486 (Popcorntime.no) s. 8.

etter flertallets syn økt bruken av Popcorn Time og tilgjengeligheten til det opphavsbeskyttede materialet i tredjepartskatalogene. Opprettelsen av «popcorn-time.no» og vedlikeholdet av siden har ved dette forsterket virkningen av opplasters ulovlige tilgjengeliggjøring». ¹²⁴ Fordi saken er en straffesak og ikke en blokkeringssak vil den ikke bli ytterligere behandlet her, men vi ønsket å nevne den for oversiktens skyld og fordi den illustrerer sammenhengen mellom straffesaker og blokkeringssaker på dette området. Nettstedet som domenet ledet trafikk til ble stengt ved blokkeringskjennelse i 2014. ¹²⁵

2.1.3 EU-avgjørelser med relevante problemstillinger i samme periode

I samme periode har to dommer med lignende problemstillinger vært til behandling for EU-domstolen. ¹²⁶ I Filmspeler-saken fikk man stadfestet at Infosoc-direktivet art. 5.1 (tilsvarende åvl. § 4 i norsk rett), som beskriver når midlertidige eksemplarer skal være unntatt fra eneretten, innebærer et krav til lovlig kopieringsgrunnlag for at vilkåret om «lovlig bruk» i bestemmelsen skal være oppfylt. ¹²⁷ Lovlig bruk må tolkes i lys av den såkalte tretrinns testen i Infosoc art. 5.5, blir det fremholdt i dommen. ¹²⁸ Strømming fra ulovlig kilder strider mot rettighetshavernes normale utnyttelse av slike verk og innebærer urimelig skade for rettighetshavernes legitime interesser. ¹²⁹ I saken solgte en utbyder på Internett utstyr med innebygget programvare som medførte at kjøperne kunne få tilgang til ulovlig utlagte filmer. At kjøperne fikk tilgang til det ulovlige innholdet var intendert («fullt kjendskap til sine handlinger») uttrykte EU-domstolen. ¹³⁰ Det var også selgerens handlinger som medførte at kjøperne fikk tilgang. ¹³¹ Det forelå således en overføring i Infosoc-direktivets art. 3 forstand. Videre var kjøperne så mange (i tillegg til at «alle» potensielt kunne kjøpe avspilleren

¹²⁴ LB-2018-27486 (Popcorntime.no), s. 13.

¹²⁵ LB-2018-27486 (Popcorntime.no), s. 8.

¹²⁶ C-527/15 (Filmspeler) og C-610/15 (Stichting Brein)

¹²⁷ C-527/15 (Filmspeler) premiss 64 jf. premiss 72. Det var to hovedspørsmål som var oppe til vurdering for CJEU: Hvorvidt en selger av mediespillere med forhåndsinnstilte hyperlinks til nettsteder med innhold utlagt uten rettighetshaveres samtykke, foretar en selvstendig «overføring til allmennheten», og om det også stilles krav til «lovlig kopigrunnlag» for midlertidige eksemplarer. Domstolen har også fastslått et vilkår om lovlig kopieringsgrunnlag for at retten til privatkopiering skal foreligge, jf. C-435/12 (ACI Adam), premiss 37, og ved digitalt utlån, jf. C-174/15 (Vereniging Openbare Bibliotheken) premiss, 72.

¹²⁸ I Infosoc direktivet art 5.5 er prinsippet beskrevet. Det fremgår at unntakene i foranstående punkter i art. 5, må siles gjennom tre trinns testen; anvendelse må bare skje bruk i *enkelte tilfeller*, må *ikke være i strid med rettighetshaverens normale utnyttelse* av verket /prestasjonen og heller ikke på en *urimelig måte være i strid med rettighetshaverens legitime interesser*.

¹²⁹ C-527/15 (Filmspeler) premiss 70.

¹³⁰ C-527/15 (Filmspeler) premiss 31.

¹³¹ C-527/15 (Filmspeler) premiss 31.

gjennom at den var utbudt på Internett) slik at også allmennhetsvilkåret var oppfylt.¹³² Det at handlingene hadde vinning for øyet bidro til EU-domstolens slutning.¹³³

I Stichting Brein-saken var det spørsmål om to Internetttilbydere (Ziggo og XS4ALL), der kundene i stor grad benyttet seg av delingsplattformen TPB, kunne pålegges å blokkere tilgangen til TPBs delingsplattform.¹³⁴ For at internettjenestene skulle kunne pålegges blokkeringsplikt, måtte EU-domstolen først konstatere at TPB krenket opphavsretten, slik at oppsøking av nettstedet innebar medvirkning til ulovlige handlinger.¹³⁵ Et av spørsmålene i saken var derfor om handlingene som TPB foresto var en overføringshandling i Infosoc-direktivets art. 3 forstand, som altså er forbeholdt opphavere.¹³⁶ EU-domstolen påpekte at enhver bevisst handling som gav kundene tilgang til beskyttede verk, ville kunne anses som en overføringshandling.¹³⁷ Det ble også pekt på, at selv om det ikke var TPB selv som opplastet verkene, sto TPB for administrering og tilrådighetsstillelse av delingsplattformen «med fullt kendskab til at konsekvenserne af deres handlinger medvirker til at give adgang til de beskyttede værker ved at indeksere og identificere torrents-filerne på denne plattform».¹³⁸ Det ble fremholdt at allmennheten ikke ville fått tilgang uten TPBs aktiviteter.¹³⁹ Ved at TPB indekserte og kategoriserte verkene ble det ansett utelukket at tilrådighetsstillelsen kun var «tilrådighetsstillelse af fysiske faciliteter».¹⁴⁰ Ved allmennhets-vurderingen påpekte EU-domstolen at det var et stort og ubestemt antall potensielle brukere av TPB -plattformen som fikk tilgang til verkene, som ikke rettighetshaverne hadde tatt i betraktning ved sin tilgjengeliggjøring.¹⁴¹ I begge sakene konstaterte domstolen at handlingene som ble foretatt lå innenfor opphavers enerett og derved var ulovlige.¹⁴² De seneste avgjørelsene i norsk rett, synes i stor grad å samsvare med føringene fra disse sakene fra EU-domstolen.

2.1.4 Sammenfatning av norsk rett

Som det foregående viser skal det mye til for å vinne frem med blokkeringskrav etter norsk rett. I tillegg til de strenge vilkårene for blokkering i åvl. § 88 om krav til «stort omfang gjøres

¹³² C-527/15 (Filmspeler) premiss 32 og 45.

¹³³ C-527/15 (Filmspeler) premiss 34, 49 og 51.

¹³⁴ C-610/15 (Stichting Brein)

¹³⁵ C-610/15 (Stichting Brein) premiss 18-19.

¹³⁶ C-610/15 (Stichting Brein) premiss 17 (1).

¹³⁷ C-610/15 (Stichting Brein) premiss 34.

¹³⁸ C-610/15 (Stichting Brein) premiss 36.

¹³⁹ C-610/15 (Stichting Brein) premiss 36.

¹⁴⁰ C-610/15 (Stichting Brein, premiss 38.

¹⁴¹ C-610/15 (Stichting Brein) premiss 44.

¹⁴² C-527/15 (Filmspeler) premiss 72 og C-610/15 (Stichting Brein) premiss 47.

tilgjengelig», stilles det meget strenge beviskrav ved at det «åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter». Avgjørelsene ser heller ikke ut til å ha særlig effekt, ved at rettighetshaverne må trekke samme sak til domstolen flere ganger på grunn av domenehopping. Den opprinnelig kjennelsen blir etter kort tid virkningsløs.

Forut for domstolsbehandlingen av kravet, må det søkes fritak fra taushetsplikten i ekomloven for at abonnentsopplysningene bak en IP-adresse skal frigjøres, jf. åvl. § 87. For at et slikt unntak skal innvilges, må Nasjonal kommunikasjonsmyndighet vurdere om oppheving av taushetsplikten kan skade statlige eller allmennhetens interesser, eller vil være urimelig overfor den som påstås å krenke opphavsrettigheter. Først deretter kan domstolen behandle kravet om tilgang til opplysningene basert på en interesseavveining. Det kreves dermed flere operasjoner for å få reist en blokkeringssak for domstolen.

Det at man i norsk rett opererer med et strafferettslig medvirkningsbegrep etter strl. § 15, er karakteristisk for den norske rettstilstanden. I den siste popcorn.no-saken, diskuterer også lagmannsretten medvirkningsansvaret med en strafferettslig innfallsvinkel.¹⁴³ Imidlertid er det ikke omtvistet etter den saken slik vi ser det, fordi det gjaldt en straffesak. Problemstillingen vi løfter i vår artikkel er om det er belegg for henvisning til et strafferettslig medvirkningsansvar ved drøftelse av internettaktørens medvirkningsansvar etter § 88, eller om dette er for strengt i forhold til Infosoc- direktivets forpliktelser i art. 8.3.

Slik vi ser det, kan det synes som om regelverket i norsk rett er vektet til fordel for ivaretagelse av rettssikkerheten til den som påstås å krenke rettigheter, på bekostning av hensynet til å sikre rettighetshavere en effektiv håndhevingsmulighet for sine krav etter loven. Heller ikke i utkast til ny åndsverklov jennes det på kravene eller effektiviseres reguleringen på noen måte.¹⁴⁴

2.2 Dansk rett

2.2.1 Dansk lovgivning

Norsk og dansk rett har bortimot likelydende ordlyd med hensyn til beskrivelse av omfanget av opphavsretten.¹⁴⁵ Når det gjelder privatkopieringsretten i den danske opphavsretsloven

¹⁴³ LB-2018-27486 (Popcorntime.no), s. 13. Og altså i strid med uttalelsene i TOSLO- 2015-67093. Imidlertid er lagmannsrettssaken en straffesak, men i de foregående sakene har man jo ikke trukket den distinksjonen.

¹⁴⁴ Prop. 104 L (2016–2017) s. 406.

¹⁴⁵ Den danske LBKG 2010-02-27 nr. 202 (ophavsretsloven) § 2: «Ophavsretten medfører, med de i denne lov angivne indskrænkninger, eneret til at råde over værket ved at fremstille eksemplarer af det og ved at gøre det tilgængeligt for almenheden i oprindelig eller ændret skikkelse, i oversættelse, omarbejdelse i anden litteratur-

(ophl.) § 12 og bestemmelsen om distribusjon og mellomlagringer av midlertidige eksemplarer i ophl. § 11a, er det i dansk rett valgt en noe annen løsning enn i norsk rett.¹⁴⁶ Reguleringsformen kan ha betydning for rettighetshavernes mulighet for å stanse distribusjon av opphavsrettsbeskyttet innhold som ikke er klarert, i samsvar med direktivforpliktelsen i Infosoc art. 8.3.

Det nærmere omfanget av retten til midlertidige eksemplarer konkretiseres som i norsk rett i ophl. § 11a.¹⁴⁷ Bestemmelsen definerer internettaktørens frie handlingsrom ved distribusjon og mellomlagringer av opphavsrettsbeskyttet innhold over Internett. Bestemmelsen har også dannet grunnlaget for krav mot Internettleverandører.¹⁴⁸ Dersom bruken har overskredet rammene definert i ophl. § 11a er man innenfor opphaverens enerett etter ophl. § 2; altså tilsvarende dikotomi som i norsk rett. Reguleringen i ophl. § 11a er, som i norsk rett, en nødvendig følge av forpliktelsen etter ehandelsdirektivet, som pålegger medlemslandene å gi ansvarsfrihet for ulike typer internetthandlinger.¹⁴⁹

I dansk rett har imidlertid lovgiver latt kravet til lovlig kilde også gjelde for midlertidige eksemplarer. For at distribusjonen som beskrevet i ophl. § 11a skal være lovlig, oppstilles det derfor et tilleggsvilkår om at formidlingen skjer på grunnlag av et lovlig utlagt verk.¹⁵⁰ Det innebærer at mellomlagringer av eksemplarer eller distribusjon av slike igjennom internettjenesten er vederlagspliktige jf. ophl. § 2, så sant kilden er ulovlig utlagt.¹⁵¹

Det kan problematiseres hvorvidt Danmarks implementering av Infosoc-direktivet art. 8.3 er i strid med EU-retten, ved at reguleringen går for langt til fordel for rettighetshaverne ved å kreve lovlig kopigrunnlag også for midlertidige eksemplarer. Fordi unntaksretten beskjæres, vil mer ligge innenfor opphavers enerett.

eller kunststart eller i anden teknik. [...] Som eksemplar fremstilling anses enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent og hel eller delvis eksemplar fremstilling på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form. Som fremstilling af eksemplarer anses også det forhold, at værket overføres på indretninger, som kan gengive det.»

¹⁴⁶ Tilsvarende åvl. § 4 i norsk rett; tidligere § 11a.

¹⁴⁷ Se danske forarbeider LFF 2002-10-02 nr 19, *Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven (Gennemførelse af infosoc-direktivet, nye aftalelicenser m.v.)*, s. 10.

¹⁴⁸ Omtales under punktet om dansk rettspraksis.

¹⁴⁹ Se LFF 2002-10-02 nr. 19 s. 10.

¹⁵⁰ LFF 2002-10-02 nr. 19 s. 10. Reguleringen innebærer at også strømming av et åndsverk innenfor privat område, må skje på grunnlag av *et forelegg* som er lovlig, enten fordi filmen er lagt ut etter samtykke fra rettighetshaveren eller representerer et lovlig unntak.

¹⁵¹ Sandfeld Jacobsen, S. og Petersen, C.S.; *Injunction Against Mere Conduit of Information Protected by Copyright- A Scandinavian Perspective*, NIR, vol. 2, 2011, s. 151-180 (s. 155).

I de danske forarbeidene uttales det at kravet om at lovlig kilde også skal gjelde for unntaksbestemmelsen i ophl. § 11a, samsvarer med Infosoc-direktivet art. 8.3 og rettighetshavernes legitime interesse i å kunne nedlegge forbud overfor internettaktører som distribuerer ulovlig innhold. Det understrekes videre at spørsmålet har vært diskutert med Justisdepartementet, som er lovavdeling for opphavsrettsloven i Danmark.¹⁵²

Ordlyden i Infosoc-direktivet art. 8.3 tilsier bare at det skal oppstilles en mulighet for å nedlegge forbud mot mellommenn. Reguleringen i dansk rett sikret utvilsomt at det er hjemmel for at det kan nedlegges slike forbud. De to Høyesteretts-avgjørelsene som fastslår blokkeringsplikt for teleselskapene, underbygger at regelen er operativ.¹⁵³ Ordlyden i Infosoc-direktivets fortale pkt. 59 tilsier videre at det er opp til nasjonal rett å regulere hvordan man skal innfri direktivforpliktelsen. Dette følger også av at reguleringen er gitt i et direktivform og ikke som en forordning.¹⁵⁴ Dette tilsier at reguleringsmåten i dansk rett er i samsvar med kravet i EU-retten og Infosoc-direktivet.

Alternativet til reguleringen i dansk rett, er at unntaket i ophl. § 11a får et videre omfang – slik som etter norsk og svensk rett – ved at man ikke krever lovlig kopieringsgrunnlag for at ansvarsfrihetsbestemmelsen skal komme til anvendelse. Reguleringen i Infosoc-direktivets art. 5.1 (a) og (b) og ophl § 11a, er å regne som «søsterbestemmelser» til ehandelsdirektivets ansvarsfrihetsbestemmelser. Reguleringene utfyller hverandre og forsterker måloppnåelsen etter ehandelsdirektivet. I fortalen til Infosoc-direktivet uttales det at det er opp til nasjonale myndigheter å bestemme hvordan man skal sikre kravet om rettighetshaverne adgang til å nedlegge forbud og at en slik rett skal foreligge selv der det er fastsatt unntaksregler etter art. 5.¹⁵⁵ Dette taler for at kravet om lovlig kopieringsgrunnlag for midlertidige eksemplarer i dansk rett er innenfor EU-rettens handlingsrom.

Dessuten medfører ikke det å kreve lovlig kopieringsgrunnlag at man ikke samtidig kan gi ansvarsfrihet for mellommenn ved distribusjonen. Selv med et krav til lovlig kopieringsgrunnlag kan man gi mellommennene straff- og erstatningsfrihet.¹⁵⁶

Også konsekvenshensynet kan hevdes å samsvare med krav om lovlig kopieringsgrunnlag for midlertidige eksemplarer. Hvorfor skulle man kunne distribuere midlertidige eksemplarer

¹⁵² LFF 2002-10-02 nr. 19 s. 10.

¹⁵³ UfR 2010.2221 H (Telenor), UfR 2015.1049 S (Telia). Dommene gjennomgås nedenfor.

¹⁵⁴ Sejersted m.fl. (2011) s. 196.

¹⁵⁵ Infosoc-direktivets fortale 59.

¹⁵⁶ Dette har f.eks. blitt resultatet i svensk rett, jf. PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 13 og i EU-retten, jf. C-314/12 (UPC Telekabel) avsnitt 34-36.

gjennom nettverket uten tillatelse, når det vil kunne føre til en uhjemlet utnyttelse av et åndsverk (strømming) på mottakersiden.¹⁵⁷ Med det omfang som strømming har som utnyttelsesform i vår tid, vil skadevirkningene kunne være formidable. Dessuten kan man hevde at det rent strukturmessig også er mer korrekt med krav til lovlig kopigrunnlag for midlertidige eksemplarer når det foreligger et slikt for permanente eksemplarer. Hvorfor tillate en egen kategori av eksemplarer som ikke knyttes til eneretten, når det er opphavers skapelse de originerer fra?

På den annen side er det en realitet at unntaket i Infosoc art. 5.1 blir snevrere etter den danske løsningen. Blant annet i privatkopieringsdommen, uttales det at medlemstatene har valgfrihet på å innføre unntak fra forslagslisten, men når de først har valgt å implementere et unntak skal det skje i samsvar med EU-retten.¹⁵⁸ Harmonisering av lovgivningen er ansett som et av de viktigste virkemidlene for at EU skal nå sitt mål om ett marked, ved at det forhindrer konkurransevridning og sikrer fri konkurranse i det indre markedet.¹⁵⁹ I norsk og svensk rett er implementering av unntaket i art. 5.1 foretatt på en annen måte enn i dansk rett. Dette kan tilsi at implementeringen i dansk rett ikke er direktivkonform og derved i strid med direktivforpliktelsen.

I EU-domstolens dom av 2017 fastslås imidlertid at også unntaksbestemmelsene etter Infosoc art. 5.1 for midlertidig eksemplarframstilling tilsier krav om lovlig kopieringsgrunnlag.¹⁶⁰ I all hovedsak fordi strømming fra et ikke-lovlig utlagt verk og overføring av dette til en bruker, er i strid med den såkalte tretrinns testen i Infosoc art. 5.5.¹⁶¹ I Filmspeler-dommen konkluderte domstolen med at midlertidig eksemplarframstilling uten lovlig kopieringsgrunnlag var i strid med tretrinns testen og derfor ikke dekket av Infosoc art. 5.1.¹⁶² En slik overføring vil altså være en eksemplarframstilling som vil kreve samtykke fra opphaver. Skjer det en overføring i strid med dette, skjer det ikke bare en medvirkning til medvirkning til ulovlig tilgjengeliggjøring, men en medvirkning til ulovlig eksemplarframstilling.

¹⁵⁷ Strømming av film og musikk er jo etter hvert den vanligste mottaksformen for slikt innhold.

¹⁵⁸ C-435/12 (ACI Adam) premiss 34. Tilsvarende fremgår bl.a. av C-5/08 (Infopaq I) premiss 27 og C-201/13 (Deckmyn) premiss 14.

¹⁵⁹ Infosoc-direktivets fortale pkt. 1.

¹⁶⁰ C-527/15 (Filmspeler) premiss 65-72.

¹⁶¹ Se note 128 om tretrinns testen. Allerede i en artikkel fra 2000 hevder Peter Schønning at krav til lovlig kopieringsgrunnlag er i samsvar med tretrinnsretten, se Schønning P.; *Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer?* (2000), Ugeskrift for Retsvæsen, s. 499-504. I 2017 konstaterte altså EU-domstolen tilsvarende i C-527/15 (Filmspeler) premiss 72.

¹⁶² C-527/15 (Filmspeler) premiss 70.

Slik vi ser det er reguleringen med krav til lovlig kopieringsgrunnlag som vilkår etter § 11a i dansk rett i samsvar med EU-retten.¹⁶³ Hvilke følger dette har for norsk og svensk rett skal vi drøfte under vurderingskapitlet.

Vilkår for innhenting av IP-adresser i dansk rett, regulert i retsplejeloven kap 29a, ble innført ved implementering av håndhevingsdirektivet art. 8.¹⁶⁴ Anmodning om utlevering av opplysninger rettes direkte mot domstolen, uten å gå veien om administrative myndigheter.

2.2.2 Dansk rettspraksis

Det følger av Infosoc-direktivets fortale at muligheter for midlertidige forføyninger for å kunne stanse transmisjoner og mellomagringer av åndsverk som krenker opphavsretten skal foreligge selv om bruken hevdes å være i samsvar med art. 5, altså unntaksreglene for opphavsrett.¹⁶⁵

Tre høyesterettsdommer i dansk rett slår fast at overføring av åndsverk over Internett, der kopieringsgrunnlaget var ulovlig, var rettsstridige.¹⁶⁶ I tillegg foreligger det flere underrettsavgjørelser som fastslår blokkeringsplikt for teleselskaper.¹⁶⁷ Av underrettsavgjørelsene nevner vi mer omgående bare én, da den er av betydning for vurderingen av de norske reglene.¹⁶⁸

Allerede i 2006 fikk man i dansk rett dom for at internettleverandøren medvirket til krenkelse av opphavsretten ved overføring av midlertidige eksemplarer, fordi kilden var ulovlig utlagt.¹⁶⁹ En stor mengde ulovlig utlagt musikk på to såkalte FTP-servere, var tilgjengelig for TDCs (TDC Totalløsninger A/S) internettkunder. Internettleverandøren var ikke klar over misbruket. Etter dansk rett er det imidlertid ikke krav om forsettlig eller uaktsomhet opptreden fra internettaktørens side for at vilkårene til medvirkning til krenkelse etter ophl. § 2 skal være oppfylt. Kravet er objektivt, dvs. at det er tilstrekkelig at TDC rent faktisk bidrar

¹⁶³ Se også Schovsbo m. flere (2018), s. 184. Spørsmålet er omdiskutert, se for eksempel Ponten, H. *Tilfälliga kopier- juridik i baklås* (2015), NIR, vol. 5, s. 576 flg., som tilsvarende Schönning synspunkt i artikkel nevnt i note 161, mener at dansk rett har gjennomført direktivet på korrekt måte i forhold til EU-retten.

¹⁶⁴ Se Andersen, Carlquist og Rubenstein *Retshåndhevelse af immaterialrettigheder* s. 242 flg.

¹⁶⁵ Infosoc-direktivets fortale pkt. 59.

¹⁶⁶ UfR 2006.1474 H (TDC), UfR 2010.2221 H (Telenor) og UfR 2015.1049 S (Telia).

¹⁶⁷ Se fogedrettens avgjørelse 25. oktober 2006 (Tele2), om blokkering av det russiske nettstedet Allofmp3, der danske internettkunder fikk tilgang til nettstedet der innholdet ble ulovlig tilgjengeliggjort, altså en mer direkte krenkelse enn i TDC-saken. Se også fogedrettens avgjørelse 15. august 2007 (DMT2), der Allofmp3.com hadde skiftet navn (mp3sprks.com). Avgjørelsen fulgte den samme argumentasjon som i Tele2-saken. Se om fogedretten i note 179.

¹⁶⁸ Frederiksberg Landsret kjennelse av 8. februar 2017.

¹⁶⁹ UfR 2006.1474 H (TDC).

til eller krenker opphavsretten ved å gi sine kunder tilgang til FTP-servere der musikk er ulovlig utlagt.¹⁷⁰ Internettjenesten medførte en mulighet for overføring av musikkverk for TDCs kunder som oppsøkte nettstedet, ifølge retten. Fordi musikken var ulovlig utlagt kom ikke unntaket i ophl. § 11a til anvendelse og bruken var derfor i strid med opphavsretten.¹⁷¹ Forholdsmessighetsvurderingen av belastningen TDC ble påført ved å bryte sine kontraktsrettslige forpliktelser overfor sine kunder og blokkeringen, kontra rettighetshavernes behov for bistand for å stanse ulovlig bruk av åndsverk, gikk ifølge Højesteret i musikkrettighetshavernes favør.¹⁷² Dessuten, uttalte Højesteret, hadde TDC tatt kontraktsrettslig forbehold mot å bli ansvarlig dersom Internett ble brukt til å krenke opphavsretten, slik at blokkeringen ikke representerte et kontraktsbrudd.¹⁷³

Den neste Højesteretsavgjørelsen var danskenes Pirate Bay-sak.¹⁷⁴ Selv om man etter hvert fikk TPB-nettstedet stengt i Sverige, må man i tillegg fremme blokkeringskrav fra hvert enkelt land som har tilgang til nettstedet, for å få stanset den nasjonale trafikken.¹⁷⁵ TPB flytter stadig sitt domene rundt, slik at straffesaken mot de fire ansvarlige ikke stanset den ulovlige tilgjengeliggjøringen på nettstedet.¹⁷⁶

I den danske Pirate Bay-saken gikk ulike rettighetshavere til musikk og film til sak mot Telenor (i Danmark) for å iverksette blokkering av tilgangen til TPB (www.thepiratebay.org).¹⁷⁷ Føgedretten kom til at vilkårene for midlertidig forføyning med krav om blokkering var oppfylt, og både Landsretten¹⁷⁸ og Højesteret stadfestet avgjørelsen.¹⁷⁹ Overfor Landsretten innrømmet Telenor at de rent faktisk kunne hevdes å medvirke til opphavsrettskrenkelser, men at forbudet og påbudet i dommen var for vagt formulert og at proporsjonalitetskravet heller ikke var tilstrekkelig hensyntatt. Højesteret uttalte at selv om det er opp til Telenor å velge mellom forskjellige måter å sperre adgang til

¹⁷⁰ Sandfeld Jacobsen og Petersen (2011), s. 159.

¹⁷¹ UfR 2006.1474 H (TDC) s. 1485.

¹⁷² UfR 2006.1474 H (TDC) s. 1485.

¹⁷³ UfR 2006.1474 H (TDC) s. 1485.

¹⁷⁴ UfR 2010.2221 H (Telenor - tidligere Sonofon).

¹⁷⁵ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (Pirate Bay II).

¹⁷⁶ I 2017 fikk man altså på EU-nivå en avgjørelse som fastslo at aktiviteten på TPB var ulovlig medvirkning til opphavsrettskrenkelser: C-610/15 (Stichting Brein) premiss 48.

¹⁷⁷ Saksøkerne var: IFPI Danmark som mandater for Aller International A/S m.fl., Foreningen af danske Videogramdistributører som mandatar for Buena Vista A/Sm.fl., Gyldendals Boghandel Nordisk Forlag A/S og JP Politikens Hus A/S. Biintervenienter: KODA, Dansk Musiker Forbund og Dansk Artist Forbund.

¹⁷⁸ Østre Landrets kjennelse 26. november 2008 (11. afd.).

¹⁷⁹ UfR 2010.2221 H (Telenor). I dansk rett er det regionale «føgedretter» som i utgangspunktet vurderer om kravet til midlertidig forføyning er oppfylt. Avgjørelsen kan ankes direkte inn for Landsretten, som etter en vurdering eventuelt slipper saken inn for Dansk Højesteret.

den ulovlige hjemmesiden på, fant retten at kravene var tilstrekkelig klart formulert.¹⁸⁰ Med hensyn til proporsjonalitetsvurderingen uttalte Høyesteret at forbudet ikke sto i åpenbart misforhold til rettighetshavernes interesser i å få tilgangen blokkert.¹⁸¹

Den neste dommen i dansk rett om blokkeringskrav med hjemmel i art. 8.3 i Infosoc-direktivet kom i SØ- og Handelsretten i 2014.¹⁸² Rettighetshavere til designklassikere innenfor møbel- og brukskunst fikk medhold i at internettilbyderen Telia skulle blokkere sine kunders adgang til en hjemmeside, som formidlet salg av kopiprodukter til Danmark. Teleselskapet ble pålagt blokkering på DNS-nivå.¹⁸³ Hjemmesiden der produktene ble annonsert (www.interioraddict.co.uk) var tidligere fastslått å krenke opphavsretten til opphaverne av de ulike designproduktene.¹⁸⁴ På tross av dommen mot nettstedet var det dokumentert at produktene fortsatt ble tilbudt for salg fra hjemmesiden og også sannsynligvis importert til Danmark. Domstolen viste til Infosoc-direktivets bestemmelse og gav saksøkerne medhold i kravet om blokkering.¹⁸⁵

En av de siste dommene i dansk rett er interessant. I saken ble rettighetshavernes krav til dynamisk blokkeringsbeslutning imøtekommet av domstolen, som innebærer at blokkeringen også gjaldt overfor fremtidige domener for samme nettsted.¹⁸⁶

2.2.3 *Sammenfatning av dansk rett*

Som det fremgår av det foregående er det flere forskjeller mellom dansk og norsk rett, i hovedsak på tre punkter. Etter dansk rett er det ikke krav om forsettlig eller uaktsom opptreden fra internetttaktørens side for at vilkårene til medvirkning til krenkelse etter ophl. § 2 skal være oppfylt. Det er tilstrekkelig at internetttjenesteleverandøren rent faktisk bidrar, ved å gi sine kunder tilgang til FTP-servere der musikk er ulovlig utlagt.¹⁸⁷ I tillegg fastslås det i dansk rett at kravet om lovlig kopieringsgrunnlag gjelder også for midlertidige

¹⁸⁰ UfR 2010.2221 H (Telenor) s. 2229.

¹⁸¹ UfR 2010.2221 H (Telenor) s. 2230.

¹⁸² U.2015.1049 S (Telia).

¹⁸³ Om blokkering på DNS-nivå, se note 102 over.

¹⁸⁴ UfR 2014.2497 S. s. 1050.

¹⁸⁵ UfR 2014.2497 S. s. 1050.

¹⁸⁶ Dom av 8. februar 2017 (BS 2317/2016). Se presentasjon på Opphavsrettseminaret, Sandefjord, 19. mars 2018, av Maria Fredenslund. De foreløpig siste sakene for dansk rett er BS-906/2017 (Strømmetjenester), BS FOR-969/2017 (Popcorn), BS FOR-563/16 (15 strømme- og torrent-sites), A-18-15 (Classicfurniture4u.com), A-51-17 (Replica furniture) og en dom av 8. februar 2017 (BS 2317/2016). Alle dommene er fra lavere rettsinstanser.

¹⁸⁷ Sandfeld Jakobsen og Petersen (2011), s. 159. I beste fall er dette uavklart i norsk rett. Slik vi ser det er det for tungtveiende kilder i disfavør til at vi kan lese samme regel ut av norsk rett.

eksemplarer.¹⁸⁸ Forskjellen i rettstilstand må antas å være hovedårsaken til at man langt tidligere fikk stanset distribusjon av ulovlig innhold over Internett i Danmark enn i Norge. Internettaktøren i den danske Telenor-saken ble kjent ansvarlig for å medvirke til krenkelsen som skjedde på TPBs nettsted, ved å distribuere de ulovlige, midlertidige eksemplarer gjennom sitt nettverk.¹⁸⁹ Videre har man i dansk rett imøtekommet rettighetshavernes krav om dynamisk blokkering; dvs. at en kjennelse /dom også omfatter blokkering mot et fremtidig domene for samme nettsted.¹⁹⁰

Vi tolker det slik at reguleringsmåten i dansk rett er i samsvar med EU-retten.¹⁹¹ Antitetisk kan det stilles spørsmål ved om implementeringen i norsk rett, som gir et større handlingsrom for ulovlig distribusjon, ikke samsvarer med EU-retten. Både målsettingen om direktivkonform fortolkning¹⁹² og prinsippet om et høyt beskyttelsesnivå for rettigheter¹⁹³ kan tilsa en slik slutning. Likeledes prinsippene for håndheving som kan leses ut av internasjonale forpliktelser.¹⁹⁴ Problemstillingene vil bli drøftet under vurderingskapitlet.

2.3 Svensk rett

2.3.1 Svensk lovgivning

Infosoc-direktivet art. 2 og 5 (1) er i svensk rett implementert på samme måte som i norsk rett, gjennom 2 og 11a §§ i opphovsrättslagen (URL).¹⁹⁵ Det ble presisert i forarbeidene at dersom tekniske mellomlagringer ikke ble omfattet av opphavsretten, ville ikke tilfeldige kopier anses å utgjøre krenkelser som mellommennene kunne bli ansvarlige for.¹⁹⁶ Internettleverandørenes rolle ble forsøkt avklart ved implementering av ehandelsdirektivet og regler for ansvarsfrihet

¹⁸⁸ Ophavsretsloven § 11a, jf. danske forarbeider LFF 2002-10-02 nr. 19 s. 10.

¹⁸⁹ UFR 2010.2221. H (Telenor), s. 2224.

¹⁹⁰ Dom av Fredriksberg Landsret, 8. februar 2017 (BS 2317/2016).

¹⁹¹ C-435/12 (ACI Adam) premiss 37 og C-527/15 (Filmspeler) premiss 70.

¹⁹² Arnesen og Stenvik (2015), s. 24.

¹⁹³ Infosoc-direktivets fortale punkt 4, 9, 10 og 11.

¹⁹⁴ Schovsbo m. flere (2018), s. 662-664. Her peker forfatterne på overordnede rettslige prinsipper som gjelder for håndheving av immaterialrett, herunder opphavsrett. Håndhevingsprinsippene tilsier at lovreguleringen skal være rettferdig, rimelig, effektiv og proporsjonal. Av bl.a. Infosoc-direktivet, art. 8 og TRIPS art 41 og 42 fremgår det tilsvarende plikter.

¹⁹⁵ SFS 1960:729 Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. se Prop. 2004/05:110 Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m. s. 89 og s. 380-381.

¹⁹⁶ Prop. 2001/02:150 Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m.m. s. 47-48.

for tjenesteleverandøren i 16-19 §§ ehandelslagen.¹⁹⁷ Omfanget av ansvarsfriheten tilsvarende som fremgår av dansk og norsk rett.¹⁹⁸

Generelle regler om ansvar og erstatning ved inngrep i opphavsretten følger i svensk rett av 7 kap., innledet med 53 § URL. Regler om «vitesförbud», som innebærer at domstolen «vid vite» kan forby den som gjør inngrep i opphavsretten å fortsette med det, ble innført i 53 b § URL i 1994.¹⁹⁹ Rettighetshavere som begjærer vitesförbud må angi klart hva krenkelsen består i og hvilke forbudstiltak som kreves.²⁰⁰ «Vitesbeløpet» skal av domstolen settes så høyt at den som påstås å krenke opphavsretten har et incitament til å følge forbudet.²⁰¹ Det ble presisert at det var tilstrekkelig at det objektivt sett forelå inngrep, uten krav om oppfyllelse av noen subjektive vilkår.²⁰²

Implementeringen av Infosoc-direktivet art. 8.3 reiste spørsmål om hvorvidt reglene om vitesförbud for handlinger som var i strid med 53 § URL, ga grunnlag for å begjære pålegg overfor et mellomledd, hvis tjenester blir brukt av tredjemenn for å begå opphavsrettsinngrep.²⁰³ På dette tidspunktet var ikke medvirkning nevnt i den svenske bestemmelsen, men et slikt vilkår ble innfortolket i praksis.²⁰⁴

De svenske forarbeidene viste til Infosoc-direktivets fortale pkt. 59 der det presiseres at det er opp til medlemslandene å utforme vilkårene for å oppfylle kravet i direktivets art. 8.3 om at rettighetshaverne skal ha mulighet for å begjære tiltak overfor mellomledd.²⁰⁵ Spørsmålet var om et innfortolket medvirkningsansvar (i objektivt henseende) i bestemmelsen om vitesförbud oppfylte direktivets krav i art 8.3.²⁰⁶ Selv om det ikke ble ansett nødvendig valgte den svenske regjering å ta inn tillegget «eller medverkar» i 53 b § URL, for å synliggjøre ansvar for

¹⁹⁷ SFS 2002:562 Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster.

¹⁹⁸ Opphavsretten omfatter mere conduit (ren videreformidling), caching og hosting (lagring av informasjon). Reguleringen løser ikke alle problemstillinger med mellomlagring jf. Olsson H. og Rosén, J.; *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar* (2016), Stockholm, s. 137.

¹⁹⁹ Ds 1993:24 og Prop. 1993/94:122 *Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång*. Se også SFS 1985:206 *Lag om viten*.

²⁰⁰ Prop. 1993/94:122 s. 67 og 73. Se også Ds 1993:24.

²⁰¹ Prop. 1993/94:122 s. 67.

²⁰² Prop. 1993/94:122 s. 45.

²⁰³ SFS 2005:360 *Lag om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk*, jf. Prop 2004/05:110 s. 336-343.

²⁰⁴ Prop. 2004/05:110 s. 340.

²⁰⁵ Prop. 2004/05:110 s. 337 og 341. Det ble imidlertid presisert at det ikke kreves at det alltid skal være mulig for rettighetshaverne å rette slike krav mot mellommenn, jf. s. 341.

²⁰⁶ Prop. 2004/05:110 s. 338.

mellomledd.²⁰⁷ Internettleverandører kan dermed med hjemmel i 53 b § URL pålegges teknisk blokkering av websider på grunnlag av tredjemanns krenkelse av opphavsretten.

Bestemmelsen lyder i dag: «På yrkande av opphovsmannen eller hans eller hennes rättsinnehavare eller av den som på grund av upplåtelse har rätt att utnyttja verket får domstolen vid vite förbjuda den som vidtar eller medverkar till en åtgärd som innebär intrång eller överträdelse som avses i 53 § att fortsätta med åtgärden». Den danske ordningen med krav om lovlig grunnlag ved mellomagringer ble vurdert, men ble funnet å motvirke formålet i Infosoc-direktivet art. 5.1 og mulighet for overføring mellom tredjeparter via mellommenn.²⁰⁸ Andre tiltak ble også foreslått, blant annet stengning av brukernes internettabonnement, men dette ble ikke fulgt opp av lovgiver.²⁰⁹

Ved at også forsøk og forberedelse til krenkelse eller overtredelse ble omfattet av reglene om vitesforbud, jf. 53 b tredje stycket § URL i 2009, ble rettighetshavernes vern ansett styrket ytterligere.²¹⁰ Pålegg overfor mellommenn etter håndhevingsdirektivet art. 11 ble i prinsippet ansett å være identisk med Infosoc-direktivet art. 8.3.²¹¹ Vitesforbud kan dermed ilegges overfor internettaktører også før et fullbyrdet inngrep har skjedd.²¹² Forutsetningen for å utløse «krav på vite» er at 23 kap. 1 § om forsøk eller 2 § om forberedelse i Brottsbalken er oppfylt.²¹³ Det stilles ikke krav om forsett eller uaktsomhet.²¹⁴

I følge de svenske forarbeidene kunne ikke det å levere en Internettjeneste i seg selv utløse medvirkningsansvar.²¹⁵ Det måtte være inngått en avtale mellom inngriper og mellomleddet, og dette mellomleddet måtte ha fått konkrete indikasjoner på at serveren ble brukt på en måte som bryter opphavsretten.²¹⁶ Medvirkningsansvaret ble knyttet opp mot et strafferettslig medvirkningsbegrep.²¹⁷

²⁰⁷ Prop. 2004/05:110 s. 341-342. Bestemmelsen om «vite» ved medvirkning endrer ikke mellommenns ansvarsfrihet etter 16-19 §§ i e-handelslagen, slik det er presisert i Ds 2007:29 *Musik och film på Internet – hot eller möjlighet (Renforsutredningen)*, s. 324.

²⁰⁸ Ds 2007:29 s. 349-350 og Prop. 2004/05:110 s. 97.

²⁰⁹ Ds 2007:29 s. 350 flg. Prop. 2008/09:67 s. 195. Se også Nicander H.; *Upphovsrätten och medverkaransvaret i en digital miljö*, SvJT (2012), s. 258–281 (s. 280).

²¹⁰ Prop. 2008/09:67 Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område - genomförande av direktiv 2004/48/EG s. 188 flg.

²¹¹ Prop. 2008/09:67 s. 194.

²¹² Prop. 2008/09:67 s. 257-258.

²¹³ SFS 1962:700 Brottsbalk.

²¹⁴ Den forbudet retter seg mot må imidlertid vite hva hun ikke skal gjøre, se Prop. 2008/09:67 s. 258.

²¹⁵ Prop 2004/05:110 s. 340.

²¹⁶ Prop 2004/05:110 s. 340.

²¹⁷ Asp P. og Rosén J.; *The Pirate Bay – en kommentar*, *Svensk Juristtidning* (2011), s. 103-119 (s. 117).

For å oppfylle formålet om et mer effektivt verktøy for håndheving av opphavsretten, ble det i tråd med i EUs håndhevingsdirektiv art. 8 innført bestemmelser om informasjonspålegg i 53c-53g §§ URL, den såkalte IPRED-lagen.²¹⁸ For å sikre samsvar med reglene for vitesförbud, ble det presisert i forarbeidene at pålegg om informasjon også må kunne rettes mot medvirker.²¹⁹ Dersom det påvises «sannolika skäl» for at det har skjedd en opphavsrettskrenkelse fra en bestemt IP-adresse, kan rettighetshaverne kreve at domstolen, etter en interesseavveining, pålegger internettleverandøren å gi opplysninger om de aktuelle IP-adresser.²²⁰ IPRED-lagen er senere kritisert, blant annet på grunn av høye beviskrav og at prosessen tar lang tid og er kostnadskrevenende.²²¹

Det er videre reist spørsmål ved om den allmennpreventive effekten av reglene påvirkes av tregheten i systemet og om det gir mindre effektiv håndheving av opphavsretten.²²² Et nytt forslag om å innføre strengere straff for grove brudd på opphavsretten kan bøte på dette.²²³

2.3.2 Svensk rettspraksis

Det konkrete innholdet i medvirkningsansvaret er utpenslet i rettspraksis og var i utgangspunktet ikke ment å være veldig forskjellig fra ansvar som hoved-gjerningsmann kunne bli pålagt.²²⁴ Svenske domstoler har imidlertid lagt vekt på uskrevene regler om *sosial adekvans* ved vurdering av mellommenns ansvar for innhold.²²⁵ Tjenester som benyttes til, i all hovedsak, lovlig og tjenlig virksomhet skal ikke stenges selv om enkelte benytter tjenesten til noe ulovlig. I TPB-dommen stilte hovrätten opp fire kriterier for at en søkertjeneste skal være sosialt adekvat; den må være et verdifullt verktøy brukt i lovlig virksomhet, allmennt

²¹⁸ Prop 2008/09:67 s. 129-130.

²¹⁹ Prop 2008/09:67 s. 131-132 og 137 flg.

²²⁰ EU-domstolen vurderte i C-461/10 (Bonnier Audio) om den svenske IPRED-lagen og håndhevingsdirektivet kunne være i strid med datalagringsdirektivet (2006/24/EF) grunnet hensynet til personvernet, men løste dette ved å vise til proporsjonalitetsprinsippet, se Borgenhäll H.; *Immaterialrättsutvecklingen i Sverige 2010-2012 i ett europeiskt perspektiv* (2013), NIR, s. 1-47 (s. 41). Datalagringsdirektivet ble imidlertid kjent ugyldig i den senere avgjørelsen av EU-domstolen C-293/12 og C-594/12.

²²¹ SOU 2012:51 s. 26-28 og s 31-36.

²²² SOU 2012:51 *Utvärdering av IPRED-lagstiftningen*, s. 7-8 og s. 31.

²²³ SOU 2018:6 *Grovt upphovsrättsbrott och grovt varumärkesbrott*.

²²⁴ NJA 2006 s. 535 i straffesak og Svea hovrätt den 27. april 2012 mål nr. B 7972-11 om medvirkning til fildeling av musikk. Et nyere eksempel på ilagt straffansvar for ulovlig fildeling av filmer er avgjørelsen i B 3878-15 (NJA 2017 s. 446) der Högsta domstolen reduserte straffen fra fengsel til bøter. Et eksempel på ilagt erstatningsansvar er avgjørelsen B 1565-17 i Göta hovrätt, hvor Högsta domstolen senket erstatningskravet, jf. B 1540-18.

²²⁵ Andreasson J. og Schollin K.; *Goda och onda medhjälpare – Är du socialt adekvat, lille vän? Om Pirate Bay-målets betydelse* (2011), SvJT, s. 534-556 (s. 541).

samfunnsnyttig, den legitime anvendelse må dominere og det må iverksettes tiltak for å motvirke overføring av ulovlig materiale.²²⁶

Etter implementeringen av Infosoc-direktivet art. 8.3 og i kjølvannet av den svenske hoveddommen mot fildelingstjenesten TPB, ble internetttilbyderne Black Internet (senere Abandonner) og Portlane, pålagt interemistisk vitesförbud av Svea Hovrätt for medvirkning til opphavsrettskrenkelser på Internett.²²⁷ Internettleverandørene ble i disse sakene ansett å ha medvirket til tilgjengeliggjøring av beskyttet musikk, filmverk og TV serier.²²⁸ I Black Internet-avgjørelsen ble det meddelt forbud overfor internettleverandøren mot å medvirke til tilgjengeliggjøring for allmennheten av beskyttede musikk- og filmverk og TV-serier gjennom å tilby oppkobling til Internett for fildelingstjenesten TPBs nettsted.²²⁹ I Portlane-avgjørelsen ble internetttilbyderen ilagt forbud mot å medvirke til digital tilgjengeliggjøring for allmenheten av film og TV serier gjennom å gi tilgang Internett-tilgang til en eller flere såkalte trackere via et domenenavn.²³⁰ I begge avgjørelsene kom Hovrätten frem til at tjenesteleverandøren hadde kjent til den bakenforliggende ulovlige fildelingen og hadde hatt muligheter for å hindre ytterligere krenkelser. Retten la vekt på at internettleverandørene og fildelerne hadde et forretningsforhold og at internettleverandørene lot være å avslutte forholdet etter at de fikk kunnskap om de ulovlige aktivitetene.²³¹ De svenske forarbeidenes tolkning av 53 b § URL, om at det ikke er tilstrekkelig kun å levere en Internettjeneste for å statuere et objektivt medvirkningsansvar, ble lagt til grunn som et reelt vilkår for å kunne ilegge vitesförbud.²³² Medvirkningsansvar ble ansett oppfylt.

I 2017 ble det avsagt en dom av Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) som dreide svensk praksis i en ny retning.²³³ Det sentrale spørsmålet i saken var om en internettleverandøren kunne pålegges å blokkere visse domenenavn, webadresser og IP-

²²⁶ Svea hovrätt den 26. november 2010 mål nr. B 4041-09 (Pirate Bay-saken) s. 24. Se også Asp (2011), s. 103-119.

²²⁷ Svea Hovrätt den 21. mai 2010 mål nr. Ö 7131-09 og Ö 8773-09 (Black Internet) og Svea Hovrätt den 21. mai 2010 mål nr. Ö 10146-09 (Portlane). Se også dommen i Stockholms tingsrätt T 7540-09 og T 11712-09 (Black Internet/Abandonner).

²²⁸ Dommene er omtalt i Nicander, (2012) s. 278-279 og Sandfeld Jakobsen og Petersen (2011), s. 163-165.

²²⁹ Svea Hovrätt den 21. mai 2010 mål nr. Ö 7131-09 og Ö 8773-09 (Black Internet), dommens slutning punkt 3.

²³⁰ Svea Hovrätt den 21. mai 2010 mål nr. Ö 10146-09 (Portlane), dommens slutning punkt 1.

²³¹ Dommene er også kommentert i de norske forarbeidene, se Prop. 65 L (2012-2013) s. 46.

²³² Prop. 2004/05:110 s. 340.

²³³ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband). Saksøkere var Universal Music Aktiebolag, Sony Music Entertainment Sweden, Warner Music Sweden Aktiebolag, Nordisk Film A/S og Aktiebolaget Svensk Filmindustri mot B2 Bredband AB. Se også Malovic N.; *Presumed Innocent: Should the Law on Online Copyright Enforcement and ISP Liability Change?* (2017), NIR, s. 97-129 (s. 112-115).

adresser.²³⁴ Det ble hevdet at materialet på internettsidene The Pirate Bay og Swefilmer ble ulovlig tilgjengeliggjort.

Saken startet i Stockholms Tingsrätt som la til grunn at internettleverandører generelt måtte anses å kjenne til at TPB og Swefilmers virksomhet kunne innebære opphavsrettskrenkelser.²³⁵ Tingretten fant at Infosoc-direktivet art. 8.3 var riktig implementert og la til grunn presiseringen i forarbeidene om at det kreves mer enn å drive leverandørvirksomhet, samt at det måtte foreligge et avtaleforhold.²³⁶ Medvirkningsansvaret for ulovlig tilgjengeliggjøring ble knyttet til 23 kap. 4 § i Brottsbalken, med den forskjell at retten uttalte at det var tilstrekkelig med medvirkning i objektiv forstand. Vitesförbud avhang av at de objektive straffbarhetsvilkår etter kap. 23 i Brottsbalken var oppfylt. Det var ikke bevist omfattende inngrep og B2 Bredband hadde oppfylt kriterier for «sosial adekvans».²³⁷ Saksøkerne nådde i tingretten ikke frem med sitt krav om blokkering og vitesförbud overfor B2 Bredband.

I ankesaken for PMÖD ble B2 Bredband pålagt, gjennom tekniske blokkeringstiltak, å hindre kunders tilgang til TPB og Swefilmer via visse domenenavn og webadresser.²³⁸ Domstolen gikk i sine premisser grundig gjennom forholdet mellom EU-retten og svensk rett.

PMÖD vurderte forholdet til Infosoc-direktivet art. 8.3 og implementeringen av denne i svensk rett, og viste til EU-domstolens avgjørelse i UPC Telekabel om at internettleverandør som *kun gir tilgang* også er å anse som mellommann etter art 8.3.²³⁹ I motsetning til tingretten slo PMÖD fast at det etter EU-retten ikke er noe krav om at det skal finnes et særskilt forhold, for eksempel en avtale mellom mellomleddet og den som gjør inngrep, og heller ikke krav om internettleverandørens kunder faktisk laster ned materialet som er ulovlig utlagt for at krav om blokkering skal imøtekommes.²⁴⁰ Gjennom en referanse til Tommy Hilfiger-avgjørelsen i EU-domstolen viser PMÖD til at det er nok å tilby internettoppkobling uten samtidig å tilby andre tjenester eller utøve tilsyn for å kunne omfattes av art. 8.3 som mellomledd.²⁴¹

Ansvarsbegrensningene i ehandelsdirektivet art. 12.3 skal ikke hindre en nasjonal domstol å

²³⁴ En presisering av PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 12.

²³⁵ Stockholms tingsrätt T 15142-14 (B2 Bredband) s. 11.

²³⁶ Stockholms tingsrätt T 15142-14 (B2 Bredband) s. 11.

²³⁷ Stockholms tingsrätt T 15142-14 (B2 Bredband) s. 10 og 13.

²³⁸ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband).

²³⁹ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 13 og C-314/12 (UPC Telekabel) avsnitt 32.

²⁴⁰ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 13 og C-314/12 (UPC Telekabel) avsnitt 34-36.

²⁴¹ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 14 og C-494/15 (Tommy Hilfiger) avsnitt 22 og 25.

kreve at en tjenesteleverandør forhindrer overtredelse.²⁴² Prinsippet om direktivkonform tolkning innebærer, ifølge PMÖD, at nasjonal rett må tolkes i lys av direktivets ordlyd, også der det finnes uttalelser i motsatt retning i de nasjonale forarbeider.²⁴³ Den rettslige løsningen lagt til grunn i forarbeidene kan derved risikere å bli satt til side av nyere EU-rett.²⁴⁴

Domstolen presiserte at 53 b § URL er en sivilrettslig og ikke en strafferettslig bestemmelse, og at det ikke kan kreves medvirkning i strafferettslig forstand for å kunne pålegge tiltak.²⁴⁵ Det stilles *ikke krav om forsett eller uaktsomhet* hos medvirker og det er heller ikke nødvendig å føre bevis for inngrepets skadevirkning.²⁴⁶ Det ble ansett tilstrekkelig at internettleverandøren tilbyr internettoppkobling. I den konkrete vurderingen la PMÖD til grunn at det hadde skjedd inngrep i opphavsretten via tjenestene TPB og Swefilmer og at det foregikk en omfattende tilgjengeliggjøring av ulovlig materiale uten rettighetshavernes samtykke.²⁴⁷ Det ble ikke stilt krav om dokumentasjon for at abonnenter faktisk tok del i tilgjengeliggjøring for allmennheten, uten rettighetshaverens samtykke.²⁴⁸

I proporsjonalitetsvurderingen uttalte PMÖD at begrensninger i informasjonsfriheten, næringsfriheten og tiltakene overfor internettleverandøren måtte være formålstjenlige og effektive.²⁴⁹ Blokkeringstiltaket ble ansett som proporsjonalt i forhold til næringsfriheten til B2 Bredband. Informasjonsfriheten veide heller ikke tungt idet det materialet som var tilgjengelig på TPB og Swefilmer i prinsippet var opphavsrettslig beskyttet og derved tilgjengeliggjort ulovlig. Det fantes heller ingen annen teknisk løsning som var mindre inngripende.²⁵⁰

I motsetning til avgjørelsen i tingretten kom PMÖD i B2 Bredband-saken frem til at det ikke kan stilles krav om noe avtaleforhold for at en internettilbyder kan ilegges vitesförbud etter 53 b § URL.²⁵¹ PMÖD la videre til grunn at det heller ikke har noen betydning hvorvidt

²⁴² PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 14. Dette bekreftes ifølge domstolen i C-484/14 (Tobias Mc Fadden) avsnitt 79.

²⁴³ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 16. Dette følges opp i PMÖD mål nr. PMT 9945-18 s. 7.

²⁴⁴ I samme retning Arnesen og Stenvik (2015), s. 111.

²⁴⁵ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 17.

²⁴⁶ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 22.

²⁴⁷ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 32.

²⁴⁸ Domstolen viser til C-314/12 (UPC Telekabel) avsnitt 37 og 38.

²⁴⁹ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 51. Domstolen viser til C-314/12 (UPC Telekabel) avsnitt 46, 47, 56, 62 og 63.

²⁵⁰ Domstolen viser til C-70/10 (Scarlet Extended) avsnitt 35-54.

²⁵¹ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 15.

internettleverandørens kunder faktisk tar del i det ulovlige materialet.²⁵² Det ble ikke stilt krav om strafferettslig medvirkning for at et pålegg skal rettes mot internettleverandøren.²⁵³

Til forskjell fra de tidligere Black Internett og Portlane avgjørelsene ser PMÖD helt bort fra vilkårene som oppstilles i forarbeidene og legger en mer direktivkonform tolkning til grunn, med stor vekt på EU-domstolens praksis.²⁵⁴ Infosoc-direktivet art. 8.3 anses riktig implementert i svensk rett, men PMÖD kom frem til at det *ikke er forenlig* med art. 8.3 i nasjonal rett å kreve strafferettslig objektiv medvirkning eller stille krav om avtaleforhold eller konkrete indikasjoner på krenkelse.²⁵⁵ Den uskrevne regelen om sosial adekvans nevnes ikke.

Premissene for medvirkningsansvaret i B2 Bredband-avgjørelsen må anses fulgt opp i en interim-avgjørelse i PMÖD i februar 2019.²⁵⁶ Rettighetshaverne fikk i første instans medhold i et interemistisk vitesförbud og Telia ble pålagt å blokkere brukernes tilgang til flere domenenavn og webadresser med ulovlig utlagt innhold.²⁵⁷ Telia bestred avgjørelsen og hevdet blant annet at avgjørelsen, i tråd med en proporsjonalitetsvurdering, ville skade retten til å drive næring, retten til informasjon for brukerne og retten til å eie domenenavn.

PMÖD konstaterte i ankesaken at det forelå «sannolika skäl för upphovsrättsintrång» og at Telia, ut fra den rettslige vurderingen av medvirkningsbegrepet fra B2 Bredband-avgjørelsen, hadde medvirket til brudd på opphavsretten.²⁵⁸ Imidlertid viste domstolen til at ved proporsjonalitetsvurderingen på på interim-stadiet må interessekonflikter avveies mot de skader et slikt tiltak vil medføre, samt at det må tas hensyn til at kravet senere kan reduseres eller avvises.²⁵⁹ På dette stadiet i prosessen var det ikke grunnlag for å si noe om hvorvidt opphavsrettslige beskyttet materiale var tilgjengeliggjort på de aktuelle websidene. Det ble vist til at ett av domenenavnene ble brukt til lovlige tjenester og at det var usikkert om ulovlig innhold var tilgjengeliggjort for flere av de andre.²⁶⁰ PMÖD ga Telia medhold i at blokkering

²⁵² PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 15.

²⁵³ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 32.

²⁵⁴ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 15.

²⁵⁵ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 15.

²⁵⁶ PMÖD mål nr. PMÖ 9945-18 (Telia).

²⁵⁷ PMT 7262-18 (Telia).

²⁵⁸ PMÖD mål nr. PMÖ 9945-18 (Telia) s. 6.

²⁵⁹ PMÖD mål nr. PMÖ 9945-18 (Telia) s. 9.

²⁶⁰ PMÖD mål nr. PMÖ 9945-18 (Telia) s. 11.

ikke var i tråd med proporsjonalitetsprinsippet.²⁶¹ Den nye forståelse av et objektivt medvirkningsansvar i svensk rett må imidlertid anses bekreftet av PMÖD i denne siste saken.

2.3.3 *Sammenfatning av svensk rett*

Muligheten for å nå frem med effektive tiltak for hindre spredning av ulovlig innhold på Internett i svensk rett har delvis foregått gjennom innstramninger i lovgivningen, men viktigst er utviklingen av medvirkningsansvaret for internettleverandører i rettspraksis.

Presiseringen av at «vitesförbud» kan ilegges for medvirkning til inngrep i opphavsretten, at også forberedelse og forsøk på opphavsrettingrep rammes og innføringen av IPRED-lagen er alle tiltak i retning av å sikre rettighetshaverne. Det var likevel ikke enkelt for en rettighetshaver å nå frem med krav om blokkering av nettsteder for å hindre spredning av ulovlig innhold. Rettighetshaverne måtte blant annet dokumentere at det var et forretningsforhold mellom internettleverandøren og tredjeparten som krenket opphavsrett, det måtte bevises at det var et omfattende inngrep med faktisk tilgjengeliggjort ulovlig materiale og det måtte vurderes om kriterier for sosial adekvans ble oppfylt.

Med B2 Bredband-avgjørelsen fikk vi en svært sentral avgjørelse der ble det avklart at internettleverandører har et medvirkningsansvar uavhengig av om internettleverandøren har et forretningsforhold med tredjeparten som krenker opphavsretten.²⁶² Det kan ikke kreves et strafferettslig medvirkningsansvar og det kan heller ikke stilles krav om at publikum faktisk har tilgang til det ulovlige materiale. Dette siste står i kontrast til kravene i norsk lovgivning med strenge krav til bevis for at materiale er tilgjengeliggjort i «stort omfang» etter åvl. § 88. Hensynene som lå bak kriterier for sosial adekvans ser også ut til å ha fått mindre betydning i blokkerings sakene.

3. Vurdering av de norske håndhevingsreglenes effektivitet

3.1 Innledning

Som bakgrunn for vurderingen av effektiviteten i de norske håndhevingsreglene ved krenkelse av opphavsrett på Internett, har vi analysert skandinavisk lovgivning og rettspraksis knyttet til blokkeringsbestemmelser og visse andre bestemmelser. Også enerettsreglenes omfang er trukket inn for å kunne vurdere beskyttelsesnivå og prinsipper om effektivt vern av opphavsretten.²⁶³

²⁶¹ PMÖD mål nr. PMÖ 9945-18 (Telia) s. 11.

²⁶² PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 15.

²⁶³ Infosoc-direktivets fortale punkt 4, 10 og 11. og Schovsbo m. flere (2015), s. 662-664.

Rettighetshavere i Norge har utvilsomt en formell mulighet for å gå til sak med krav om blokkering eller annen hindring ved opphavsrettskrenkelser. Vi ønsker imidlertid å vurdere om de norske reglene gir rettighetshaverne en tilstrekkelig reell mulighet for håndheving av rettighetene. I den sammenheng benytter vi direktivforpliktelsen etter EU-retten og andre skandinaviske lands gjennomføringsmåter av den, som sammenlikningsgrunnlag.

Effektivitet i et rettssystem kan måles gjennom komparative kostnadsanalyser.²⁶⁴ I analysene inngår både sosiale kostnader ved et juridisk system som ikke leverer det samfunnet forventer eller ønsker («error costs») og direkte kostnader ved å bruke systemet («direct costs».²⁶⁵ Vi anser at direkte kostnader omfatter advokatkostnader, utgifter til innsamling av bevis, tidsbruk (flere prosesser), tolkning av uklare lovbestemmelser osv. En samlet reduksjon av disse to kostnadstypene kan gjøre systemet mer effektivt og føre til en større grad av verdimaksimering.²⁶⁶

I tråd med EU-rettens effektivitetsprinsipp foreligger det også en forpliktelse til mest mulig effektiv gjennomføring av EU-retten i nasjonal rett.²⁶⁷ Effektivitetsprinsippets materielle side kan betegnes som «en retningslinje som går ut på at nasjonale (materielle) regler bør tolkes slik at formålet med og virkningen av de internasjonale regler oppnås på nasjonalt nivå».²⁶⁸ Prinsippets prosessuelle side stiller «krav til at borgerne skal ha tilgang til de rettslige virkemidler som er nødvendige for å få prøvd, og eventuelt gjennomført, sine rettsposisjoner etter folkeretten».²⁶⁹

For å vurdere reglenes effektivitet ser vi på de direkte kostnadene ved anleggelse av søksmål i blokkeringsaker og i hvilken grad dette kan påvirke den reelle muligheten for å få stanset opphavsrettskrenkelser.²⁷⁰ Antall saker for domstolen sett opp mot antatte krenkelser og anmeldte forhold, kan også si noe om håndhevingens effektivitet. Til slutt sammenligner vi

²⁶⁴ Posner (1973).

²⁶⁵ «Error costs» omfatter utgifter ved gale avgjørelser, som ifølge Posner er et spørsmål om risikoen for gale avgjørelser (mulighet X konsekvens); som igjen er en faktor av (1) antall saker (2) det offentliges kostnader ved å kjøre saken og (3) de direkte kostnader ved saksanlegget. Se Posner (1973), s. 441 flg..

²⁶⁶ Posner (1973), s. 399, 400.

²⁶⁷ Se Sejersted m. flere (2011), s. 81.

²⁶⁸ Arnesen og Stenvik (2015), s. 59. I mange henseender tilsvarer innholdet i den materielle siden av effektivitetsprinsippet presumpsjonsprinsippet, som tilsier at en norsk regel - så langt det er mulig - skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.

²⁶⁹ Arnesen og Stenvik (2015), s. 59. I norsk rett er prinsippet nevnt både i Rt. 2005, s. 597 (Allseas), Rt. 2002, s. 618 (Potetimport) og Rt. 2000, s. 1811 (Finnanger I). Høyesterett har uttalt at «en nasjonal bestemmelse bør tolkes i samsvar med den løsning som mest effektivt vil følge opp konvensjonens formål», jf. Rt. 2002, s. 618 (Potetimport) s. 626.

²⁷⁰ Vi foretar ikke fulle rettsøkonomiske analyser, men bruker noe av begrepsapparatet.

rettstilstanden i de skandinaviske land og vurderer om ulik implementering av Infosoc-direktivet art. 8.3 er en sannsynlig årsak til ulik grad av effektivitet ved gjennomføring av EU-retten.

3.2 Kostnader og tidsbruk

3.2.1 Flere operasjoner før realitetsbehandling av blokkeringskravet

Kostnader ved å finne frem til bevis og presentere dem i en rettssak er transaksjonskostnader knyttet til prosessen.²⁷¹ Vi antar at strenge beviskrav, saksøkers bevisbyrde, tidsbruk og uklare ordlyd i lovtekst kan føre til økte direkte kostnader og derved et mulig effektivitetstap ved oppfyllelse av formålet om å hindre krenkelser i opphavsretten.²⁷²

For å kunne gå til blokkeringssak må rettighetshavere i Norge få tilgang til personopplysningene knyttet til IP-adressen, jf. åvl. § 87 annet ledd. Nasjonal kommunikasjonsmyndighet samtykker til oppheving av taushetsplikten etter ekomloven § 2-9 dersom allmenne interesser og en rimelighetsvurdering av konsekvensene for abonnenten tilsier det. Dernest må et tilsvarende krav fremsettes overfor domstolen, som ikke behøver å følge kommunikasjonsmyndighetens vurdering, jf. åvl. § 87 tredje ledd. Domstolen foretar en interesseavveining mellom abonnentens interesse i å holde IP-adresseidentiteten skjult og rettighetshavers interesser i å få tilgang til informasjonen. Først etter domstolens tilslutning kan det fremmes søksmål overfor en konkret person (eller nettsted).

Opplåsing av abonnemetsopplysninger etter åvl. § 87 annet ledd er nødvendig også ved et strafferettslig søksmål, men da vil det offentlige bære kostnadene for prosessene. Tidsbruk og kostnader blir dermed ikke en barriere for rettighetshaveren mot å gå til søksmål, men utgjør likevel en samfunnskostnad. I tillegg må rettighetshaverne kunne dokumentere at opphavsretten er krenket.

Rettighetshaverne må dermed foreta tre trinn for å tilrettelegge for domstolsbehandling av krav ved påståtte krenkelser av opphavsrett over Internett. Dette genererer både kostnader og tid og vil i seg selv kunne representere begrensninger for rettighetshavere som forsøker å håndheve sine rettigheter ved domstolens hjelp i Norge. Nesten tilsvarende regler er implementert i svensk og dansk rett på bakgrunn av håndhevingsdirektivet art. 8.²⁷³ De

²⁷¹ Eide og Stavang (2008), s. 488.

²⁷² Posner peker blant annet på bevisbyrde som et merkostnadsforhold, se Posner (1973), s. 408.

²⁷³ For svensk rett 53c-53g §§ URL og for dansk rett Retsplejeloven kap 29a.

samme utfordringer om kostnader og tidsbruk er påpekt i utredningen om den svenske IPRED-lagen.²⁷⁴

3.2.2 Kompleks lovtekst og strenge beviskrav

For å nå frem med blokkeringskrav i Norge må rettighetshaverne dokumentere at det «i stort omfang» gjøres tilgjengelig materiale som «åpenbart gjør inngrep» i opphavsretten, jf. åvl. § 88 første ledd.

Analysene overfor har vist at rettighetshavere må dokumentere at det ulovlige innholdet har et stort omfang i seg selv, men må også vise at dette utgjør en vesentlig del av innholdet på nettstedet.²⁷⁵ I og med at rettighetshaver har bevisbyrden for krenkelse, må det også fremlegges dokumentasjon på både lovlig og ulovlig innhold på nettstedet.²⁷⁶ I tillegg må materiale som krenker andres rettigheter tas i betraktning. Kravet til dokumentasjon tilsier at rettighetshavere løpende må monitorere bruken av innhold før eventuelle krenkelser skjer, for å kunne samle opp bevis for misbruk ved en eventuell senere rettssak. Dette krever ressurser som mange rettighetshavere ikke har. Departementet antar selv at regelen fører til en viss ressursbruk hos rettighetshaverne.²⁷⁷

Av ordlyden fremgår også at beviskravet er meget strengt. Det er bare når det «åpenbart» fremgår at det foreligger krenkelse av opphavsrett eller andre rettigheter at blokkering eller annet tiltak kan ilegges. Med krav om sterk sannsynlighetsovervekt er beviskravet skjerpet sammenlignet med et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.²⁷⁸

Både kravet til omfang og beviskravet tyder på at det skal meget til for å kunne reise sak med krav om blokkering av nettsted etter norsk rett. Det tar lang tid og det knyttes høye kostnader til innsamling og fremføring av bevisene.

3.3 Antall saker for domstolen

I følge rettsøkonomisk teori kan et høyt antall saker for domstolen ha en allmennpreventiv effekt.²⁷⁹ Mange saker for domstolen kan i tillegg ha en rettsavklarende effekt ved at den som står for en aktivitet som kan medføre skade, sørger for mer omfattende forholdsregler for å

²⁷⁴ SOU 2012:51 s. 31.

²⁷⁵ Se Prop. 104 L (2016-2017), s. 302 jf. Prop. 65 L (2102-2013) s. 91.

²⁷⁶ Prop. 104 L (2016-2017) s. 299 og Prop. 65 L (2102-2013) s. 59-60.

²⁷⁷ Prop. 104 L (2016-2017) s. 301.

²⁷⁸ Prop. 65 L (2102-2013) s. 91.

²⁷⁹ Eide og Stavang (2008), s. 483.

unngå søksmål.²⁸⁰ Internettleverandører ville for eksempel i større grad måtte tilpasse seg for å unngå å medvirke til at brukerne får tilgang til ulovlig utlagt materiale.

Analysen overfor har pekt på at høye transaksjonskostnader og uforutsigbar måloppnåelse kan føre til at rettighetshavere ikke går til sak.²⁸¹ Det norske Kulturdepartementet hevder imidlertid i forarbeidene til åndsverkloven av 2018 at få saker for domstolen ikke nødvendigvis indikerer at reglene ikke er effektive nok.²⁸² I den svenske utredningen om IPRED-lagen påpekes det derimot at de høye kravene til bevisomfang og beviskrav førte til at den allmennpreventive effekten av muligheten for å innhente IP-adresser forsvant og fildelingen økte.²⁸³

For årene 2014-2018, er det 5 unike saker med krav om blokkering av nettsted i Norge – med kun en som ble behandlet i Høyesterett.²⁸⁴ Det er dermed svært få blokkeringsaker for norske domstoler. Dette står i kontrast til forholdene i Danmark med et stort antall blokkeringsaker for domstolene og mange fellelser.²⁸⁵ Antallet saker i Danmark kan tyde på at lovverket fungerer mer effektivt. Utviklingen er ikke like entydig i Sverige, men også der ser det ut til at flere saker havner hos Patent- og marknadsöverdomstolen.²⁸⁶

Gjennomføringen av Infosoc-direktivets i norsk rett har altså medført at bare et ganske lite antall rettighetshavere har krevd domstolenes hjelp for å blokkere nettsider med ulovlig utlagt innhold. Saksinformasjon viser også at i de få sakene som har vært behandlet i Norge, er det store, kommersielle aktører som i hovedsak er parter i sakene som reises; selskaper som har kapasitet til å kjøre dyre saker over lang tid.²⁸⁷

Verken myndigheter eller rettighetshavere i Norge synes i særlig grad å forfølge ulovlig nedlastning til det private området eller eventuelt ramme tjenestetilbydere for medvirkningsansvar på et slikt grunnlag.²⁸⁸ Et så vidt lite antall saker for domstolene kan ikke nødvendigvis i seg selv underbygge håndhevingsreglers tilkortkommenhet, idet det også kan

²⁸⁰ Eide og Stavang (2008), s. 483.

²⁸¹ Posner (1973), s. 401.

²⁸² Prop. 104 L (2016-2017) s. 301.

²⁸³ SOU 2012:51 s. 31.

²⁸⁴ HR 2017-833A, TOSLO-2016-199281, TOSLO-2016-72899, TOSLO-2015-67093, LB 2010-6542.

²⁸⁵ Listen over blokkeringsaker i dansk rett er gitt i kapittelet om dansk rettspraksis.

²⁸⁶ Søk på hjemmesiden til Patent- og marknadsöverdomstolen viser en økning i antall saker, <http://www.patentochmarknadsoverdomstolen.se/Avgoranden-fran-Patent--och-marknadsoverdomstolen/>.

²⁸⁷ I tre av sakene er det Motion Picture Association Lmt. (MPA) som er hovedsaksøker. I den første Telenor-saken var det IFPI som var saksøker sammen med en rekke kunstnerorganisasjoner.

²⁸⁸ Domstolsakene er anlagt i stor grad på grunnlag av åvl. § 88; altså blokkeringskrav. Vi har hatt en straffesak på lagmannsrettsnivå de siste årene Popcorn.time.no. Se tidligere omtale under norsk rettspraksis.

tilsi at krenkelsene er få. Det kan derfor være interessant å se på den strafferettslige siden av opphavsrettingrepene og saker rettet mot de egentlige krenkerne.

Undersøkelser fra Danmark, viser at problemet med ulovlig bruk av opphavsrettsbeskyttet innhold er enormt.²⁸⁹ I Sverige antas det at cirka 30 % av den svenske befolkning ser piratkopierte filmer.²⁹⁰ I en undersøkelse av den globale bruken av websider med piratkopiert innhold, foretatt av MUSO, konkluderes det med 300 milliarder besøk til nettsteder med piratkopiert innhold.²⁹¹ Bruken av piratkopierte filmer via websider går noe ned, mens bruk via mobiltelefoner øker. Samlet økte besøk på nettsider med piratkopiert innhold med 1,6 % fra 2016 til 2017. Omfanget av piratkopiering fra våre naboland og klare uttalelser fra organisasjonene tyder på at problemet fortsatt er stort.²⁹²

I følge opplysninger fra Kripos i Norge er det forholdsvis mange opphavsrettssaker som blir strafferettslig anmeldt, noe som tilsier at krenkelsene av rettigheter er mange.²⁹³ I følge tall fra Kripos ender 72 % av anmeldte saker om brudd på opphavsrett med henleggelse og oppklaringsprosenten for de resterende er svært lav. Dette kan tyde på at rettighetshavernes muligheter for håndheving av rettigheter i Norge er liten, ved at heller ikke det strafferettslige alternativet synes å fungere tilfredsstillende. Dette i sterk motsetning til både dansk og svensk rett, der man for tiden legger stor vekt på arbeidet med å styrke rettighetshavernes posisjon og forfølge opphavsrettskrenkelser strafferettslig.²⁹⁴ Særlig i Danmark har samarbeidet mellom rettighetsgrupperinger og Justitsministeriet medført et økt fokus på piratkopiering som et samfunnsproblem og ført til en rekke fellelser i straffesaker i immaterialrettssaker på Internett.²⁹⁵

²⁸⁹ I statistikkmateriale som RettighedsAlliancen har utarbeidet, fremgår det at dansker besøkte nettsted med ulovlig innhold 597 millioner ganger i løpet av 2017. Tallet er stigende i forhold til 2016. RettighedsAlliancen representerer 85000 rettighetshavere i Danmark og er en sammenslutning av 30 organisasjoner innen kreativ næring. Alliansens motto er at de skal få til avtaler med brukere i forhold til «follow the money»; altså at rettighetshavere som prinsipp skal ha en andel av inntektsstrømmer som bygges på rettighetsbasert innhold. Se Maria Fredrikson, Det årlige opphavsrettsseminaret, om «The Danish model, enforcement strategies», Sandefjord mars 2018.

²⁹⁰ SOU 2018:6 s. 128 (Bilag 1).

²⁹¹ MUSO's 2017 Annual Piracy Reports, se omtale <https://www.muso.com/magazine/global-piracy-increases-throughout-2017-muso-reveals/>.

²⁹² Det er ingen grunn til å tro at den ulovlige trafikken mot illegale nettsteder er vesentlig mindre i Norge enn i Danmark. I Telenor II-saken var det bare NOPA av rettighetsorganisasjonene som så seg i stand til å støtte enda en rettsak for å få blokkering mot Pirate Bay.

²⁹³ Statistikkmateriale mottatt fra Axel Wilhelm Due, Kommunikasjonsrådgiver i Kripos, januar 2018.

²⁹⁴ I dansk rett er det RettighedsAlliancens arbeid og det nære samarbeidet med Justitsministeriet som i størst grad viser den prioritet man gir opphavsretten. For Sverige, se SOU 2018:6 s. 7-8.

²⁹⁵ Det er ulike statlige instanser som inngår i samarbeidet: Patent- og Varemerkestyrelsen, Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet, SKAT, Kulturministeriet, Rigspolitiet, Lægemiddelstyrelsen,

Det lave antall blokkeringssaker for domstolen og lav oppklaringsprosent for anmeldte saker til Kripos kan tyde på at håndhevingsreglene av straffesakene ikke fungerer tilfredsstillende i Norge.

3.4 Gjennomføringen av Infosoc-direktivet i de skandinaviske land

Dersom det kan påvises at Danmark og Sverige har en måte å gjennomføre EU-retten på som gjør at formålet med Infosoc-direktivets art. 8.3, skjer raskere, enklere og billigere, kan det hevdes at de andre skandinaviske landene har en mer effektiv regulering og at det foreligger et effektivitetstap ved den norske gjennomføringen.

Analysene overfor viser at EUs direktivforpliktelser er implementert ulikt i de tre skandinaviske landene. Det i seg selv er ikke nødvendigvis kritikkverdig eller i strid med EU-retten. Det fremgår av direktivteksten og EU-rettslige grunnprinsipper, at medlemslandene kan velge *måten* å implementere et direktiv på, da forpliktelsen ligger i selve direktivmålsettingen.²⁹⁶ Dette gjelder også for EØS-landet Norge, særlig på grunnlag av homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen.²⁹⁷ Spørsmålet er hvilke konsekvenser ulikt beskyttelsesomfang og implementering av direktiver kan få for håndhevingens effektivitet.

For det første er det en forskjell mellom den norske og den danske reguleringen vedrørende omfanget av eneretten: I dansk rett stilles det krav til *lovlig kilde* for at unntaket til fri distribusjon av midlertidige eksemplarer skal kunne foretas.²⁹⁸ Vilkåret om lovlig kopieringsgrunnlag gjelder imidlertid *ikke* for midlertidige eksemplarer i åvl. § 4 i norsk rett.²⁹⁹ I dansk rett er kravet til lovlig kopieringsgrunnlag lagt inn som et grunnvilkår for alle «låne-reglene» i ophl. kap. 2.³⁰⁰ Ved at unntaket til opphavsretten innsnevres, utvides eneretten. Det får også en konsekvens for bevisstemaet ved krenkelsesvurderingen.

Forskjellene i regulering i norsk og dansk rett medfører at Internettaktørene i de to landene vurderes opp mot ulike hovedhandlinger; medvirkning til ulovlig overføring og medvirkning til ulovlig tilgjengeliggjøring og/eller eksemplarfremstilling av ulovlig utlagt materiale. Det

Fødevarerstyrelsen, Sikkerhedsstyrelsen, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Erhvervsstyrelsen, Eksportrådet og Landbrugs- og Fiskeristyrelsen er gått sammen i Ministeriernes Netværk mot IPR-krænkelser. På ministeriets nettside ligger det en lang liste over dommer innenfor feltet: <http://www.stoppiratkopiering.dk/cases.aspx>

²⁹⁶ Sejersted m. flere (2011), s. 51. Så sant direktivet gjennomføres slik at borgerne kan forutberegne sin rettsstilling.

²⁹⁷ EØS avtalens § 1, fortalens punkt 16. Se Sejersted m. flere (2011) s. 287.

²⁹⁸ LFF 2002-10-02 nr. 19 s. 10. Se også punkt 2.1.1 om Dansk lovgivning for ytterligere om dette.

²⁹⁹ Ot.prp.nr. 46 (2004–2005) s. 141: «Handlinger som ikke er opphavsrettslig relevante, for eksempel fremføring innenfor det private området, herunder nettleasing («browsing»), omfattes ikke av loven».

³⁰⁰ Jf. ophl. § 11, stk. 3, LFF 2002-10-02 nr. 19 s. 10 og Sandfeld Jacobsen og Petersen (2011), s. 155.

må antas at det er enklere å få gjennomslag for midlertidig forføyning og hindre uhjemlet distribusjon av åndsverk over Internett, enn medhold i at en tjeneste er medvirkningsansvarlig til en annens ulovlige tilgjengeliggjøringer. Poenget er at en slik endring vil kunne medføre en endring av det rettslige perspektivet i en sak.

Dessuten kan man hevde at den norske gjennomføringen av tilgjengeliggjøringsretten (Infosoc art. 3) i åvl. § 3 tredje ledd, vedrørende strømming fra ulovlig kilde, medfører vilkår for at strømmingen skal være ulovlig, som snevrer inn eneretten i større grad enn Infosoc-direktivet tilsier. Av Filmspeler-saken fremgikk at unntaket til opphavsretten i art. 5.1, tilsier at det må innfortolkes et vilkår om overføring fra lovlig kilde for at unntaket skal komme til anvendelse.³⁰¹ Bestemmelsen i den norske åvl. § 3 tredje ledd har som formål å tilrettelegge for at nettleasing og annen strømming kan foretas uten at det må foretas nøye undersøkelser av kilden for søket. Det er målet om informasjonstilgang og ytringsfrihet som angis som årsaker til regelen.³⁰² Etter presiseringen av retten i Filmspeler-dommen, kan man hevde at omfanget av overføringsretten og unntakene til den, forutsetter at det strømmes/browses fra lovlig kilde.³⁰³ Slik ordlyden i den norske strømmebestemmelsen er nå, stilles det vilkår for at strømming fra ulovlig kilde ikke skal være tillatt: Det må være «åpenbart i strid med ...loven», og bruken må være «egnet til å skade opphavers økonomiske interesser i vesentlig grad».³⁰⁴ Dette overstiger kravene i tretrinnssteden som dommerne henviste til i Filmspeler-saken, der det ble slått fast et objektive krav om lovlig kilde.³⁰⁵ Det kan derfor hevdes at den norske enerettsbestemmelsen er for snever og derfor ikke i samsvar med EU-retten. Dansk rett har med sitt krav til lovlig kopigrunnlag, en regulering som gjør at tilgjengeliggjøringsretten samsvar med EU-retten, og kan hevdes, utifra EUs effektivitetsprinsipp, å være mer effektiv enn den norske.

Den andre forskjellen er at i dansk og svensk rett stilles et objektive krav til medvirkning, ved at det er tilstrekkelig at en internettmellommann rent faktisk bidrar til eller krenker opphavsretten ved å gi sine kunder tilgang til FTP-servere der musikk er ulovlig utlagt.³⁰⁶ I

³⁰¹ C-527/15 (Filmspeler), premiss 72.

³⁰² Prop. L (2016-2017), s. 317.

³⁰³ C-527/15 (Filmspeler), premiss 72.

³⁰⁴ Bestemmelsen i åvl. § 3 tredje ledd lyder: «Det er ikke tillatt å strømme eller på annen måte bruke åndsverk som åpenbart i strid med denne loven er gjort tilgjengelig for allmennheten på Internett eller annet elektronisk kommunikasjonsnett når bruk fra den ulovlige kilden er egnet til å skade opphavers økonomiske interesser i vesentlig grad. Vederlag og erstatning etter § 81 kan bare ilegges ved forsettlig overtredelse av bestemmelsen i dette ledd».

³⁰⁵ C-527/15 (Filmspeler), premiss 72.

³⁰⁶ Sandeld Jacobsen (2011), s. 159 og den svenske avgjørelsen PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband).

svensk rett har man etter den siste B2 Bredband-avgjørelsen i 2017 slått fast et såkalt sivilrettslig medvirkningsansvar; uten krav om avtaleforhold eller skyldansvar for at Internettaktører skal kunne pålegges blokkeringsplikt og anses medvirkningsansvarlig.³⁰⁷ I norsk rett legger man til grunn et strafferettslig medvirkningsansvar, jf. strl. § 15. I Telenor I-saken ble det stilt krav til at det måtte foreligge årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen og til at medvirkningshandlingen etter en helhetsvurdering var å anse som rettsstridig, samt at skyldkravet måtte være oppfylt.³⁰⁸ Det virker heller ikke som om man har ønsket noen endringer av skyldkravet eller kravet om årsakssammenheng i norsk rett, ut ifra departementets uttalelser i forarbeidene til ny åndsverklov.³⁰⁹ Det kan derved slås fast at det skal mer til for å dømme medvirkningsansvar og krav om tiltak fra nettsted etter norsk rett enn etter dansk og svensk rett.

Den tredje forskjellen vedrører problemet knyttet til domenehopping. I Norge må det iverksettes nye søksmål hvis domfelte skifter domene for å unngå blokkering og kostnadene for rettighetshaverne øker ytterligere. I en dom fra Landsretten i Danmark, ga retten saksøker medhold i at dommen også skulle omfatte blokkering mot fremtidige domenenavn for samme nettsted.³¹⁰ Dette vil kunne både være tidsbesparende og spare sakskostnader på saken. I norsk rett var dette fremmet som forslag av rettighetshaverne i flere saker, men avslått.³¹¹ I forarbeidene til ny norsk åndsverklov påpekte departementet kjennskap til en intensjonsavtale mellom internettilbydere i Danmark om at også tilbydere som ikke er part i saken lojalt skal rette seg etter blokkeringsavgjørelser som omfatter andre tilbydere.³¹² Det ble likevel ikke lagt opp til endringer i de norske reglene.

Høyere aktivitet ved domstolene, enklere gjennomslag for blokkeringsavgjørelser og lavere krav for å innfri lovens vilkår kan tilsi at den norske reguleringen er mindre effektiv og ikke innfrir direktivforpliktelsen. Etter vår vurdering er norsk retts regulering av håndhevingsregler ved internettkrenkelses de minst effektive i Skandinavia – i norske rettighetshaveres disfavør.

³⁰⁷ PMÖD mål nr. PMT 11706-15 (B2 Bredband) s. 15.

³⁰⁸ RG 2010, s. 171 (Telenor I), s. 8 (lovdataversjon).

³⁰⁹ Prop. L (2016-2017), s. 276.

³¹⁰ Fredriksberg Landsret, 8. februar 2017. Tilsvarende var slutningen i en dom fra UK i mars 2017.

³¹¹ Blant annet TOSLO-2015-67093, s. 14.

³¹² Prop. 104 L (2016-2017) s. 302.

4. Avsluttende kommentarer

Analysene i denne artikkelen har søkt å avklare hvorvidt EU-rettens legislative forutsetninger for opphavsrett og håndheving av den, knyttet til noen konkrete bestemmelser, er gjennomført på en effektiv måte i norsk rett. Forholdet mellom høye kostnader og tidsbruk for å nå frem med blokkeringskrav og få saker for domstolen på den ene side og en antagelse om mange krenkelser på den annen, tyder på at håndhevingen av de norske reglene er lite effektive.

Ordningen i dansk rett, med krav om lovlig grunnlag også for midlertidige eksemplarer virker å være et mer effektivt system for å hindre spredning av ulovlig innhold via mellommenn. Etter B2 Bredband-avgjørelsen i Sverige ser det også ut til at det blitt enklere å nå frem med et medvirkningsansvar for internettleverandører. Et mer effektivt lovreguleringsiltak for styrking av håndhevingsreglene og rettighetshavernes rettsposisjon, kan dermed være innføring av krav om lovlig kopieringsgrunnlag for midlertidige eksemplarer,³¹³ en tydeliggjøring av et sivilrettslig medvirkningskrav og en innstramming av strømmebestemmelsen i åvl. § 3 tredje ledd. Slik vi ser det bør de norske reglene som regulerer krenkelser av opphavsrett på Internett endres. Det kan i hvert fall ikke utelukkes at det vakuum som synes foreligge med hensyn til saker for domstolene i norsk rett kan skyldes regelverket.

I tillegg kan man som i Danmark og Sverige styrke politiets mulighet for å følge opp opphavsrettssaker på Internett, slik at de i større grad kan forfølge saker på feltet. Slik vil regelverket styrkes og kanskje medføre at rettighetshaverne i større grad benytter det for å håndheve sine rettigheter. Først da vil loven representere et reelt vern for rettighetshaverne og være i samsvar med EUs forventning om bestemmelsenes virkning.

³¹³ C-527/15 (Filmspeler) premiss 72.