



4. Opphavsrett, håndheving og mangfold

Terje Gaustad og Irina Eidsvold-Tøien

Sammendrag Kapittelet analyser opphavsrettens betydning for mangfold i distribusjon og innhold. I en komparativ rettsøkonomisk analyse sammenlignes gjennomføringen av EUs Infosoc-direktiv i norsk, svensk og dansk rett. Funnene viser at variasjoner i gjennomføringen av direktivet har medført forskjeller i opphavsrettens effektivitet, og at norsk rett er den minst effektive. Effektivitetstap medfører reduserte inntekter for opphavere og utøvere, som igjen medfører et redusert mangfold i utbudet.

Nøkkelord opphavsrett | rettsøkonomi | transaksjonskostnader | håndheving | piratkopiering

Abstract This chapter investigates how copyright affects distribution and content diversity. A comparative institutional analysis identifies differences in the implementation of EU's Infosoc-directive into Norwegian, Swedish, and Danish law. Findings show that nuances in the implementations have created significant variance in copyright efficiency between the countries, and that Norwegian law is the least efficient. Inefficiencies reduce rights holders' revenues and content diversity.

Keywords copyright | law and economics | transaction costs | enforcement | piracy

Digitaliseringens teknokulturelle vilkår – fra fysisk produkt til datafil – har lagt til rette for en nærmest grenseløs distribusjon og formidling av åndsverk som film og musikk. I digital form distribueres verkene immaterielt, og tidligere analoge bremsere og flaskehalsar som transportkostnader og begrenset hylleplass og overføringsfrekvens har dermed forsvunnet. Mangfoldet av distribusjons- og formidlingskanaler har blitt større og legger til rette for et videre utbud; publikum har fått tilgang til et tilsynelatende uendelig repertoar. For innholdsprodusentene – skaperne og

utøverne – er det i utgangspunktet positivt at barrierene mellom dem og publikum har forvitret, men det skaper samtidig en vesentlig utfordring for beskyttelsen av verkene. Utfordringen ble spissformulert av Jack Valenti, tidligere leder for den amerikanske filmbransjens interesseorganisasjon Motion Picture Association of America, allerede i 2002: «If you cannot protect what you own, you don't own anything» (MPAA, 2002). Valentis påstand gjenspeiler opphavsrettens økonomiske begrunnelse knyttet til verkenes fellesgodeegenskaper (Landes og Posner, 1979; Towse, 1999): Dersom skapere ikke kan sette begrensninger på bruken av sine verk, kan de ikke kreve betaling, og da har de ingen effektiv økonomisk eiendomsrett til det de skaper. Paradokset som oppstår, at økt mangfold i distribusjons- og formidlingskanaler kan gi mindre nyskaping som følge av redusert inntjening, viser at ikke alt mangfold nødvendigvis er bra.

Når nyere digital teknologi har fjernet behovet for fysiske bærere og bidratt til at vi har fått rene immaterielle produkter i sluttmarkedene mot forbrukerne, blir beskyttelsen av verkene i enda større grad avhengig av lovverket og muligheter for å håndheve dette. Uten fysiske muligheter til å ekskludere brukere må rettighetshaverne nærmest utelukkende falle tilbake på institusjonelle verktøy – lovverket og håndhevelsen av dette – for å stenge ute brukere som ikke er villige til å betale for tilgang til film og musikk (Gaustad, 2002). Svikter da institusjonene, reduseres inntektsstrømmen til musikerne og filmskaperne, og dermed også muligheter for å investere i nye verk og leve av kulturproduksjon. Dette rammer skapere, utøvere og andre bransjeaktører som direkte eller indirekte har markedsinntekter, og virker derfor negativt på diversiteten langs den estetiske-ekspressiv dimensjonen som naturlig vil forplante seg over i distribusjons- og formidlingsdimensjonen.

Hvor store disse negative konsekvensene blir, avhenger ikke bare av institusjonene, men også av hvilken forretningsmodell man bruker, og det vil normalt være en sammenheng mellom institusjonenes innretning og valg av forretningsmodeller (Williamson, 2000). Teknologien har gjort det langt enklere å lage perfekte kopier av enkeltstående produkter som en film, e-bok, låt eller et album. Men selv med ny teknologi er det vanskelig å kopiere store, dynamiske samlinger av verk. Abonnementsbaserte strømmetjenester som tilbyr tilgang til store samlinger som kontinuerlig oppdateres med nytt innhold, er derfor langt mindre sårbare enn strømmetjenester som baserer seg på salg eller leie av enkeltstående verk. Dette kan bidra til å forklare hvorfor de abonnementsbaserte tjenestene har blitt dominerende, til tross for at skapere, utøvere og andre ofte tjener langt mindre på innholdet sitt her enn i tjenester som tilbyr salg og leie av enkeltstående verk (se f.eks. Gaustad et al., 2018; Aversa et al., 2019). Utfordringene for de abonnementsbaserte tjenestene ligger i liten grad i at kundene finner piratkopier av enkelte filmer eller

låter i tjenestens samlinger, men mer i konkurrerende tjenester som etablerer et tilsvarende tilbud uten samtykke og avtale med innholdsprodusentene. Derfor har både de lovlige tjenestene og rettighetshaverne vært opptatt av å stenge pirattjenestene ute av markedet ved å blokkere publikums tilgang gjennom internettleverandørene. Dette har resultert i såkalte blokkeringssaker hvor rettighetshavere ber domstolene pålegge internettleverandører å blokkere sine kunders tilgang til bestemte pirattjenester.

Gjennom digitaliseringen har altså mangfoldet på forskjellige måter blitt mer avhengig av effektive juridiske institusjoner som opprettholder en god balanse mellom skapernes og brukernes interesser. Langs distribusjons- og formidlingsdimensjonen innebærer dette også en balanse mellom lovlige og ulovlige tjenester, autorisert og uautorisert distribusjon. Åndsverk er beskyttet av opphavsretten, så i dette kapitlet lar vi åndsverksloven og håndhevelsen av denne stå i sentrum. Vi analyserer hvor effektivt norsk opphavsrett beskytter åndsverk gjennom blokkering av pirattjenester, altså tjenester som tilbyr innhold til sluttbrukere uten samtykke og avtale med innholdsleverandørene, og dermed hvordan lovverket på denne måten bidrar til både estetisk-ekspressiv og distribusjons- og formidlingsdiversitet. Siden absolutte mål for beskyttelse er vanskelige å etablere og vurdere, bruker vi en komparativ studie av norsk, svensk og dansk opphavsrett for å se hvor effektivt den norske beskytter i forhold til i våre naboland. De juridiske analysene (se også Eidsvold-Tøien og Viken, 2019) viser at sammenlignet med svensk og spesielt dansk lov legger den norske åndsverksloven terskelen høyt for rettighetshavere som ønsker å håndheve sine rettigheter på nettet. Den tipper dermed balansen mer i brukernes favor.

Videre i dette kapitlet diskuterer vi opphavsrettens mangfoldsfunksjon og presenterer vårt valg av teoretisk rammeverk for økonomiske analyser av opphavsretten. Vi gir så en kort oppsummering av hvilke mekanismer i det norske lovverket som gir de negative utslagene i forhold til svensk og dansk lovverk, og prosessene som førte til at vi endte opp med bestemmelser vesentlig forskjellig fra våre skandinaviske naboland til tross for et likt utgangspunkt i EUs Infosoc-direktiv. Vi diskuterer så hvilke konsekvenser dette har hatt for rettighetshaverne, i deres forsøk på å håndheve egne rettigheter, og hvilke følger dette har for mangfoldet i norsk film og musikk.

OPPHAVSRETTENS MANGFOLDSFUNKSJON

Opphavsrett som lovstruktur har til hensikt å gi kontroll over det som er skapt (åndsverket) og fremføres (utøverprestasjonen) til dem som utfører handlingene.

I åndsverklovens § 3 uttales at *eksemplarframstilling* og *tilgjengeliggjøring* av åndsverket («verket») utelukkende tilligger opphaver. *Eksemplarframstilling* betyr mangfoldiggjøring, men dekker også reproduksjoner som er nødvendige for at åndsverk skal distribueres digitalt, for eksempel over internett. *Tilgjengeliggjøring* er all formidling, som det at et dikt leses opp, når en konsert overføres på TV eller over internett, eller en film vises på kino. Handlingene beskrevet i loven er ment å dekke alt som skal til for at åndsverkene skal nå offentligheten. Bestemmelsen er ment å sikre at alle handlinger av økonomisk verdi eksklusivt tilkommer den som har skapt verket, fordi det er *rimelig*, og fordi det antas å være et *nødvendig incitament for å sikre merproduksjon*. Tilsvarende rettigheter gis i åndsverklovens § 16 til fordel for utøvende kunstnere, altså den som danser, synger, spiller eller på annen måte *fremfører åndsverket*.

Begrunnelsen for opphavsrett fremgår av formålsbestemmelsen i åndsverklovens § 1: «Formålet med loven er å ... gi rettigheter til de som skaper, fremfører eller investerer i åndsverk eller nærstående prestasjoner og arbeider, og slik også gi insentiv til kulturell produksjon.»

Så hva er så forholdet mellom reglene i åndsverkloven og målet om mangfold i innholdsproduksjon og fremføringer? Som det fremgikk av det foregående, forutsetter altså lovgiver at hvis opphavere og utøvende kunstnere gis enerett til handlingene beskrevet i loven, vil de motta inntekter fordi det er de *skapende selv* som gir tillatelse til tilgangen til prestasjonene. Tilgangen selges mot vederlag (betaling). Videre forutsettes at produksjonen av nye verk og fremføringer vil opprettholdes dersom aktørene mottar slikt vederlag. De gis en økonomisk motivasjon i tillegg til den kunstneriske, og vederlagene vil for mange bidra til at de i større grad kan leve av den kunstneriske virksomheten. En kan si at premisset om *rettigheter som insentiv for merskaping* tilsier at dersom betaling for bruken uteblir, vil merproduksjonen fra mange av kunstnerne stagge: de er avhengige av pengestrømmen for å lage nye verk og fremføringer. De som ikke mottar inntekter, eller mottar lite inntekter for bruk av sitt innhold, får ikke tilstrekkelig til merskaping, og bredden og mangfoldet i innholdsproduksjonen rammes.

ØKONOMISK ANALYSE AV OPPHAVSRETTE

Ved en rettsøkonomisk analyse kan vi vurdere effektiviteten av lover og av hvordan de blir håndhevet. Effektivitet, som evalueringskriterium, sier noe om i hvilken grad lov og håndhevelse bidrar til å oppnå lovgivers mål, og til hvilken kostnad. Effektive juridiske institusjoner oppnås ved å minimere direkte kostnader og feilkostnader (Posner, 1973). Feilkostnader refererer generelt til de sosiale kostnadene

som oppstår når det juridiske systemet mislykkes i å oppnå lovgivers mål. Dersom åndsverkloven i liten grad motiverer skapere til å lage nye verk, eller i liten grad motiverer til bruk av verk, er det feilkostnader, da insentiv for å *skape mer* og å *bruke dem* (jf. formålsparagrafen) er hovedmålsettingen med loven. Feilkostnadenes omfang vil være produktet av sannsynligheten for at en feil vil oppstå, og den sosiale kostnaden som påløper når en feil inntreffer. Direkte kostnader defineres som kostnadene ved å drive det juridiske maskineriet. Det omfatter blant annet kostnader til advokater, etterforskning, sakkyndige samt rettsgebyrer og avgifter.

Denne analytiske tilnærmingen er nær beslektet med nyinstitusjonell økonomisk analyse og transaksjonskostnadsteori (Williamson, 1996). Her defineres transaksjonskostnader generelt som kostnadene ved å drive et system (Arrow, 1969, s. 48), og i forhold til rettighetsøkonomi defineres de som kostnadene ved å etablere og opprettholde eiendomsrettigheter (Allen, 2000). Videre skiller det mellom analyser på institusjonelt nivå, hvor formelle regler etableres, og på et lavere nivå av styringsformer eller forretningsmodeller, hvor aktører velger og etablerer mest mulig effektive organisasjons- og kontraktsformer ut ifra de reglene som er lagt på det institusjonelle nivået (Williamson, 2000). Opphavsretten etableres på et institusjonelt nivå og påvirker hvordan rettighetshavere og rettighetsbrukere organiserer seg på styringsformnivå. Med effektiv beskyttelse og håndheving kan opphavsretten legge til rette for enkle og effektive transaksjoner mellom rettighetshavere og brukere. Uten effektiv beskyttelse og håndheving må derimot transaksjonspartene selv etablere kontrakts- og organisasjonsformer som kan gi dem tilstrekkelig beskyttelse mot opportunistisk adferd og uforutsette hendelser. Blir dette for ressurs- og kostnadskrevende, vil rettighetstransaksjonene stoppe opp, og det vil være et sterkt signal opp til det institusjonelle nivået om behov for bedre regler.

Både feilkostnader og direkte kostnader kan forstås som transaksjonskostnader. Når opphavsrettslige saker ikke blir behandlet i rettssystemet, kan det være et resultat av at de direkte kostnadene knyttet til etterforskning, advokater og domstol blir uoverkommelig høye i forhold til gevinsten rettighetshaver eller bruker kan forvente av en avgjørelse i sin favør. Kostnadene ved å drive det juridiske systemet, de direkte kostnadene, blir for høye. Føres ikke sakene for domstolen, påløper ikke disse direkte kostnadene, men i stedet får man to typer feilkostnader: 1) en mangel på avgjørelse og avklaring i den enkelte sak, og 2) ingen presedens blir etablert for situasjoner om ligner hver enkelt sak. Siden juridisk presedens har fellesgodeegenskaper – det kan benyttes av alle uten at nye kostnader påløper hver gang de blir påberopt – kan det ha betydelig sosial verdi (Landes og Posner, 1979). Begge elementer av feilkostnader, både de av privatgode- og de av fellesgodekarak-

ter, representerer transaksjonskostnader i form av tapte muligheter til å skape verdi. Skillet er imidlertid viktig for å kunne vurdere hvordan disse juridiske transaksjonskostnadene bør fordeles. Hvis de direkte kostnadene legges på den enkelte rettighetshaver eller rettighetsbruker, altså transaksjonspartnere, vil de normalt bare bli veid opp mot den første typen feilkostnader, de av privatgodekarakter. Løftes de derimot opp slik at de blir belastet sosiale grupper av rettighetshavere eller rettighetsbrukere, eller av samfunnet gjennom det offentlige rettssystemet, vil de veies opp mot begge typer feilkostnader.

KOMPARATIV SKANDINAVISK ANALYSE

Innenfor opphavsretten, som på andre lovområder, er det internasjonale lover som etablerer globale og transnasjonale standarder, med det formål å oppnå større grad av harmonisering på spesifikt valgte rettsområder. Da blir beskyttelsen av både skapersnes og brukernes interesser relativt lik på tvers av landegrensene. Likevel ser vi forskjeller fra land til land på grunn av nyanser i hvordan hvert land velger å gjennomføre internasjonal lov i eget lovverk. De globale standardene for hvordan opphavsretten skulle tilpasses digital teknologi, ble utarbeidet gjennom den internasjonale opphavsrettsorganisasjonen WIPO (World Intellectual Property Organization)¹ og videre innarbeidet i blant annet EUs Infosoc-direktiv. På bakgrunn av Norges forpliktelser gjennom EØS-avtalen ble dette så innarbeidet i norsk lov, slik Sverige og Danmark som EU-medlemmer innarbeidet det i sine nasjonale lover. Det er altså de samme målene og prinsippene, nedfelt i transnasjonale standarder konkretisert gjennom EU-retten, som ligger til grunn for norsk, svensk og dansk opphavsrett. Dermed kan vi vurdere institusjonell effektivitet i forhold til samme mål. Videre er sammenligninger mellom de tre skandinaviske landene naturlig på grunn av den nordiske rettsenheten som også tidligere har vært viktig på opphavsrettens område og i noen grad også i forhold til prosessuelle regler. Metodisk blir derfor sammenligninger mellom de skandinaviske landene en komparativ studie av mest like caser, en «most similar system» tilnærming (Andersen, 1997), hvor forskjeller i opphavsrettens effektivitet mellom de skandinaviske landene dermed i stor grad kan føres tilbake til nyanser i implementering og håndheving. Vi lar norsk opphavsrett stå i sentrum og bruker svensk og dansk rett som komparative caser.

Første steg i analysen er å identifisere forskjeller og nyanser i hvordan Infosoc-direktivet ble gjennomført i hvert av de tre skandinaviske landene, og på den

1 I WPPT- og WCT-traktatene.

måten beskrive forskjeller mellom de tre juridiske institusjonene. En viktig målsetting med EUs infoc-direktiv var å etablere et harmonisert nivå av opphavsrettslig beskyttelse (Infosocs fortale, pkt. 3, 4 og 6). Nivået vil være avhengig av i hvilken omfang rettighetshaver gis enerett, eller et monopol, i forhold til eget verk, og av hvordan denne eneretten kan håndheves. Forholdet mellom disse to faktorene kan forstås som multiplikativt, siden den ene ikke vil ha noen verdi i seg selv uten tilstedeværelse av den andre. Det følger av dette at for å oppnå direktivets mål om opphavsrettslig beskyttelse må det også være et visst nivå av mulighet for håndhevelse. Vi konsentrerer analysen om håndhevingsregler knyttet til overføring av innhold over internett, da dette følger direkte av ny digital teknologi, samtidig som brudd på disse reglene har blitt en av de viktigste opphavsrettslige krenkelsene. Rettspraksis viser at internettleverandører står sentralt som mellommenn i disse sakene. I fortalen til Infosoc-direktivet er de også utpekt som aktørene som i størst grad kan stanse krenkelser av opphavsrett over internett (Infosoc-direktivets fortale, pkt. 59). Regler for mellommenns medvirkningsansvar og i hvilken grad rettighetshavere kan nå frem med krav om blokkering av ulovlig innhold rettet mot internettleverandører, står derfor sentralt i vår analyse.

Neste steg i analysen er å studere indikatorer for transaksjonskostnader i form av både direkte kostnader og feilkostnader. For direkte kostnader identifiserer vi hvor mange prosesser som er nødvendige for å reise og føre en sak, hvor streng bevisbyrden er, uklarheter i lovbestemmelsene som vil medføre fortolkningskostnader, samt andre mål på ressursene som kreves for å håndheve rettigheter. For feilkostnader ser vi på grad av misforhold mellom antall politianmeldte saker, henleggelse og løste saker samt antall saker behandlet av domstolene.

Basert på funn avdekket gjennom disse to alternative fremgangsmåtene for stan-
sing av krenkelser på internett gjennomfører vi en komparativ transaksjonskost-
nadsanalyse og diskuterer implikasjoner for estetisk-ekspressivt mangfold og dis-
tribusjonsmangfold.

GJENNOMFØRINGEN AV INFOSOC-DIREKTIVET I DE SKANDINAVISKE LAND

Vår arbeidshypotese var at dersom vi kunne påvise at Danmark og Sverige hadde en måte å gjennomføre EU-retten på opphavsrettsområdet på som gjorde at for-
målet med reguleringen skjedde raskere, enklere og billigere, kunne det hevdes at
disse landene hadde en mer effektiv regulering, og at det forelå et effektivitetstap
ved den norske gjennomføringen.

Forutsetninger og metode. For å vurdere reglernes effektivitet så vi på de direkte kostnadene ved anleggelse av søksmål i blokkeringssaker i Norge, og i hvilken grad dette kunne påvirke den reelle muligheten for å få stanset opphavsrettskrenkelser på internett.² Vi antok blant annet at antall saker for domstolen, sett opp mot påståtte krenkelser og anmeldte forhold, ville kunne si noe om håndhevingens effektivitet. Vi sammenlignet også rettstilstanden i de skandinaviske landene og vurderte om ulik gjennomføring av bestemmelsene i Infosoc-direktivet (EU-rettens opphavsrettsdirektiv) var en sannsynlig årsak til ulik grad av effektivitet i norsk rett i forhold til den i Danmark og Sverige.

Som uttalt tidligere tok vi som utgangspunkt at kostnader ved å finne frem til bevis og presentere dem i en rettssak er transaksjonskostnader knyttet til prosessen (Eide og Stavang, 2008, s. 488). Videre at strenge beviskrav, saksøkers bevisbyrde, tidsbruk og uklar ordlyd i lovtekst kan føre til økte direkte kostnader og derved et mulig effektivitetstap ved oppfyllelse av formålet om å hindre krenkelser i opphavsretten.³

Mange operasjoner for å gå til sak. For å gå til blokkeringssak i Norge må rettighetshavere få tilgang til personopplysningene knyttet til IP-adressen (åvl. § 87 annet ledd). Nasjonal kommunikasjonsmyndighet må gi tillatelse til oppheving av taushetsplikten (ekomloven § 2-9) etter en avveining mellom allmenne interesser og en rimelighetsvurdering av konsekvensene for abonnenten. Dernest må et tilsvarende krav fremsettes overfor domstolen, som ikke behøver å følge kommunikasjonsmyndighetens vurdering (åvl. § 87 tredje ledd). Domstolen foretar en ny vurdering der abonnentens interesse i å holde IP-adresseidentiteten skjult, veies opp mot rettighetshavers interesser i å få tilgang til informasjonen. Først etter domstolens tilslutning kan det fremmes søksmål overfor en konkret person (eller et nettsted). Også ved et eventuelt strafferettslig søksmål må det gis tillatelse til «å låse opp» abonnementsopplysninger, men da er det offentlige myndigheter som bærer kostnadene, som altså er en samfunnskostnad.

Strengt beviskrav for krenkelse. I tillegg må rettighetshaverne kunne bevise at opphavsretten er krenket. 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 (§ 88 første ledd). I tillegg til at det ulovlige innholdet har et stort omfang i seg selv, må rettighetshavere dokumentere at det utgjør en vesentlig del av innholdet på nettstedet.⁴ Det må altså både fremleg-

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

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

4 Se Prop. 104 L (2016–2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven) s. 302, jf. Prop. 65 L (2102–2013) Endringer i åndsverkloven (tiltak mot krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett) s. 91.

ges dokumentasjon på lovlig og ulovlig innhold på nettstedet.⁵ Dokumentasjonskravet tilsier at rettighetshavere løpende må overvåke bruken av deres innhold, også før eventuelle krenkelsers skjer, for å kunne samle opp bevis for misbruk ved en eventuell retts sak. Dette krever ressurser som mange rettighetshavere ikke har.

Ordlyden i bestemmelsen viser også at beviskravet er meget strengt. Det er bare når det «åpenbart» foreligger krenkelse av opphavsrett eller andre rettigheter at blokkering eller annet tiltak kan idømmes. Med krav om sterk sannsynlighetsovervekt er beviskravet skjerpet sammenlignet med et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁶

Rettighetshavere må dermed foreta *tre trinn* ved domstolsbehandling av påståtte krenkelsers av opphavsrett over internett i Norge, og *beviskravene er strenge*.

Stor henleggelsesandel av straffesaker. Ifølge opplysninger fra Kripos i Norge er det forholdsvis mange opphavsrettssaker som blir anmeldt til politiet, noe som tilsier at det er et stort omfang av krenkelsene av rettigheter her i landet (Axel Wilhelm Due, Kripos, januar 2018). Ifølge tall fra Kripos ender 72 prosent av anmeldte saker om brudd på opphavsrett med henleggelse, og oppklaringsprosenten for de resterende sakene er svært lav. Dette kan tyde på at det strafferettslige alternativet ikke synes å fungere tilfredsstillende som mulig vei for å få stanset opphavsrettskrenkelsers for rettighetshavere i Norge.

Dette står 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 opphavsrettskrenkelsers strafferettslig.⁷ 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.⁸

Ulik regulering av opphavsretten. Analysene våre viste også at gjennomføringen av direktivforpliktelsen med hensyn til *omfanget av opphavsretten* var foretatt på ulik måte i de skandinaviske landene. Det i seg selv er ikke nødvendigvis kritikkverdigg eller i strid med EU-retten. Spørsmålet er hvilke konsekvenser ulikt

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

6 Prop. 65 L (2102–2013) s. 91.

7 I dansk rett er det RettighedsAlliansens arbeid og det nære samarbeidet med Justitsministeriet som i størst grad viser den prioriteten man gir opphavsretten.

8 Det er ulike statlige instanser som inngår i samarbeidet: Patent- og Varemærkestyrelsen, Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet, SKAT, Kulturministeriet, Rigspolitiet, Lægemedelstyrelsen, Fødevarestyrelsen, 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>.

beskyttelsesomfang og implementering av direktiver har for regulerings effektivitet.

For det første fant vi at det er en forskjell mellom den norske og den danske gjennomføringen med hensyn til *omfanget av opphavsretten*. Som uttalt innledningsvis vil man ved å ha forskjellig omfang på opphavsretten (eneretten) kunne få *ulik bevisføring* og forskjellige perspektiver for krenkelsesvurderingen. I dansk rett stilles det *krav til lovlig kilde* for at unntaket om rett til fri distribusjon av midlertidige eksemplarer for internettaktører skal kunne påberopes. Et *midlertidig eksemplar* skjer for eksempel der opphavsrettslig innhold blir overført via internett, og overføringen innebærer kortvarige lagringer av innholdet på vei til adressaten (browsing). I dansk rett fremgikk det at overføringen kunne skje uten at internettleverandøren kunne lastes, bare dersom innholdet var hentet fra en lovlig kilde. Senere dommer fra EU-retten viser at den danske gjennomføringen er i samsvar med EU-retten (C-527/15 (Filmspeler) premiss 72). Villkåret om lovlig kopieringsgrunnlag gjelder imidlertid ikke for midlertidige eksemplarer i norsk rett.

Dessuten fant vi at ordlyden i den norske enerettsbestemmelsen vedrørende strømming fra ulovlig kilde (Infosoc art. 3, jf. åvl. § 3 tredje ledd) medfører et tilleggsvilkår for at strømmingen skal være ulovlig i forhold til den tilsvarende danske bestemmelsen, som også snevrer inn eneretten i større grad enn det EU-direktivet tilsier. 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 begrunnelse for regelen.⁹

Vi slutter derfor (se også Eidsvold-Tøien og Viken, 2019) at det er grunnlag for å anta 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 samsvarer med EU-retten og kan hevdes, ut fra EUs effektivitetsprinsipp, å være mer effektiv enn den norske.

Ulike perspektiver ved vurderingen av krenkelsen. Forskjellene i regulering i norsk og dansk rett medfører også 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. Vi finner det sannsynlig at det er enklere å få gjennomslag for midlertidig forføyning (krav om stans av overføringen) og hindre uhjemlet distribusjon av åndsverk over internett, enn medhold i at en tjeneste er medvirkningsansvarlig til en annens ulovlige tilgjengeliggjøring. Forskjellen i regulering kan

9 Prop. 104 L (2016–2017) s. 317.

medføre en forskjell i det rettslige perspektivet i en sak, som kan gi en mulig tilleggsforklaring på at det er store forskjeller mellom antall saker for domstolene i dansk og norsk rett.

Ulike medvirkningskrav. Vi fant også en forskjell med hensyn til medvirkningskravet i de tre landene. I dansk og svensk rett stilles et objektivt 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 (Sandeld Jacobsen, 2011, s. 159).¹⁰ I 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.¹¹ 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.¹² Det skal derved mer til for å dømme for medvirkningsansvar og pålegge krav om tiltak fra nettsted etter norsk rett enn etter dansk og svensk rett.

Ulik praksis om dom for domenehopping. Den fjerde hovedforskjellen mellom norsk og øvrig skandinavisk rett 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 (Frederiksberg Landsret, 8. februar 2017).¹³ Dette vil kunne være både tidsbesparende og spare sakskostnader på saken. I norsk rett var dette fremmet som forslag av rettighetshaverne i flere saker, men avslått (blant annet TOSLO-2015-67093, s. 14).¹⁴ I forarbeidene til ny norsk åndsverklov påpekte departementet kjennskap til en intensjonsavtale mellom internettilbyderne i Danmark om at også tilbydere som ikke er part i saken, lojalt skal rette seg etter blokkeringsavgjørelser som omfatter andre tilbydere (Prop. 104 L (2016–2017) s. 302).¹⁵ Det ble likevel ikke lagt opp til endringer i de norske reglene.

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

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

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

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

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

15 Prop. 104 L (2016–2017) s. 302.

Høyere aktivitet ved domstolene, videre opphavsrett, enklere gjennomslag for blokkeringsavgjørelser og lavere krav for å innfri lovens vilkår kan tilsi at *den norske reguleringen er mindre effektiv*, og heller ikke i like stor grad som i dansk rett innfrir direktivforpliktelsen. Etter vår vurdering er norsk retts regulering av håndhevingsregler ved internettkrenkelses de minst effektive i Skandinavia – i norske rettighetshavers disfavør.

DISKUSJON OG AVSLUTTENDE ANALYSE

Vår komparative institusjonelle analyse indikerer at forskjellene mellom de skandinaviske landene i gjennomføring av EUs Infosoc-direktiv har medført betydelig variasjon i opphavsrettens effektivitet i blokkeringssaker. Ut fra et rettsøkonomisk effektivitetskriterium kommer den norske gjennomføringen dårligst ut. Spesielt fører mange operasjoner og strenge beviskrav til å drive de direkte kostnadene til et nivå som gjør det vanskelig for mange rettighetshavere å benytte regelverket for å håndheve rettighetene sine. Kostnadene ved å håndheve blir høyere enn gevinsten, spesielt når man justerer for risikoen ved ikke å vinne frem med kravene i saken. Når sakene ikke prøves på grunn av høye direkte kostnader, får vi i stedet feilkostnader i form av mangel på avklaring og presedens. Vi kan i hvert fall ikke utelukke at det vakuum som synes å foreligge med hensyn til opphavsrettssaker for domstolene i norsk rett, kan skyldes regelutformingen, og at den norske utformingen dermed bidrar til større feilkostnader og lavere effektivitet.

Feilkostnadene kan også reduseres ved å justere fordelingen av direkte kostnader mellom rettighetshavere og rettssystemet. Man kan for eksempel, 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 også rettighetshaverne i større grad benytter det for å håndheve sine rettigheter.

Som nevnt innledningsvis kan det fremstå som et paradoks at det å blokkere formidlingskanaler skal være et virkemiddel for økt mangfold siden blokkeringer i seg selv bidrar til å redusere distribusjons- og formidlingsdiversiteten. Men, for det første, tjenestene som blir blokkert, kopierer og formidler verk uten samtykke fra rettighetshaverne. Pirattjenestene skaper ikke inntekter for rettighetshaverne og bidrar derfor ikke til nyskaping blant rettighetshavere som er avhengige av markedsinntekter. Mindre nyskaping reduserer diversiteten langs den estetisk-ekspressive dimensjonen. For det andre konkurrerer pirattjenestene, uten rettighetskostnader, med de lovlige, altså de som har avtaler med rettighetshaverne. Konkurransen reduserer i seg selv fortjenesten i markedet (Porter, 2008) og hever

terskelen for etablering av nye lovlige tjenester. Det har en negativ effekt på distribusjons- og formidlingsdiversiteten. For det tredje bidrar pirattjenestene til å favorisere lovlige forretningsmodeller som gir mindre inntekter til rettighetshaverne (Aversa et al., 2019; Gaustad et al., 2018). Lavere fortjeneste og vridning av lovlige forretningsmodeller reduserer rettighetshavernes inntekter og dermed deres muligheter til å produsere nytt innhold, hvilket reduserer den estetisk-ekspressive diversiteten. Samlet sett er det derfor liten tvil om at publikums tilgang til pirattjenester har negative diversitetseffekter; noe som er i tråd med intensjonene bak Infosoc-direktivet å skulle forhindre. En effektiv gjennomføring av direktivet gir derfor samlet sett diversitetsgevinster.

Den norske gjennomføringen av Infosoc-direktivet med hensyn til disse bestemmelsene kan forstås som en feiltilpasning i forhold til intensjonene i direktivet. Feiltilpasningskostnadene blir i første omgang båret av norske rettighetshavere, men innebærer også sosiale kostnader i form av mindre diversitet langs både den estetiske-ekspressive dimensjonen og distribusjons- og formidlingsdimensjonen. Slik vi ser det, bør de norske reglene som regulerer krenkelser av opphavsrett på internett, derfor endres slik at loven gir et reelt vern for rettighetshaverne i samsvar med EUs forventning om bestemmelsenes virkning.

REFERANSER

- Allen, D.W. (2000) Transaction costs, i Bouckaart, B. og De Geest, G. (red.) *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham UK: Edward Elgar.
- Andersen, S.S. (1997) *Case-studier og generalisering: Forskningsstrategi og design*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Arrow, K. (1969) The organization of economic activity: Issues pertinent to the choice of market versus nonmarket allocation, i U.S. Joint Economic Committee, S.C., 1st Session. *The Analysis and Evaluation of Public Expenditure: The PPB System*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.
- Aversa, P., Hervas-Drane, A. og Evenou, M. (2019) Business model responses to digital piracy. *California Management Review*, 61, s. 30–58.
- Eidsvold-Tøien, I. og Viken, M. (2019) Hvor effektive er de norske opphavsrettslige håndhevsregler? *NIR: Nordiskt immateriellt rättsskydd*, 40, s. 318–356.
- Gaustad, T. (2002) The problem of excludability for media and entertainment products in new electronic market channels. *Electronic Markets*, 12, s. 248–251.
- Gaustad, T., Theie, M.G., Eidsvold-Tøien, I., Torp, Ø., Gran, A.-B. og Espelien, A. (2018) *Utredning av pengestrømmene i verdikjeden for norske filmer og serier*. Oslo: Menon Economics.
- Landes, W.M. og Posner, R.A. (1979) Adjudication as a private good. *Journal of Legal Studies*, 8, s. 235–284.
- MPAA. (2002) If you cannot protect what you own, you don't own anything! Jack Valenti press release 28 February 2002, Motion Picture Association of America.

- Porter, M.E. (2008) The five competitive forces that shape strategy. *Harvard Business Review*, 86, s. 78–93.
- Posner, R.A. (1973) Economic approach to legal procedure and judicial administration. *Journal of Legal Studies*, 2, s. 399–458.
- Sandfeld Jacobsen, S. og Petersen, C.S. (2011) Injunction against mere conduit of information protected by copyright – A Scandinavian Perspective, *NIR*, 2, s. 151–180.
- Towse, R. (1999) Copyright, risk and the artist: An economic approach to policy for artists. *International Journal of Cultural Policy*, 6, s. 91–107.
- Williamson, O.E. (1996) *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press.
- Williamson, O.E. (2000) The new institutional economics: Taking stock, looking ahead. *Journal of Economic Literature*, 38, s. 595–613.