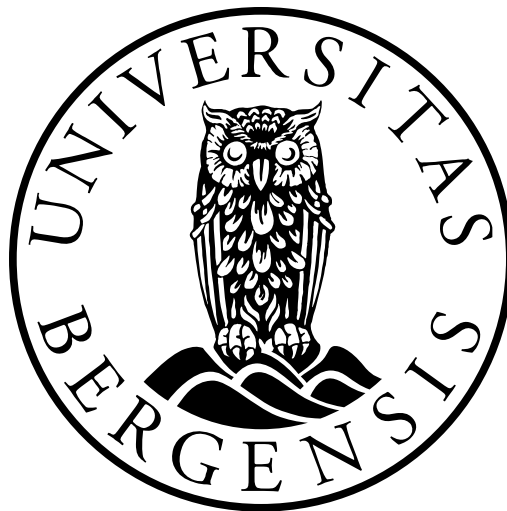


Delingstjenestetilbyders ansvar for brukernes urettmessige opplastninger

Kandidatnummer: 125

Antall ord: 14.267



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07.06.2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Problemstilling og tema.....	4
1.2	Historikk og aktualitet	4
1.3	Metode	6
1.4	Definisjoner	7
1.5	Noen avgrensinger og veien videre	8
2	Kort om opphavsretten	11
2.1	Opphavsrettens formål.....	11
2.2	Hvem er opphaver?.....	13
2.3	Hva er et åndsverk?	13
2.4	Opphavers eneretter	14
2.5	Konsekvenser av brudd på eneretten	15
3	InfoSoc-direktivet art. 3. (1) «communication to the public»	16
3.1	“Communication”	16
3.2	“Public”	17
3.3	Er delingstjenestetilbyderen “indispensable”?	19
3.4	InfoSoc-direktivets formål.....	21
3.5	Aktivitet	23
3.6	Forholdet til C-610/15 (Ziggo).....	26
4	DSM-direktivet.....	28
4.1	“Best efforts” - noen utgangspunkter.	29
4.2	Vilkårene for å unngå ansvar i DSM art. 17 (4)	30
4.2.1	Bokstav (a)	30
4.2.2	Bokstav (b)	31
5	Ansvarsfrihet	34
6	Konsekvenser og opplastningsfiltre	37
6.1	Opplastningsfiltre i møte med fundamentale rettigheter og opphavsrettslige unntak. 37	
6.2	Charterets art. 17 (2)- Retten til beskyttelse av sine immaterielle rettigheter.	39
6.3	Charterets art. 16- «Freedom to conduct a business».....	41
6.4	Charterets art. 8- Protection of personal data	42

6.5	Charterets art. 11- Freedom of expression and information	43
6.6	Unntakene for parodi, pastisj, karikatur, sitat, kritikk eller anmeldelse.	44
6.6.1	Quotation.....	44
6.6.2	Criticism and review	45
6.6.3	Karikatur, parodi og pastisj.	46
7	Avsluttende betraktninger	47
	Litteraturliste	48

1 Innledning

1.1 Problemstilling og tema

Tema for masteroppgaven er opplasting av åndsverk på delingstjenesteplattformer. Oppgavens problemstilling er om, og eventuelt i hvilken grad, delingstjenestetilbydere er ansvarlige for sine brukeres opplasting av åndsverk. I denne sammenheng drøftes også konsekvensene av en slik ansvarliggjøring.

Noen av spørsmålene som jeg vil se på i oppgaven er derfor hvorvidt en delingstjenestetilbyder må ansees for å gjøre et verk «tilgjengelig for allmenheten» etter åvl. § 3 (1) bokstav b). Videre vil jeg se på når en delingstjenestetilbyder ikke er ansvarlig etter DSM-direktivet Art. 17 (4), da direktivets hovedregel er at delingstjenestetilbydere er ansvarlige for brukernes opplastninger jfr. DSM-direktivet art. 17 (1). Jeg vil også se på reglene om ansvarsfrihet etter e-handelsdirektivet art. 14. Til sist vil jeg også drøfte konsekvenser av å ilegge delingstjenestetilbydere ansvar for brukernes opplastninger.

1.2 Historikk og aktualitet

Siden sent 90-tall har det vært politisk vilje og behov for å sikre opphavsrettighetene i møte med internett¹. Internett har over tid utviklet seg til å bli en brukersentrert tjeneste til forskjell fra tidligere distribusjonsnettverk. Dette fenomenet ser en karest ved delingstjenester som Youtube og Facebook, som primært baserer seg på brukernes opplastninger.

Når brukerne i større grad har frihet til å laste opp innhold til ulike tjenester på nettet vil det alltid være en risiko for at de ikke deler eget originalt innhold, men opphavsrettslig beskyttet materiale som de ikke har rettigheter til. Reglene for å søke erstatning fra brukeren har lenge vært på plass i InfoSoc-direktivet², men det er få eksempler på saker mot brukeren. Det er ulike årsaker til dette. For det første kan en peke på anonymitet på internett som et første hinder. Det er ikke alltid mulig å spore opplasteren av opphavsrettslig beskyttet materiale. For

¹ Se «Proposal for a EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL DIRECTIVE on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society», 10. desember 1997.

² Europaparlamentets og Rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. Mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet. Direktivet er også kjent som opphavsrettsdirektivet eller informasjonssamfunnsdirektivet.

det andre kan en se på erstatningsrettslige problemer. Tapene vil kunne være store for rettighetshaver, og det er en risiko for at en privatperson ikke vil ha økonomi til å erstatte tapet. I andre tilfeller kan det være at personen som står bak opplastningen ikke kan ansvarliggjøres etter erstatningsrettslige regler, for eksempel hvis det er tale om et barn som har lastet opp åndsverket. For det tredje har de nasjonale reglene³ for ulovlig deling vært noe uklare på enkelte punkter. Det kan føre til at et utstrakt brukeransvar føles urettferdig, og gjør det vanskelig å forutberegne sin rettsstilling.

Dette er også argumenter som taler for at en burde kunne få økonomisk kompensasjon fra delingstjenestetilbyderen. Delingstjenestetilbyderen er parten som har den største økonomiske gevinsten av at materiale lastes opp, enten gjennom betalende abonnementer eller gjennom reklame. Det er også hevdet at delingstjenestetilbyderne har en gunstigere posisjon enn andre tjenestetilbydere i lisensforhandlinger⁴.

I lys av disse hensynene⁵ har EU vedtatt å implementere DSM-direktivet⁶, som i stor grad ilegger delingstjenestetilbyderen ansvar. Direktivet skal være gjennomført innad i EU innen 7. juni 2021. I Norge er direktivet funnet EØS-relevant, men det har ikke en implementeringsdato per i dag⁷. Det gjør at Norge enn så lenge må forholde seg til reglene i åvl. og InfoSoc-direktivet, og mesteparten av drøftelsene i oppgaven foretas ut ifra disse kildene. I relasjon til de opphavsrettslige reglene i InfoSoc-direktivet er spørsmålet oppe til behandling for EU-domstolen i forente saker C-682/18 og C-683/18 (*Youtube/Cyando*), men i skrivende stund foreligger det kun en uttalelse fra generaladvokaten. I C-500/19 (*Puls 4 TV*) er et tilsvarende spørsmål også oppe for EU-domstolen, hvor spørsmålet for domstolen er om

³ Et eksempel her er tidligere norsk rettspraksis i Rt. 1953 s. 633 (Bedriftsmusikk) som skilte mellom offentlig og privat ut ifra de personlige båndene mellom personene. Dette skiller seg fra EU-retten, som ser annerledes på vilkåret om allmennhet, se **public**.

⁴ Stan Liebowitz, Economic Analysis of Safe Harbour Provisions (Prepared for CISAC February 27. 2018) på s. 20 flg.

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on 'Promoting a fair, efficient and competitive European copyright-based economy in the Digital Single Market' COM(2016) 592 final, Brussel, 14. september 2016, på s. 7. Se også forslaget til DSM direktivet på s. 3.

⁶ Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) (EU) 2019/790 av 17. april 2019 om opphavsrett og nærstående rettigheter i det digitale indre marked og om endring av direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF. Også kjent som digitalmarkedsdirektivet.

⁷ <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/des/dsm-direktivet/id2556742/> (06.06.2021)

en videodelingstjeneste faller inn under e-handelsdirektivets regler om ansvarsfrihet. Jeg vil også se på denne problemstillingen i kapittelet **Ansvarsfrihet**.

1.3 Metode

Her vil jeg se på enkelte metodiske problemstillinger. Oppgaven er rettsdogmatisk og formålet er å klargjøre delingstjenestetilbyders ansvar de lege lata.

Det rettslige utgangspunktet for drøftelsen er åndsverkloven, lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. Det finnes dessverre få rettskilder som omhandler de konkrete spørsmålene i norsk rett, og EU-retten vil derfor bli trukket inn ofte for å finne svar på spørsmålene og vil danne et utgangspunkt for flertallet av drøftelsene. Norge er bundet til EU-samarbeidet gjennom EØS-avtalen, og åvl. inkorporerer flere EU-direktiver slik som InfoSoc-direktivet⁸.

EU-domstolens praksis er en relevant og viktig rettskilde på grunn av homogenitetsmålsetningen i EØS-avtalens art. 1. bokstav e), presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonformfortolkning. EU-domstolens eldre avgjørelser er direkte bindende for Norge jfr. EØS-avtalen art. 6, men i prinsippet nyter ikke nyere avgjørelser den samme vekten. Det er i praksis ingen tegn til at norske domstoler tillegger nyere avgjørelser av EU-domstolen mindre vekt enn de som kom før EØS-avtalen.⁹ EU-domstolens avgjørelser vil derfor være en viktig rettskilde ved tolkingen av InfoSoc-direktivet og følgelig også åndsverkloven. Det finnes imidlertid få avgjørelser som direkte omtaler oppgavens problemstilling, og EU-domstolens praksis vil primært brukes for å tolke direktivene.

I deler av avhandlingen vil generaladvokatens uttalelser i forente saker C-682/18 og 683/18 (*Youtube/Cyando*) bli benyttet som en relevant rettskilde. Generaladvokatene er en del av EU-domstolen, men det en generaladvokat sier vil ikke nødvendigvis være et uttrykk for resultatet i saken. For å sitere Generaladvokat Léger:

*The Advocate General is impartial, independent, influential, yet at no point does the AG usurp the most fundamental judicial prerogative of deciding cases. No matter how eloquent, how persuasive an Opinion may be, it may be disregarded for, after all, Judges are grown-ups capable of making up their own minds.*¹⁰

Det er likevel slik at generaladvokatens uttalelse i en konkret sak kan påvirke domstolen i dens avgjørelse. Det har vært forsøkt å sette tall på hvor ofte domstolen følger generaladvokaten i ulike situasjoner, men uttalelsene må uansett kunne betegnes som å ha

⁸ Jfr. EØS-avtalens vedlegg XVII Opphavsrett.

⁹ Se HR-2016-2239-A, avsnitt 31.

¹⁰ Philippe Léger, 'Law in the European Union: The Role of the Advocate General' (2004) s. 8.

«some level of influence»¹¹. Generaladvokatens uttalelser er en relevant rettskilde fordi de kan gi en pekepinn på hvordan det konkrete rettsspørsmålet skal løses. Samtidig må en ha i mente at generaladvokatens uttalelser ikke er avgjørende i saken, og en bør derfor være tilbakeholden med hvilken vekt en tillegger uttalelsene generelt. I dette tilfellet er det hensiktsmessig å se til generaladvokatens uttalelser i forente saker C-682/18 og 683/18 (*Youtube/Cyando*) på grunn av manglende rettspraksis i relasjon til spørsmålet.

I lys av manglende autoritative kilder, slik som praksis fra EU-domstolen, vil jeg også bruke juridisk teori. Dette gjelder særlig for DSM-direktivet og opplastningsfiltre, men i mindre grad ved drøftelsen av delingstjenestetilbyders ansvar etter InfoSoc-direktivet.

Reelle hensyn vil også hyppig bli brukt i drøftelsen. Bernt¹² deler hensynene inn i tre grupper; Positiverte verdier, som relaterer seg til loven eller regelens formål, generelle rettslige verdier, slik som rettsikkerhet og til sist brede samfunnsmessige verdier, som sikter til verdier som er allment akseptert i samfunnet. I de ulike drøftelsene vil jeg gjøre bruk av reelle hensyn som kan knyttes til forskjellige verdigrupper. Særlig vil jeg gjøre bruk av positiverte verdier som gjenfinnes i rettsaktens formål, og mer generelle rettslige verdier, slik som konsekvens- og harmonihensyn.

1.4 Definisjoner

Avhandlingen vil gjennomgående bruke enkelte uttrykk som samlebegreper og det er derfor hensiktsmessig å definere disse i innledningen.

Delingstjenestetilbyder- En tjeneste som tilbyr brukerne en plattform hvor brukerne kan laste opp og dele opphavsrettslig beskyttet materiale med andre brukere. Eksempler på slike plattformer er Youtube, Facebook, Instagram, Tik Tok og liknende. Begrepet tar sikte på å være generelt og tar opp i seg ulikeartede plattformer. For det meste vil begrepet svare til DSM. Art. 2 (6) «online content sharing service provider» («OCSSP») og «information society service» («ISS»). Begrepet *delingstjenestetilbyder* er mer omfattende enn «OCSSP» samtidig snevrere enn «ISS».

En «OCSSP» må, ved siden av de kravene som stilles til en delingstjenestetilbyder, ha et «profit-making purpose[]», samt at begrepet «OCSSP» ikke vil omfatte «providers of

¹¹ Arrebola, Carlos og Mauricio, Ana Julia og Jiménez Portilla, Héctor, “An Econometric Analysis of the Influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union”. *Cambridge Journal of Comparative and International Law*, Vol. 5, No. 1 (2016). på s. 34, og Mańko, Rafał, *Role of Advocates General at the CJEU*, European Parliamentary Research Service, 2019 s. 2 for samme synspunkt.

¹² Bernt, Jan Fridthjof, Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkens muligheter, *Kritisk Juss* nr. 1 1995 s.10-37 på s. 29-30.

electronic communications services as defined in Directive (EU) 2018/1972, online marketplaces, business-to-business cloud services and cloud services that allow users to upload content for their own use» jfr. DSM-direktivet art. 2 (6).

En «ISS» omfatter «any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services» jfr. direktiv 2015/1535 art. 1 1. bokstav (b). «ISS» omfatter derfor de fleste internett tjenester så fremt de operer mot «remuneration».

Der distinksjonen trengs mellom en delingstjenestetilbyder, en ISS og en OCSSP vil dette bli gjort. Ellers benyttes begrepet *delingstjenestetilbyder* gjennomgående.

Opplastningsfilter- En programvare som skanner opplastet data før det publiseres og forhindrer publisering av ulovlig materiale gjennom å filtrere det bort. Opplastningsfilter er et samlebegrep på ulikeartet algoritmebasert programvare som har til formål å filtrere opplastninger. Dersom det er behov for å skille mellom ulike former for opplastningsfiltre, vil det gjøres i det konkrete eksempelet. Under beskrives den vanligste formen for filtrering.

*Fingerprinting*¹³- Et opplastningsfilter som benytter seg av en database. Rettighetshaver lagrer informasjon om sitt verk i databasen, og oppretter slik et fingeravtrykk. Når en bruker så laster opp innhold på siden vil opplastningen scannes og innholdet i filen sjekkes opp mot databasens innhold. Dersom opplastningen svarer til verkets «fingeravtrykk» i databasen, vil opplastningen filtreres vekk.

1.5 Noen avgrensinger og veien videre

På samme måte som brukerne, kan selve delingstjenesten laste opp innhold på sine sider ved sine egne kanaler. Det er da opplagt at tjenesten selv er ansvarlig innholdet som blir opplastet, og denne problemstillingen behandles derfor ikke utover de generelle reglene for inngrep.

Problemstillingen kan i første omgang minne om erstatningsrettslig identifikasjon, da det kan virke som om delingstjenestetilbyderen identifiseres med dens brukere, eller erstatningsrettslig medvirkning. Fokus i nyere rettspraksis er heller om

¹³ Evan Engstrom and Nick Feamster, *The Limits of Filtering: A look at the Functionality & Shortcomings of Content Detection Tools* (Mars 2017), på s. 13

delingstjenestetilbyderen selv griper inn i rettighetshavers eneretter¹⁴, og jeg velger også å fokusere i denne retningen. Det avgrenses derfor mot spørsmål som relaterer seg til erstatningsrettslig identifikasjon.

Til sist vil jeg ikke gå inn på en rekke problemstillinger som relaterer seg til personvern, GDPR og opplastningsfiltre.

Avhandlingen er delt inn i fem deler. Den første delen tar for seg de grunnleggende opphavsrettslige reglene og danner et utgangspunkt for drøftelsen. Del to tar for seg regler som kan gi delingstjenestetilbyderen ansvar etter åvl. smh. med InfoSoc-direktivet. Del 3 tar for seg reglene i det nye DSM-direktivet, og hvordan delingstjenestetilbyder kan unngå ansvar etter DSM art 17 (4). I del 4 vil det bli sett på konsekvenser av ansvar for delingstjenestetilbyderne i lys av menneskerettigheter og opphavsrettslige unntak. Del 4 har et særlig fokus på opplastningsfiltre som konsekvens av delingstjenestetilbyderne ilegges et generelt ansvar.

¹⁴ Rognstad s. 524.

2 Kort om opphavsretten

Reglene som omtales i avhandlingen vil for det meste være på opphavsrettens område, og særlig vil temaet være inngrep i opphavers enerett. Jeg vil derfor i dette kapittelet gå gjennom formålene bak opphavsretten, vilkårene for å oppnå opphavsrett og dermed bli opphaver, opphavers eneretter og ansvarsreglene som skal beskytte enerettene.

2.1 Opphavsrettens formål

Åndsverksloven har i likhet med andre norske lover en formålsparagraf. I åvl. § 1 bokstav a) står det at 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». Det er en sentral rettferdighetstanke å gi den som arbeider for noe belønning for sitt arbeid¹⁵. Dette må sees som en allmenn tanke i samfunnet, enten den kommer til uttrykk i avtalerettens prinsipp om balanse, eller slik den kommer til uttrykk i åvl. § 1. Belønning er sentralt i det moderne samfunnet fordi den skaper insentiver til arbeid, noe som også fremheves i § 1 bokstav a). Når arbeidstakeren har krav på lønn vil det insentivere til arbeid, og på samme måte gir lovnaden om rettigheter etter åndsverkloven oppfordring og insentiv til å utvikle åndsverk.

Dette er imidlertid kun et utgangspunkt som konstaterer at du har krav på en form for kompensasjon, men ikke hvilken type kompensasjon eller hvor mye kompensasjon du har krav på. Dette er, som Rognstad sier, «et hensiktsmessighetsspørsmål»¹⁶, hvor belønningstanken må veies opp mot andre hensyn.

Med sterke insentiver til kulturell produksjon, vil sannsynligvis også tilgangen på kulturelle verk være større. Å øke tilgangen på verk er en sentral begrunnelse for opphavsretten, da nytelsen av kulturelle verk er en viktig form for atspredelse. Videre er den kreativiteten som utøves i verkene ikke bare viktig for den videre utviklingene av andre kulturelle verk, men også for forskning eller design. Det er ikke sjelden at design og patentløsninger finnes i

¹⁵ Rognstad s. 35

¹⁶ Ibid.

fremtidsrettet kreativt materiale¹⁷, og som Freud merket seg innenfor psykologien:
«Everywhere I go I find a poet has been there before me»¹⁸.

Dersom rettighetene som tilbys opphaverne er for sterke, vil det på den andre siden fjerne insentivene for å utvikle nye verk. Eksempelvis vil det være negativt om en opphavers enerett til et verk er så sterk at den også omfatter alle verk innenfor samme sjanger. Mennesker har alltid latt seg inspirere av andre mennesker, og det samme gjelder innenfor opphavsretten. Om man gir de tidligere opphaverne svært sterke rettigheter, vil det øke kostnadene med å produsere nye verk innenfor samme område.¹⁹

I åvl. § 1 bokstav b) kommer denne avbalanseringen til uttrykk. En tar i loven sikte på å «avgrense rettighetene» slik at en får ivaretatt en «rimelig balanse mellom rettighetshavernes interesser på den ene siden og brukernes og allmennhetens interesser på den andre siden». Rettighetshavernes interesser er for det meste økonomiske, mens brukernes og allmenhetens interesser er i større grad blandet mellom ideelle og økonomiske. Svært viktig i denne balansegangen er yringsfriheten, slik som det også fremheves i loven.

Det finnes ikke noe klart svar på hvor balansepunktet ligger, og det er en av de moderne utfordringene i opphavsretten. Utfordringen tilspisses også når en trekker inn EU, da balansegangen skal være rimelig for 27 ulike stater og rettskulturer.

Avhandlingens drøftelser vil i stor grad være betinget av et norsk og nordisk syn på denne balansegangen, og de formål og hensyn som gjelder opphavsrett. På en ene siden må opphaver betinges rettigheter som sikrer han eller hun tilstrekkelig kompensasjon for sitt arbeid, og disse rettighetene må så beskyttes fra inngrep på en adekvat måte. På den andre siden må ikke brukerne og allmenhetens rett til utnyttelse og tilgang på disse verkene innskrenkes i for stor grad.

Vekten av de ulike hensyn og formål har beveget seg frem og tilbake gjennom historien, men i dag er det en tendens til skepsis mot opphavsretten i lys av internett²⁰. Dette gjør at brukerne og allmenhetens rettigheter har fått mer vekt i de senere årene. Det påvirker hvordan en skal

¹⁷ For eksempler se: (4) [Design is \[Sci-Fi\] – How Design in Sci-Fi and the Real World Influence Each Other - YouTube](#) (22.05.2021) Se særlig fra 11.15-15.00

¹⁸ Sitat fra Freud museet i Wien jfr. <https://quotecatalog.com/quote/sigmund-freud-everywhere-i-go-LaDLZga> (22.05.2021)

¹⁹ Rognstad s. 27 med utdrag fra Landes/Posner

²⁰ Rognstad s. 37 med videre henvisninger.

vekte opphavers rett på kompensasjon i møte med delingstjenestetilbyder, da ansvar hos delingstjenestetilbyderen kan lede til strammere kontroll med brukernes opplastninger, og kan ha en uønsket negativ effekt på brukernes tilgang på verk.

2.2 Hvem er opphaver?

Åvl. § 2 (1) slår fast at «den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket, og betegnes som opphaver». Dermed er skaperen av verket, opphaver. Opphaver kan selge sine økonomiske rettigheter til verket, slik at det som ofte beskyttes av de opphavsrettslige reglene omtales som rettighetshavernes rettigheter. Jeg vil benytte begrepene opphaver og rettighetshaver om hverandre.

2.3 Hva er et åndsverk?

Et «åndsverk» er i åvl. § 2 (2) beskrevet som de «litterære eller kunstneriske verk av enhver art» som er «uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsett». Siden «åndsverk» er «litterære eller kunstneriske verk av *enhver art*» (min uthevning), er det ikke i utgangspunktet noen formkrav eller begrensninger med hensyn til verkets art, karakter eller lignende. Det kreves imidlertid at verket er noe håndfast og ikke kun er en abstrakt og bakenforliggende idé²¹. Når verket må være «uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsett», stiller loven opp et krav til verkshøyde.

Opphavsretten er også en del av det EØS-rettslige samarbeidet blant annet ved InfoSoc-direktivet. EU-domstolen har lagt til grunn at det gjelder et originalitetskrav for å få vern etter InfoSoc-direktivet jfr. C-5/08 (*Infopaq-saken*) premiss 45. Originalitetskravet svarer i stor grad til det norske kravet om verkshøyde, og det er verkshøydekravet som forklares i det følgende. Forskjeller mellom ulike verkstyper vil ikke drøftes i denne avhandlingen. Jeg påpeker bare at det i prinsippet ikke skal være en forskjell i selve terskelen²², men at det vil være forskjeller mellom hvor lett de ulike verkstyper når opp til terskelen.

Spørsmålet om verkshøyde var oppe i Rt. 2007 s. 1329 (*Huldra*). Dommen handler om et kort scenestykke hvor en hulder gjør noen dansetrinn ved en foss, og spørsmålet var om et så kort

²¹ Rognstad på s. 93

²² Se Rt. 2007 s. 1329 (*Huldra*)

og enkelt stykke oppfylte kravet til verkshøyde. I dommen, avsnitt 44, beskrives kravet til verkshøyde som et krav til at verket har kommet til ved en «individuell skapende innsats» og at det «fremstår som originalt». Domstolen uttrykker også, i avsnitt 45, at en ikke kun kan se på helheten på stykket eller på stykkets enkelte deler, men at begge deler spiller inn på om det fremstår som noe «originalt» skapt av en «individuell [...] innsats». De samme vilkårene kommer også til uttrykk i annen norsk rettspraksis om verkshøyde.²³

For min problemstilling er særlig audiovisuelle verk, musikk, bilder²⁴ og tekst aktuelle verkstyper. Et audiovisuelt verk som en video eller dataspill vil kunne inneholde andre verkstyper, slik som bilder, tekstutdrag og musikk, samt klipp av andre videoer. Normalt vil alle disse verkstypene oppfylle kravet til verkshøyde, i lys av de store valgmulighetene som er tilstede.²⁵

2.4 Opphavers eneretter

Den som skaper et åndsverk får enerett til verket. Enerettighetene beskrives i åvl. § 3. Etter åvl. § 3 bokstav a) gis opphaver en rett til å «fremstille [...] eksemplarer av åndsverket». Eksemplarets format kan være «midlertidig eller varig», og er ikke begrenset av format. For denne fremstillingen er særlig åvl. § 3 bokstav b) relevant. Her gis opphaver en enerett til å «gjøre verket tilgjengelig for allmenheten». Åvl. § 3 (1) bokstav b) gjennomfører InfoSoc-direktivets art. 3 i norsk rett, noe som gjør at all praksis fra EU-domstolen i relasjon til direktivets art. 3 er relevante tolkningsfaktorer.

Åvl. § 3 (2) bokstav d) svarer til InfoSoc-direktivets art. 3 (1), og sier at rettighetshaverens enerett til å gjøre materiale «tilgjengelig for allmennheten» etter åvl. § 3 (1) bokstav b) også omfatter at «verket overføres til allmennheten, i tråd eller trådløst, herunder når verket kringkastes eller stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket».

²³ Se HR-2017-2165-A (Il Tempo Gigante), Rt. 2012 s. 1062 (Tripp Trapp), Rt. 1997 s. 199 (Cirrus), Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord).

²⁴ Bilder vil omtales som verk generelt sett i avhandlingen, men det er klart at de også faller inn under den tilgrensende rettigheten i åvl. § 23

²⁵ C-145/10 (Painer) avsnitt 89

Denne beskrivelsen svarer for det meste til hvordan innhold blir gjort tilgjengelig på nettet. Innhold på nettet blir normalt overført «trådløst» og det «stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket».

2.5 Konsekvenser av brudd på eneretten

Utgangspunktet er med dette at den som har eneretten til et «åndsverk» jfr. åvl. § 2, har en enerett til å også legge dette verket ut på internett gjennom en delingstjenestetilbyder. Dersom et verk blir lagt ut uten opphavers samtykke, så utgjør dette et brudd på den eneretten opphaver har etter åvl. § 3 (1) bokstav b) sammenholdt med § 3 (2) bokstav d), og InfoSoc-direktivets art. 3.

Konsekvensen av et inngrep i eneretten er i flg. åvl. § 81 at rettighetshaveren har krav på «vederlag og erstatning». I åvl. § 81 (1) er det tre ulike alternativer som kan benyttes av rettighetshaver. Bokstav a) gir rett til «rimelig vederlag» og erstatning for skade av bruken, bokstav b) gir en mer generell rett til erstatning og bokstav c) gir vederlag som tilsvarer vinningen. Alternativet som skal velges er det som er «gunstigst for den forurettede». Åvl. § 81 er en implementering som er påkrevd av InfoSoc-direktivets art. 8 (1) og (2).

Den som blir økonomisk ansvarlig er da normalt opplasteren, da dette er en som klart har brutt med eneretten til opphaveren. Det er imidlertid slik at det ikke alltid er mulig å få bekreftet hvem det er som er opplaster, på grunn av anonymitet på nettet. I andre tilfeller kan opplasteren være et barn som ikke kan holdes direkte ansvarlig, eller en person som ikke er søkegod for det aktuelle beløpet. Disse praktiske problemstillingene har ledet til at en ønsker å gjøre delingstjenestetilbyderen ansvarlig for opplastningene, da det er disse tjenestene som tjener mest på opphaverens arbeid. Dette argumentet er kjent som «value gap»-argumentet

I hvilken grad delingstjenestetilbyderne kan holdes ansvarlig drøftes i det følgende.

3 InfoSoc-direktivet art. 3. (1) «communication to the public»

I dette kapittelet skal jeg se nærmere på vilkårene for ansvar i InfoSoc-direktivets art. 3 (1) og drøfte hvorvidt disse vilkårene kan gi delingstjenestetilbydere ansvar for brukernes opplastninger.

Begrepet «communication to the public» oppstiller etter sin ordlyd to vilkår. For det første må det ha skjedd en kommunikasjons handling. For det andre må denne handlingen ha vært utført overfor en allmennhet.

3.1 “Communication”

En «communication», eller kommunikasjons handling, sikter til den konkrete tilgjengeliggjøringen av innholdet, enten dette er ved direkte formidling eller om det er ved en tilgjengeliggjøring som gir brukerne tilgang til innholdet når brukerne selv ønsker. EU-domstolen har lagt til grunn en vid tolkning av begrepet for å verne opphavers interesser.²⁶

I vurderingen av om det har skjedd en kommunikasjons handling er det av EU-domstolen oppstilt en rekke vilkår som må være oppfylt utover at det er en kommunikasjon. For det første må den kommuniserende parten ha kunnskap om konsekvensene av tilgjengeliggjøringen.²⁷ I sak C-160/15 (*GS-Media*) har domstolen økt kunnskapskravet til å også omfatte situasjoner der kommunikatoren *burde* visst at innholdet han formidlet var ulovlig²⁸. Dette er en lav terskel, da de fleste opplastere bør vite om det er deres eget originale innhold, om de har lisens til bruk av innholdet, om verket er falt i det fri eller om det er ulovlig tilgjengeliggjøring. Derfor vil normalt enhver urettmessig opplastning av innhold på nettet utgjøre en kommunikasjons handling fra brukeren etter InfoSoc-direktivet art. 3. Dette innså også retten i C-160/15 (*GS-Media*), og den oppstilte da to presumsjoner. Først

²⁶ Se bl.a. C-466/12 (Svensson) avsnitt 17 og C-610/15 (Ziggo) avsnitt 22. For norsk rett se HR-2018-2268-A (RiksTV) avsnitt 41 og 42.

²⁷ Se bl.a. C-392/19 (VG Bildkunst) avsnitt 30 og C-306/05 (Rafael Hoteles) avsnitt 42.

²⁸ Dommens avsnitt 49.

presumeres det at den som deler informasjon med et profittformål har kunnskap.²⁹ Deretter presumeres det at den som ikke har et slikt profittformål ikke har en slik kunnskap³⁰.

For det andre er det ikke irrelevant om det er et profittformål bak kommunikasjonshandlingen³¹. For delingstjenestetilbydere er vil dette formålet normalt være oppfylt, da de fleste slike tjenester livnærer seg på reklame eller abonnementer. Det betyr samtidig at det skal mer til for at gratistjenester som Wikipedia gjør kommunikasjonshandlinger.

At en kommunikasjonshandling fra en bruker kan gjøre brukeren ansvarlig for selve kommunikasjonshandlingen er ikke kontroversielt, da dette må sies å ligge i kjernen av InfoSoc art 3 (1). Det er derimot mindre opplagt om den samme kommunikasjonen samtidig skal være en kommunikasjonshandling fra en delingstjenestetilbyders side. Problemstillingen er for tiden oppe for EU-domstolen i forente saker C-682/18 og C-683/18 (*Youtube/Cyando*), som behandles under.

3.2 “Public”

Allmenhet («public») er et negativt avgrenset begrep, hvor det omfatter alle grupperinger over en viss størrelse³². I EU-domstolens praksis har en lagt til grunn at «allmennheten» sikter til en «indeterminate number of potential recipients»³³. Denne definisjonen gjør at en avgrenset gruppe av personer ikke omfattes av kriteriet «allmennhet». EU-domstolen har videre støttet opp om en slik tolkning når de peker på at begrepet sikter til «persons in general», eller til «alle», og at dette ikke er begrenset til «specific individuals belonging to a private group»³⁴.

EU-domstolen har ikke lagt ytterligere føringer for hvor mange mennesker som må være inkludert i en gruppe for at den skal kunne utgjøre en allmenhet, og har nøydt seg med å

²⁹ Dommens avsnitt 51.

³⁰ Dommens avsnitt 47.

³¹ Se bl.a. C-160/15 (GS Media) avsnitt 38, C-135/10 (SCF) avsnitt 88 og forente saker C-403/08 og C-429/08 (Premier League) avsnitt 204.

³² C-160/15 (GS-Media) avsnitt. 36 «fairly large number of people» sammenholdt med vilkåret om en «de minimis threshold» se avsnitt 43.

³³ C-392/19 (VG Bild Kunst) i avsnitt 31. Det samme uttrykkes også i C-89/04 (Mediakabel) avsnitt 30, C-306/05 (Rafael Hoteles) avsnitt 37, C-117/15 (Reha Training) avsnitt 41, C-160/15 (GS Media) avsnitt 36 og C-466/12 (Svensson) avsnitt 21.

³⁴ C-117/15 (Reha Training) avsnitt 42.

konstatere at det må være snakk om «a fairly large number of persons»³⁵. Domstolen uttrykker også at begrepet «allmenhet» legger opp til en «de minimis threshold», som ekskluderer de minste eller ubetydelige grupperingene³⁶.

Normalt så vil opplastninger på nettet være åpent for «alle» som benytter seg av siden, og vilkåret vil derfor vanligvis være oppfylt. Det er likevel enkelte særlige tilfeller hvor innholdet som lastes opp ikke er delt med mer enn en mindre gruppe. Dersom gruppen er avgrenset til bestemte personer, og det ikke er snakk om et større antall personer, vil dette måtte ligge utenfor begrepet «allmenhet» etter InfoSoc-direktivet art. 3 (1). En må likevel se på det kumulative antallet personer som har fått tilgang til verket på denne måten.³⁷

I rettspraksis har en også lagt til grunn at det er et krav om at publiseringen må skje overfor en «ny allmenhet» («new public»). En «ny allmennhet» er en allmennhet som den opprinnelige kommunikasjonshandlingen ikke var rettet mot. Kriteriet kommer til uttrykk først i C-306/05 (*Rafael Hoteles*). Dommen gjaldt utplassering av TV-apparater på hotellrom. Hotellet sørget for at de aktuelle tv-apparatene også fikk inn lokale TV-signaler. Retten kom her til at det var tale om en «ny-allmennhet» da tv-selskapene kun hadde tatt hensyn til de personene som bodde i regionen, og ikke de tilreisende som måtte befinne seg på et hotell. I C-466/12 (*Svensson*) har en skilt mellom betalende kunder som fikk tilgang til artikler som lå bak en betalingsmur, dvs. en teknisk sperre som kun løftes for betalende kunder, og brukere som fikk tilgang via lenking uten å måtte betale for innholdet. Brukerne som fikk tilgang ved lenkingen var ikke en del av den tiltenkte allmennheten, og måtte derfor betegnes som en «ny allmennhet». Kriteriet har fått tilslutning i flere avgjørelser³⁸.

En følge av kriteriet om en «ny allmennhet» er at opphaver mister sin enerett til overføring til allmennheten til alt innhold som fritt blir lagt ut av opphaver på nettet, fordi det da vil være tilgjengelig for «alle», og det vil vanskelig finnes en «ny» allmennhet. Dersom innholdet imidlertid ligger bak en betalingsmur, slik som i C-466/12 (*Svensson*), vil en kommunikasjon

³⁵ Ibid. avsnitt 41.

³⁶ Ibid. avsnitt 43.

³⁷ C-135/10 (SCF) avsnitt 87, C-306/05 (*Rafael Hoteles*) avsnitt 39.

³⁸ C-160/15 (GS-Media), C-135/10 (SCF), C-392/19 (VG Bildkunst), C-136/09 (Organismos), C-162/10 (PPL), forente saker C-403/08 og C-429/08 (Premier League), C-351/12 (OSA) og C-117/15 (Reha Training). For norsk rett se HR-2018-2268-A (RiksTV).

i form av tilgang til innholdet for en «ny allmenhet» være et brudd på opphavers enerett til å tilgjengeliggjøre innholdet for allmenheten.

Dersom tilgjengeliggjøringen ikke har skjedd til en «ny allmennhet» så må den være gjort ved hjelp av «specific technical means, different from those previously used»³⁹. «[S]pecific technical means» er en svært grovkornet standard, hvor internett som helhet utgjør ett «specific technical mean[]»⁴⁰. Det at denne standarden er svært grovkornet vil hurtig gjøre at den blir mindre relevant for annenhåndso pplastninger på nettet, da flere og flere verk i dag blir publisert på internett først. Det er også gode grunner for at vilkåret ikke burde gjelde for delingstjenestetilbydere. Som det skal drøftes under, er det usikkert om en kan karakterisere delingstjenestetilbyderne som en *aktiv part* i kommunikasjonshandlingen. Når delingstjenestetilbyderen ikke velger budskap eller publiseringsmåte, vil det være urimelig å holde de ansvarlig for hvilken publiseringsmåte som er valgt.

3.3 Er delingstjenestetilbyderen “indispensable”?

Mange ulike parter er involvert i å tilgjengeliggjøre et budskap, og det ville være urimelig om alle disse partene skulle heftet økonomisk for en ulovlig opplastning. Dette har gjort at EU-domstolen blant annet i sak C-117/15 (*Reha Training*) har stilt som krav at kommunikatoren må være den som har spilt en «indispensable role»⁴¹. Spørsmålet som skal besvares i det følgende er om delingstjenestetilbydere er «indispensable» i brukernes kommunikasjonshandlinger, og derfor selv utfører en slik kommunikasjonshandling.

Med ordlyden «indispensable role» sikter EU-domstolen til at denne parten er absolutt nødvendig for å formidle budskapet. De fleste ledd i en formidlingsprosess er nødvendige for at budskapet skal nå ut, men det vil føre for langt å ilegge alle leddene et økonomisk ansvar for handlinger som er bestemt av andre ledd i kommunikasjonsprosessen. Dersom et TV-program inneholder et lydklipp som det ikke er gitt lisens til bruk av, vil det føre for langt å legge et økonomisk ansvar på produksjonsselskap, lydteknisk selskap, satellitt-tilbydere, kabeltilbydere og alle de øvrige leddene som ligger mellom studio og sluttbrukeren. En kan argumentere for at alle disse leddene utgjør en «indispensable role» for at budskapet skal gå

³⁹ C-610/15 (Ziggo) avsnitt 28.

⁴⁰ C-160/15 (GS-Media) avsnitt 42

⁴¹ C-117/15 (Reha Training) avsnitt 46. Se også C-610/15 (Ziggo), C-135/10 (SCF), C-306/05 (Rafael Hoteles).

fra studio og frem til sluttbrukeren, men det er lite mellomleddene kan gjøre for beskytte seg fra å overføre et ulovlig signal. På grunn av dette sier punkt 27 i fortalet til InfoSoc-direktivet at «[t]he mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Directive».

Unntaket for de leddene i kommunikasjonshandlingen som kun stiller sine fysiske fasiliteter til rådighet for kommunikasjonshandlingen gjelder nok der det er tale om enkle fysiske fasiliteter, slik som en tilbyder av fibernett. Det er imidlertid uklart om det gjelder der fasilitetene er mer digitale enn fysiske. Det er også uklart hvor avanserte fasilitetene kan være, da den engelske ordlyden «mere» gir rom for tolkning. De fleste nettstedet er i dag en blanding av fysiske fasiliteter og digitale fasiliteter. Fysisk bidrar de med en server som har prosesskapasitet og lagringskapasitet. Digitalt bidrar de med et digitalt grensesnitt, programvare som optimerer brukeropplevelsen, og som forenkler kommunikasjonsprosessen. Når det er snakk om større selskaper som Youtube, og dets moderselskap Google, vil både de digitale og de fysiske fasilitetene være samlet på en hånd⁴², mens i andre tilfeller kan serverne være leiet, og tjenesten bidrar da kun med et digitalt grensesnitt og annen programvare direkte.

Det er gode grunner til at fasiliteter som stiller lagringsplass i «skyen» til rådighet for en bruker faller inn under unntaket i fortalets punkt 27. Dette er en tydelig fysisk fasilitet som utfører en primær oppgave i form av mottakelse og distribusjon av innholdet. Et vanskeligere spørsmål er om de rent digitale tjenestene også bør falle inn under unntaket i fortalets punkt 27.

Innholdet i fortalets punkt 27 må bero på en tolkning. Fortalet er normalt en tolkningskilde til selve direktivet, og som oftest vil den bidra med å klargjøre de formål og hensyn som ligger bak reglene i direktivet⁴³. Av den grunn er det større grunn til å legge vekt på formålet med unntaket enn detaljene i ordlyden. Ordlyden er i seg selv klar på at den kun tar sikte på «physical facilities». Den sier imidlertid ingenting om at selve fasiliteten må være enkel, da «mere» her sikter til bare⁴⁴. Dermed er ikke de mer avanserte fasiliteter og løsninger utelukket fra unntaket.

⁴² <https://www.geeksforgeeks.org/how-does-youtube-store-and-analyze-such-huge-amount-of-data/> (17.05.2021)

⁴³ Fredriksen og Mathisen EØS-rett 2. utg. på s. 228.

⁴⁴ Generaladvokatens uttalelse i C-682/18 og C-683/18 i avsnitt 82

3.4 InfoSoc-direktivets formål

Spørsmålet er da om det er forenlig med direktivets formål at digitale fasiliteter holdes utenfor unntaket i fortalens punkt 27.

Infosoc-direktivet har som formål å etablere et «general and flexible legal framework» for å utvikle opphavsretten i møte med «information society» jfr. fortalens pkt. 2 sammenholdt med direktivets art. 1. EU-lovgiver sier i fortalens punkt 5 at det ikke var et konkret behov for endring av de opphavsrettslige reglene, men at reglene trengte å bli tilpasset de nye utnyttelsesformene som en oppdaget i møtet med internett.

Et «flexible legal framework» i relasjon til internett bør fortolkes på en teknologinøytral måte, der en snarere ser på det overordnede formålet med en regel enn dens utforming.

Formuleringen som en finner i punkt 27 kan ikke sies å være teknologinøytral eller veldig fleksibel, og det er derfor sentralt å finne frem til det overordnede formålet med regelen.

I dette tilfellet er det nærliggende å peke på konsekvensen av en slik regel. Dersom en åpner for at tilbyderne av «physical facilities» ikke har ansvar for handlingen, så ville en tidligere holde alle de passive parter utenfor ansvar, da det ikke eksisterte rent digitale fasiliteter på samme måte som i dag. En slik regel er formålstjenlig, da det kun er en aktiv part i en kommunikasjonskjede som kan beskytte seg mot konsekvensene av ulovlig kommunikasjon. Det vil stride mot den allmenne rettsfølelsen om en kunne ilegge et erstatningsansvar på en part som ikke kan beskytte seg mot ansvaret annet enn ved en forsikringsordning. De samme hensynene som gjør seg gjeldende i møte med tilbydere av «physical facilities» gjør seg også i stor grad gjeldende i tilfeller hvor fasilitetene er digitale.

Videre er en slik tolkning av punkt 27 i samsvar med EU-domstolens krav til at kommunikatoren var «indispensable». Dersom en tolker dette vilkåret strengt, så er det bare den aktive kommunikatoren som er «indispensable». Generaladvokaten i forente saker C-682/18 og 683/18 (*Youtube/Cyando*) uttrykker at den som spiller en fundamental rolle i ytringen må ansees for å være «indispensable».⁴⁵ Dette er fordi alle de passive leddene kan

⁴⁵ Ibid. avsn 73.

byttes ut til fordel for alternativer, mens formidleren av det konkrete budskapet ikke kan byttes ut.

Et krav til aktivitet kan også identifiseres i EU-domstolens rettspraksis. I sakene C-306/05 (*Rafael Hoteles*)⁴⁶, forente saker C-403/08 og C429/08 (*Premier League*)⁴⁷ og C-117/15 (*Reha Training*)⁴⁸, setter bedriften ut ulike «physical facilities», slik som TV-apparater eller radioer. I alle sakene ble bedriftene funnet skyldige i å tilgjengeliggjøre verkene for allmenheten, da de utgjorde en «indispensable role» i kommunikasjonshandlingen. En hadde her aktivt utplassert utstyr og tilført utstyret de nødvendige signalene for at kundene skulle få tilgang på verkene. Kravet til aktivitet fremgår implisitt av dommene, men det kommer klarere frem gjennom en sammenligning med nyere rettspraksis. I C-753/18 (*Fleetmanager*) var spørsmålet om utleie av biler med radioer var en tilgjengeliggjøring av opphavsrettslige verk til allmenheten. EU-domstolen svarte benektende på spørsmålet i lys av at alle biler i dag kom utstyrt med en radio. Det faktum at leiebilen hadde en radio kunne ikke indikere et ønske om å spre verk til allmenheten, da en ikke aktivt hadde foretatt seg noe for å spre disse verkene. Faktum i saken var strengt tatt det motsatte, da leiebilfirmaet aktivt måtte fjerne radioen fra bilen for å forhindre spredning av verk.

Det samme aktivitetskravet kan en muligens også gjenfinne i norsk rett ved Rt. 1964 s. 782 (*Jukeboks*). I saken hadde en restauranteier utplassert jukebokser i sitt lokale, slik at kundene fikk tilgang på verkene. Dette fant retten at var en overføring til allmenheten (i dag tilgjengeliggjøring til allmenheten) av verkene. Dommen er eldre, og en gjenfinner derfor ikke de samme vilkår som i dag. Likevel kan den tas til inntekt for et krav om aktivitet ved tilgjengeliggjøringen, da det er restauranteierens utplassering av jukeboksene som gjør at han er ansvarlig for tilgjengeliggjøring av verkene.

I nyere norsk rettspraksis har en HR-2018-2268-A (*RiksTV*), hvor spørsmålet var om distributøren RiksTV også gjorde materialet «tilgjengelig» til allmenheten. Dommen går inn på ulike sider ved InfoSoc-direktivets art. 3 (1) og fortalens punkt 27 i lys av de norske forarbeidene. En velger her å sondre mellom tilrådighetsstillelse av utstyr som åpner for at brukeren selv kan finne frem til innholdet og å aktivt tilby bestemt innhold til brukeren. En

⁴⁶ Dommens avsnitt 42

⁴⁷ Dommens avsnitt 194-195

⁴⁸ Dommens avsnitt 46

rent passiv tilrådighetsstillelse av utstyr vil her ikke utgjøre en tilgjengeliggjøring, mens et tilbud av bestemt innhold gjør det. I saken ble det vektlagt at RiksTV selv tilbød kanalpakker og dekodeprogrammer som var nødvendige for å se TV-signalene. Dommen kan tas til inntekt for et krav om en aktiv rolle i tilgjengeliggjøringen.

Et siste moment som kan indikere et aktivitetskrav er den nyere formuleringen av kravet til en «indispensable role» i EU-domstolen. I C-160/15 (*GS-Media*) uttrykkes kravet som et krav til «indispensable role played by the user and the deliberate nature of its intervention». Dette indikerer at det ikke er tilstrekkelig at brukeren har utgjort en «indispensable role», men at brukerens deltagelse (intervention) i tilgjengeliggjøringen har vært «deliberate». Dette indikerer klart et krav til aktivitet.

Dermed vil en delingstjenestetilbyder oppnå beskyttelse mot ansvar så lenge den ikke opptrer som en aktiv part, og en må da skille mellom aktive og passive ledd i en kommunikasjonshandling.

Spørsmålet er så hvor mye som skal til for at en delingstjenestetilbyder er aktiv i kommunikasjonshandlingen.

3.5 Aktivitet

Det er opplagt at den som direkte ytrer seg, eller står bak budskapet i ytringen, er aktiv i kommunikasjonshandlingen. Det er mindre opplagt om den som letter tilgangen på et budskap også er en aktiv formidler, særlig der dennes rolle i tilgjengeliggjøringen er automatisk. Spørsmålet blir tatt opp av generaladvokaten i forente saker C-682/18 og C-683/18 (*Youtube/Cyando*). For det første sier generaladvokaten at søkerresultater, bruken av en «standard viewing interface» og grupperingen av videoene i spesifikke kategorier ikke utgjør en slik aktiv rolle (avsn 81-83). Dette følger også langt på vei av de formål som begrunner unntaket i fortalens punkt 27. Disse tjenestene utøver sin funksjon ut ifra brukerens klikk på siden, og er mer en hjelp for brukeren til å lete på siden, enn en hjelp til kommunikatoren for å tilgjengeliggjøre verket. En kommer likevel ikke unna at dette er to sider av samme sak, men med det volum av innhold på sider som Youtube, må det være mulig å ha sofistikerte søke- og letesystemer for brukerne. Videre er dette en automatisert tjenestesom ikke krever aktivitet fra Youtubes side. Den handler simpelthen ut ifra brukernes ønsker.

I det følgende drøftes noen typetilfeller der delingstjenestetilbyderen gjør noe utover de grunnleggende funksjonene til en delingstjeneste.

Et typetilfelle er Youtubes algoritmer som anbefaler videoer til brukerne basert på deres tidligere visninger og preferanser. En slik tjeneste er i mine øyne ett steg nærmere å være aktiv enn de digitale tjenestene som er nevnt over. Her tar en steget bort fra en mer passiv rolle hvor brukeren selv er nødt til å ta initiativ for å bruke tjenesten, for eksempel ved å lete i en kategori basert på et manuelt filter, eller å selv søke på siden, til at tjenesten selv foreslår et fåtall utvalgte videoer å se på. Brukerens aktivitet er her redusert til et simpelt klikk.

Tjenestetilbyderen er i slike tilfeller nærmere å selv være en aktiv part i selve kommunikasjonen, på tross av at tjenesten er automatisert. Det er mer usikkert om den konkrete brukeren ville sett den aktuelle videoen uten en slik anbefaling fra tjenestetilbyderen. Grunnen til at dette ikke er å spille en aktiv rolle i kommunikasjonshandlingen, er at det er mange måter brukeren fortsatt kan velge den aktuelle videoen, noe som gjør at denne delen av tjenesten ikke vil utgjøre en «indispensable» rolle i formidlingsprosessen.

Anbefalinger fra siden vises ofte som klikkbare lenker. Det er en rekke dommer fra EU-domstolen om lenking⁴⁹. I både C-466/12 (*Svensson*) og C-160/15 (*GS-media*) omtaler en lenking til «another website»⁵⁰, og det er derfor usikkert om intern lenking også omfattes av praksisen. Dersom praksisen også gjelder for intern lenking er utgangspunktet at det er tillatt å lenke til andre verk som er lagt åpent ut på nettet med rettighetshavers samtykke, da en ikke vil spre til en «new public»⁵¹. Dersom verket ligger åpent på en nettadresse, men det er publisert uten rettighetshavers samtykke er spørsmålet om lenkeren hadde kunnskap om eller burde hatt kunnskap om at innholdet var lagt ut ulovlig⁵². Om det lenkes for å oppnå en økonomisk gevinst er det en presumsjon om kunnskap hos lenkeren⁵³. Som hovedregel operer delingstjenestetilbydere for å oppnå en økonomisk gevinst, og det er da en sterk presumsjon for at de har kunnskap om innholdet er ulovlig eller ikke. Presumsjonen burde være enda sterkere der det er tale om intern lenking på siden, da en har en større kontroll med innholdet.

⁴⁹ Se C-466/12 (*Svensson*), C-348/13 (*Bestwater*), C-160/15 (*GS-Media*), C-392/19 (*VG-bildkunst*).

⁵⁰ Se C-160/15 (*GS-Media*) avsnitt 41 og C-466/12 (*Svensson*) avsnitt 18.

⁵¹ C-466/12 (*Svensson*) avsnitt 24-28.

⁵² C-160/15 (*GS-Media*) avsnitt 47.

⁵³ *Ibid.* Avsnitt 51.

Resultater er da at delingstjenestetilbyderen ved slike anbefalinger som leder til ulovlig opplastet materiale gjør en «communication to the public» etter InfoSoc-direktivet art. 3 (1).

Til sist har en tilfellet der en video avspilles automatisk av en audiovisuell delingstjenestetilbyder, etter at brukeren har sett en video. I det følgende vil det tas utgangspunkt i Youtubes auto-play funksjon som eksempel.

Videoen som spilles automatisk av ligger kanskje i en spilleliste, eller den spilles av som en følge av anbefalingene til siden⁵⁴. Når en video spilles av automatisk som en følge av anbefalinger på siden, vil Youtube være en aktiv part i formidlingen. Automatiseringen er her mindre basert på brukeren enn tidligere, og det er gjerne slik at brukeren selv aldri ville ha sett videoen om den ikke ble avspilt automatisk. Youtubes automatiske avspilling blir da strengt tatt «indispensible» i formidlingen av budskapet i det konkrete tilfellet. Dette tilfellet ligner også mer på det som var tilfellet i sakene, C-306/05 (*Rafael Hoteles*), forente saker C-403/08 til 429/08 (*Premier League*), C-135/10 (*SCF*) og C-117/15 (*Reha Training*) fra EU-domstolen. I de nevnte sakene blir en bedrift holdt ansvarlig for kommunikasjon av verk gjennom at de tilbyr tilgang til kringkasting ved radio eller TV til sine kunder i bygningen. Som retten uttaler i *SCF* utgjør her bedriften en «indispensible role» fordi «[w]ithout its intervention the customers cannot enjoy the works broadcast, even though they are physically within the broadcast's catchment area»⁵⁵. Dette kan være overførbart til tjenester med autoplay, som Youtube. Selv om en skulle være en bruker på den aktuelle plattformen, kan en sjelden i praksis nyte det aktuelle verket uten tjenestens «intervention» ved bruk av en autoplay-funksjon.

Bruken av autoplay-funksjoner kan også sammenlignes med ordinær kringkasting, hvor programmer følger etter hverandre mellom reklamepauser. Mye på samme måte som med ordinær tv, velger kun brukeren en kanal eller video, og systemet fortsetter å vise tilsvarende videoer. Det er i rettspraksis lagt til grunn at en kringkasting er å regne som en tilgjengeliggjøring for allmenheten⁵⁶, og det kan i lys av likhetene være gode grunner til å likestille automatisk avspilling på nettet og ordinære kringkastinger.

⁵⁴ <https://support.google.com/youtube/answer/6327615?hl=en> (17.05.2021)

⁵⁵ Dommens avsnitt (82). I *SCF* ble riktig nok ikke tannlegen ansvarlig.

⁵⁶ HR-2018-2268-A (RiksTV) og C-325/14 (SBS).

På den andre siden vil ikke Youtube regnes som en aktiv part der det er opplasteren selv som ønsker å vise den påfølgende videoen automatisk ved å legge videoene inn i en spilleliste. Da er det mer nærliggende å kategorisere opplasteren som den aktive part, og Youtube som tjenestetilbyder er en er passiv part på linje med formålene som kommer til uttrykk i fortalens punkt 27.

Hovedregelen bør etter dette være at delingstjenestetilbyderen ikke er ansvarlig for brukernes opplastninger. Det er likevel ulike typetilfeller der et slikt ansvar kan være aktuelt fordi delingstjenestetilbyderen i disse tilfellene har en mer aktiv rolle i kommunikasjonskjeden.

3.6 Forholdet til C-610/15 (Ziggo)

Sak C-610/15 (*Ziggo*) kan omtales som den første saken for EU-domstolen som omtaler spørsmålet om en delingstjenestetilbyder utfører en «communication to the public» etter InfoSoc-direktivet. Delingstjenesten ble her funnet ansvarlig, og det er derfor nødvendig å ta stilling til sakens betydning for problemstillingen.

Saken gjaldt piratnettsiden «The Pirate Bay», heretter TPB, som organiserte urettmessige nedlastningslenker til åndsverk. Det var brukerne selv som lastet opp og delte materialet via såkalte «torrents» eller «peer-to-peer» deling. TPB hadde ikke selv innholdet på sine sider, og organiserte primært lenkene for å forenkle nedlastninger. Nettsiden formidlet således brukeropplastet innhold, men uten å lagre innholdet selv.

Nettsiden var her ikke aktiv i formidlingen av verkene utover å organisere lenkene til en viss grad. Dette ligner i stor grad på tilfellet som beskrives i de norske forarbeidene til åvl. 1961, hvor en sonderer mellom tilfeller der brukeren tilbys et «bestemt innhold» og der brukeren får utstyret stilt til sin rådighet.⁵⁷ Her stiller TPB sitt utstyr til rådighet for brukerne, og hovedregelen bør etter dette være at plattformen ikke tilgjengeliggjør til allmennheten.

En kommer i C-610/15 (*Ziggo*) til at TPB her gjør en «communication to the public». Generaladvokaten i C-682/18 og 683/18, (*Youtube/Cyando*), tar tilsynelatende avstand fra dommen, da den er farget av et mål om å slå ned på piratvirksomhet på nettet⁵⁸. Jeg velger

⁵⁷ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) på s. 140

⁵⁸ Generaladvokaten i avsnitt 94-99.

heller å tolke dommen som et utslag av aktivitetskravet jeg har oppstilt over. Formålet med nettsiden TPB var alltid å formidle åndsverk uten rettighetshavers samtykke til allmennheten⁵⁹. Å opprette en slik nettside med en slik hensikt er i seg selv en aktiv handling i kommunikasjonen til allmenheten. Det spiller da ingen rolle om de øvrige handlingene og konkrete lovbruddene stammer fra en mer passiv rolle hvor en stiller utstyret til rådighet for brukerne. Aktiviteten i denne saken stammer derfor fra opprettelsen og den videre drift av nettstedet i lys av dets formål.

I relasjon til fortalens punkt 27, uttaler domstolen i premiss 38 at TPB ikke oppfyller kravene til en fysisk fasilitet. Jeg leser dette i lys av at operatørene selv utfører aktiv kontroll med sorteringen av verkene i ulike kategorier, og at de manuelt fjerner lenker som ikke fungerer og sorterer lenkene inn i de riktige kategoriene selv. Dersom tjenesten er helt automatisk, vil den ha et større preg av å være en fasilitet, fremfor en tjeneste, og det kan begrunne et skille mellom TPB og øvrige delingstjenestetilbydere som sorterer verkene automatisk.

⁵⁹ C-610/15 (Ziggo) avsnitt 45.

4 DSM-direktivet

Det nye digitalmarkedsdirektivet (DSM) etablerer en generell ansvarsnorm for delingstjenestetilbyderne. DSM art. 17 (1) sier at «online content-sharing services» utfører en «communication to the public» i alle tilfeller der en bruker har lastet opp opphavsrettslig beskyttet materiale. Konsekvensen av dette er at en «online content-sharing service[]» ved en isolert ordlydstolking av bestemmelsen, bryter med opphavers enerett etter art. 3 i InfoSoc-direktivet, når en bruker av tjenesten laster opp opphavsrettslig beskyttet materiale. Et brudd på denne eneretten utløser som nevnt et økonomisk ansvar etter åvl. § 81 smh. InfoSoc art. 8 (1).

Etter art. 2 i digitalmarkedsdirektivet er en «online content-sharing service» en delingstjenestetilbyder slik som er diskutert over under **definisjoner**.

Art. 17 gjelder ikke ubetinget, og det oppstilles i bestemmelsen flere unntak som er aktuelle å drøfte i denne sammenheng. Det gjøres unntak for ansvar dersom delingstjenestetilbyderen har gjort «best efforts» på to punkter:

- «to obtain authorisation»
- «to ensure the unavailability of specific works and the subject matter for which the rightholders have provided the service providers with the relevant and necessary information»

Videre kreves det i bokstav c) at delingstjenestetilbyderen har:

«acted expeditiously, upon receiving a sufficiently substantiated notice from the rightholders, to disable access to, or to remove from their websites, the notified works or other subject matter, and made best efforts to prevent their future uploads in accordance with point (b)».

4.1 “Best efforts” - noen utgangspunkter.

Sentralt i art. 17 er ordlyden «best efforts». «best efforts» kriteriet legger opp til en bred helhetsvurdering og gir anvisning på en høy terskel. Begrepet nyanseres av de konkrete tilfellene hvor det må være ytt «best efforts» i DSM art. 17. (4) bokstav (a) og (b). Begrepet er teknologinøytralt og fleksibelt, og det legges i utgangspunktet ikke noen sperrer for hva som kan utgjøre «best efforts» i en konkret sak. I art. 17 (5) presiseres en del hensyn som en må ta stilling til i den brede «best efforts»-vurderingen.

Art. 17 (5) legger stor vekt på at kravene som stilles til delingstjenestetilbyderne må avpasses i lys av det EU-rettslige proporsjonalitetsprinsippet. Det EU-rettslige proporsjonalitetsprinsippet finner en i TEU art. 5 som ett av hovedprinsippene i EU-retten. Prinsippet er en rettesnor for EUs organer, hvor EU ikke kan gå lenger enn nødvendig for å oppnå siktemålet når en lager regler. Dette må nødvendigvis spille inn på anvendelsen av brede generalklausuler som «best efforts» kriteriet i DSM art. 17. En strengere anvendelse av kriteriet enn nødvendig vil her fort kunne lede til større konsekvenser enn det direktivet tar sikte på⁶⁰.

Etter art. 17 (5) bokstav (a) må en i vurderingen av om delingstjenestetilbyderen har oppfylt kriteriene i DSM art. 17 (4) ta hensyn til: «the type, the audience and the size of the service» og «the type of works or other subject matter uploaded by the users of the service». Hensynene i bokstav (a) er tjenestespesifikke. Rettsanvenderen må derfor vurdere kravene som stilles til tjenesten ut ifra tjenestens særegne vilkår. Ulike tjenester vil nødvendigvis stå overfor ulike utfordringer i møte med vilkårene som stilles i art. 17 (4), og det er derfor nødvendig å ta hensyn til hvilken tjeneste det er snakk om.

Etter art. 17 (5) bokstav (b) må en i vurderingen ta hensyn til «the availability of suitable and effective means and their cost for service providers». Hensynene i bokstav (b) oppfordrer rettsanvenderen til å ta stilling til virkemidlene som kan hjelpe med å oppfylle kravene etter art. 17 (4). Tilgjengeligheten og kostnaden av slike virkemidler blir diskutert i kapittel 6.3.

⁶⁰ Se kapittel 6

4.2 Vilkårene for å unngå ansvar i DSM art. 17 (4)

4.2.1 Bokstav (a)

DSM art. 17 (4) bokstav a) krever at delingstjenestetilbyderen har «made best efforts to obtain an authorisation». Gjennom å stille som første krav at delingstjenestetilbyderen skal gjøre sitt ytterste for å få en autorisering fra rettighetshaver, understreker direktivet at dette fortsatt er hovedregelen. Dette kravet til å forsøke å oppnå en autorisering for bruken av opphavsrettslig beskyttet materiale, sikrer at delingstjenestetilbyderne fortsetter å avtale lisenser med opphavere, fremfor å kun avhenge av teknologi som beskyttelse mot ansvar. Det er klart at en slik regel er et av siktemålene bak artikkel 17 i direktivet.⁶¹ Det er viktig for opphavere og rettighetshavere at utgangspunktet er å avtale bruken i forkant, da det sikrer forutberegnelighet for rettighetshaverne i langt større grad. Et av siktemålene med direktivet som helhet er å forenkle prosessen med å få tak i rettigheter på nettet, gjennom at det lettere kan opprettes rettighetsorganisasjoner⁶². Jeg vil ikke gå inn på disse reglene i avhandlingen.

En kan anta at delingstjenestetilbyderne i stor grad vil klare å oppnå avtaler om bruk av opphavsrettigheter med rettighetsorganisasjoner innenfor musikk, mens det vil være langt vanskeligere innenfor ulike kategorier av audiovisuell verk⁶³. Dette er fordi filmmarkedets økonomiske modell i stor grad har basert seg på et enerettsperspektiv, slik at det kun er ett selskap som rettmessig gir ut filmen⁶⁴.

En type audiovisuelle verk hvor en sannsynligvis vil oppnå en høy grad av autorisasjon er videospill. Strømming av spill og videoer av spill er en form for avhengige verk. Dette vil si at verket er avhengig av et tidligere verk, i dette tilfellet videospillet. Fenomenet har utviklet seg over tid, og er for tiden svært populært på tjenester som Youtube og Twitch. Allerede i dag kan spilllets rettighetshavere sette sperrer for slike videoer av deres spill, slik Nintendo tidligere har gjort⁶⁵. I praksis velger en å la slike videoer eksistere da det svært ofte er god reklame for spillet. I lys av det nye DSM-systemet vil spillenes rettighetshavere i praksis

⁶¹ Dirk Visser, Trying to understand article 13 [Utkast fra 17 mars 2019] s. 2.

⁶² Se DSM-direktivets Title III: Measures to improve licensing practices and ensure wider access to content. Se særlig kapittel 2: Measures to facilitate collective licensing.

⁶³ n61 s. 5.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ <https://thenextweb.com/news/nintendo-new-video-rules> (06.06.2021).

måtte gå med på en generell autorisasjonsavtale for å få beholde videoer av spillene sine på plattformene. Dette er svært positivt, da dette tidligere har vært en gråsoner for dem som lever av å lage slike videoer.

4.2.2 Bokstav (b)

Ordlyden i Art 17 (4) bokstav (b) uttrykker at «best efforts» må være utøvd i henhold til «high industry standards of professional diligence». Dette er en skjerping av kravet til «best efforts», og den høyere terskelen bidrar til at delingstjenestetilbydernes systemer i større grad forhindrer opplastninger av «specific works».

Ordlyden «ensure the unavailability of specific works» sikter til at en forhindrer opplastninger og gjenopplastninger av spesifikke verk på tjenesten. Dette bekreftes også gjennom ordlyden i DSM art 17 (4) bokstav (c) «prevent their future uploads in accordance with point (b)». Den eneste måten dette kan gjøres på er å gå gjennom verkene som lastes opp før de publiseres på tjenesten. Denne gjennomgangen kan enten være menneskebasert og manuell eller automatisert. I lys av de store opplastningstallene som det rapporteres om på delingstjenester som Youtube⁶⁶ og Instagram⁶⁷ vil det ofte være slik at den eneste praktisk mulige løsningen være automatisering, og da i form av opplastningsfiltre. Begrepet «best efforts» er som nevnt relativt og kan derfor åpne for at vilkårene er oppfylt uten bruk av et opplastningsfilter, da særlig sett i lys av hensynene som kommer frem i art. 17 (5). Det skal imidlertid mye til for at en skal kunne si at det er et senket krav til «best efforts» i disse tilfellene gitt den høyere terskelen som fremgår av artikkel 17 (4) bokstav b) og proporsjonalitetsprinsippet. Formålet med regelen er å kunne holde delingstjenestetilbydere ansvarlige i større grad enn tidligere. Dette formålet kan kun sikres med et høyt krav til «best efforts», og det bør derfor ikke være lett å slippe unna kravet til «best efforts».

Når DSM art. 17 (4) bokstav b) påbyr bruken av opplastningsfiltre påbyr den altså at delingstjenestetilbyderen sjekker alt materiale som lastes opp av brukerne på plattformen før det publiseres offentlig, og filtrerer vekk den delen av dette materialet som bryter med de

⁶⁶ Generaladvokatens uttalelse i forente saker C-682/18 og 683/18 (Youtube/Cyando) legger til grunn at 35 timer med innhold blir lastet opp hvert minutt, mens Google selv visstnok anslår 400 timer. Se henholdsvis avsnitt 16 og note 6 i uttalelsen.

⁶⁷ Det rapporteres enkelte steder at det lastes opp 1000 bilder i sekundet på plattformen. <https://wouldyouhavethought.com/live-stats/photos-uploaded-on-instagram> (25.05.2021)

opphavsrettslige reglene. Dette strider tilsynelatende mot fritaket fra generell overvåkning som en finner i e-handelsdirektivets art. 15 eller DSM art. 17 (8). Hvordan denne motstriden skal behandles er usikkert, da den ene regelen bortimot påbyr slik overvåkning, mens den andre forbyr den. Inntil videre er det gode grunner som tilsier at en bør søke å bortfortolke den motstriden som DSM art. 17 (8) byr på.⁶⁸ En harmoniserende tolkning er å se ordlyden «general monitoring obligation» i art. 17 (8) som en kontrast til ordlyden i art. 17 (4) bokstav (b); «specific works». Man kan da tolke det slik at overvåkningspåbudet ikke er «general», men snarere kun rettet mot «specific works», slik at det ikke strekker seg lengre enn til materiale som delingstjenestetilbyderen har fått spesifikk beskjed om å forhindre. Dette fjerner tilsynelatende motstrid.

En kan imidlertid ikke overse den sannsynlige praktiske konsekvensen av regelen i DSM art. 17 (4) bokstav b), som er at alle opphavere automatisk gir beskjed til delingstjenestetilbyderen om sine verk som de ønsker at det skal filtreres mot. Dette vil viske ut ethvert skille mellom generelt og konkret overvåkning i denne relasjon, og en er igjen i motstrid mellom paragraf 8 og paragraf 4 bokstav b) i direktivets art. 17.

⁶⁸ Som Visser kommenterer er artikkel 17 «quite contradictory at some points. But that in itself is nothing new. Much of the EU legislation consists of partly contradictory or incomprehensible clauses [...] Consequently, it is often up to commentators, practitioners and judges to make the best of it.»

5 Ansvarsfrihet

Selv om delingstjenestetilbyderen er ansvarlig etter reglene i InfoSoc-direktivet art. 3, kan det være at tjenestetilbyderen ikke kan holdes ansvarlig etter reglene i e-handelsdirektivet. E-handelsdirektivet er gjennomført i norsk rett ved ehandelsloven, lov 1. juli 2003 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester.

E-handelslovens § 18 svarer til e-kommersdirektivets art. 14, og gjelder lagringstjenester. De fleste, om ikke alle, delingstjenestetilbydere vil også være lagringstjenester.

Delingstjenestetilbyderen tilbyr lagring av det brukeroplastede materialet, slik at det kan vises på deres sider. Dette gjør også at de kan falle inn under ansvarsfritaket i E-handelslovens § 18, da de «lagrer informasjon på oppfordring av en tjenestemottaker». Det er imidlertid klart at e-handelslovens § 18 må forstås i lys av e-handelsdirektivets art. 14 jfr. homogenitetsprinsippet og prinsippet om direktivkonformfortolkning. I e-handelsdirektivets art. 14 stilles det tilsynelatende et strengere krav til tjenesten, da det kreves at den «consists of the storage of information». Ordlyden isolert tyder her på at lagring av informasjon i det minste må være hovedformålet med tjenesten, om ikke dens eneste formål⁶⁹. Dette vil innskrenke art. 14 sitt virkeområde i stor grad. En snever forståelse av art. 14 er imidlertid ikke i tråd med direktivets siktemål, som i fortalens punkt 1-5 er å gi «information society services» muligheten til å delta i EUs indre marked i større grad. Fortalen tar her sikte på å beskytte en rekke ulikeartede tjenester og det er derfor uheldig om en skulle tolke art. 14 for snevert. En bredere tolkning har også blitt lagt til grunn i EU-domstolens praksis om varemerkerett.⁷⁰ Det bør derfor være tilstrekkelig at tjenesten i alle fall til en viss grad består i å lagre informasjon på vegne av brukerne.

For å kunne nyte godt av ansvarsfrihet kan ikke delingstjenestetilbyderen etter art. 14 bokstav a) ha «actual knowledge» om den ulovlige aktiviteten eller den ulovlige informasjonen. Den kan videre ikke være «aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent». Videre må den hurtig fjerne tilgangen til informasjonen, når den selv får kjennskap om den jfr. bokstav b).

⁶⁹ Motsatt Generaladvokaten i forente saker C-682/18 og 683/18 Youtube/Cyando avsnitt 144-146.

⁷⁰ Forente saker C-236/08 til 238/08 (Google France) avsnitt 111, C-324/09 (eBay) avsnitt 110-111.

I fortalens punkt 42 presiseres hva som omfattes av ansvarsunntakene i direktivet. Det omfatter kun tilfellene der delingstjenestetilbyderens rolle er begrenset til den tekniske prosessen. Denne rollen er av en «mere technical, automatic and passive nature», og antyder at «the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored».

Fortalens punkt 42 har av EU-domstolen i varemerkesakene forente saker C-236/08 til 238/08 (*GoogleFrance*) og C-324/09 (*eBay*), blitt tolket som et spørsmål om tjenestetilbyderen hadde en aktiv rolle i formidlingen av informasjonen som ville gitt tjenestetilbyderen kunnskap eller kontroll over informasjonen.⁷¹

Spørsmålet er så om delingstjenestetilbydere generelt sett utfører en slik aktiv rolle.

I C-324/09 (*eBay*) har en lagt til grunn at tjenestetilbyderen har en slik aktiv rolle der den har ytt bistand ved å «optimere eller fremme de omhandlede salgsutbud»⁷².

Delingstjenestetilbydere optimerer og fremmer brukernes opplastede innhold, og vil da etter C-324/09 (*eBay*) normalt ha en aktiv rolle som gjør at de faller utenfor art. 14. Det er imidlertid klare forskjeller mellom varemerkerett og opphavsrett, samt mellom deling av reklame og deling av brukeropplastet innhold. Disse forskjellene kan begrunne at det å «optimere eller fremme» brukernes opplastninger ikke er en aktiv rolle som ville gitt delingstjenestetilbyderen kunnskap eller kontroll over informasjonen.

Forskjellen mellom varemerkeretten og opphavsretten ligger i deres formål. Varemerkerettens to fremste formål er å la gjennomsnittsforbrukeren indentifisere varemerket, og garantere at det holder kvaliteten til merket.⁷³ Hvis en lar andre urettmessig bruke varemerket vil det være vanskelig for gjennomsnittsforbrukeren å skille mellom varemerkene, og den vil vanskelig kunne oppfylle sin garantifunksjon. Skaden på merkevarens omdømme kan også fort bli stor selv ved lite uautorisert bruk. Dette skiller seg fra skaden som gjøres ved uautorisert bruk av et åndsverk, da denne for det meste svarer til verdien på utnyttelsen. Dette kan tale for at det bør være et snevrere rom for ansvarsfrihet på varemerkerettens område, da ansvar kan ha en forebyggende effekt.

⁷¹ Se forente saker C-236/08 til 238/08 (*Google France*) avsnitt 120.

⁷² Dansk versjon av dommen i avsnitt 116.

⁷³ Se C-206/01 (*Arsenal*) avsnitt 48 og 49.

Videre er en reklame ofte langt mindre omfangsrik enn et åndsverk, særlig der det er snakk om en notis eller annonse slik som i forente saker C-236/08 til 238/08 (*GoogleFrance*) og C-324/09 (*eBay*). Det skal derfor generelt sett mindre aktivitet til før en kan presumere at tjenestetilbyderen har konkret kunnskap eller kjennskap til ulovligheten ved reklame enn ved åndsverk. Dette kan også tale for at den aktive rollen generelt sett må være tydeligere på opphavsrettens område kontra varemerkeretten.

Likevel må hovedregelen være at særbehandling av informasjon ved promotering eller andre ytelser kvalifisere til aktivitet fra delingstjenestetilbyderens side også på opphavsrettens område. En tar da et steg vekk fra en mer automatisert, passiv og nøytral rolle, og påtar seg straks en mer aktiv rolle.

Hvorvidt aktivitetskravet er oppfylt for delingstjenestetilbydere kan ikke besvares mer generelt, og må bero på omstendighetene i den konkrete saken. Det er likevel gode grunner for at det generelt sett skal mer til for at delingstjenestetilbydere er aktive enn andre ISS-er.

Dersom delingstjenestetilbyderen ikke er aktiv i den aktuelle saken, er spørsmålet om vilkårene i art. 14 bokstav a) og bokstav b) er oppfylt. Dette er i første omgang et spørsmål tjenestetilbyderen hadde konkret kunnskap eller kjennskap til ulovlig innhold eller aktivitet på sine sider. Spørsmålet er så om tjenestetilbyderen har hurtig forsøkt å forhindre tilgang til informasjonen. Hvorvidt disse kravene er oppfylt må bero på en analyse av omstendighetene i den konkrete situasjonen, og jeg går derfor ikke nærmere inn på vilkårene her.

6 Konsekvenser og opplastningsfiltre

Når en juridisk person risikerer å bli ilagt et erstatningsrettslig ansvar, er det naturlig å se etter måter en kan beskytte seg mot ansvar. Ved culpa-ansvar er det normalt et endret atferdsmønster, mens ved ulovfestet objektivt ansvar er det gjerne vedlikehold og bedre rutiner. Andre lovfestede objektive ansvar baserer seg på tett personlig tilknytning og en grad av kontroll, slik som bilansvar, foreldreansvar eller arbeidsgiveransvar. Ved delingstjenestetilbyders ansvar for brukernes opplastninger er det vanskelig å beskytte seg. En har ikke et tett forhold til brukeren, en har ikke en sterk styringsrett eller en god instruksjonsmulighet overfor brukeren, og delingstjenestetilbyderen kan dermed ikke endre atferden til brukerne. Bedre og klarere signaler til brukerne og bedre rutiner noe som kan begrense tapet, men effekten er usikker. Opplastningsfiltre har imidlertid en sikker effekt, hvor de i det minste vil begrense skadeomfanget.

Et opplastningsfilter vil, som nevnt ovenfor, filtrere brukernes opplastninger før de blir publisert på en tjeneste. Slik fjernes muligheten for at det skjer en ulovlig tilgjengeliggjøring. Implementering av opplastningsfiltre er også et av vilkårene i DSM art. 17 (4), og EU-lovgiver ser derfor også på dette som en naturlig vei videre.

Under vil jeg se nærmere på problemstillinger i relasjon til opplastningsfiltre og lovlig bruk av verk, samt problemstillinger mellom opplastningsfiltre og menneskerettigheter.

6.1 Opplastningsfiltre i møte med fundamentale rettigheter og opphavsrettslige unntak.

I filtreringsprosessen må programvaren styre unna opplastninger som gjør bruk av unntakene i DSM-direktivet art. 17 (7) bokstav a) og b): «quotation, criticism, review» og «caricature, parody or pastiche». Unntakene som følger av DSM-direktivet art. 17 (7) er mangfoldige og fleksible, og kan komme til uttrykk på ulike måter i ulike verk. Sitatretten kan her fungere som eksempel. Der det i en tekst ofte er lett å forstå når en siterer, vil en video ofte bygge inn sitatet på en mer helhetlig måte. I musikk kan sitatet komme i form av et sample i en mashup

eller remiks, noe som er eksepsjonelt vanskelig for algoritmer å navigere⁷⁴, og kan lett lede til falske positive⁷⁵.

I lys av dette får en derfor konkrete problemstillinger knyttet til de ulike unntakene. Når delingstjenestetilbyderen etter DSM-direktivets art. 17 (1) i utgangspunktet blir holdt ansvarlig for brukernes deling av ulovlig opplastet materiale, vil det være fristende å ta hardt i når programvaren skal filtrere. Dette har potensiale for å føre til en vidstrakt sensur av også originalt opplastet materiale.

Det er ikke kun DSM-direktivet art 17 (7) som kan skape problemer for en rettstilstand som i stor grad hviler på bruk av opplastningsfiltre, også rettighetene i Charter of Fundamental Rights of the European Union (heretter Charteret) må ivaretas. Charteret er et hensiktsmessig utgangspunkt for drøftelsen da det er her en finner EUs syn på hva som er fundamentale rettigheter. Samtidig er de rettighetene en finner i charteret ofte å finne i andre kilder som Norge er folkerettslig bundet til, slik som EMK eller ØSK, jfr. menneskerettsloven § 2.

Implementeringen av opplastningsfiltre må derfor også ivareta «freedom of expression» (Art. 11), «freedom to conduct a business» (Art. 16), beskytte «intellectual property» (art 17 (2)) og rett til beskyttelse av personlig data (Art. 8). For norsk rett tilsvarende charterets bestemmelser i stor grad henholdsvis EMK art. 10, ØSK art. 6 og EMK Tp. 1. art. 1.

Jeg vil først gå inn på de overordnede rettighetene som en finner i Charteret, før jeg ser nærmere på de konkrete unntakene i art. 17 (7) og om disse i tilstrekkelig grad ivaretar de grunnleggende rettighetene.

⁷⁴ Brøvig-Hansen og Jones; Remiksens Retrett s. 5

⁷⁵ Evan Engstrom and Nick Feamster, The Limits of Filtering: A look at the Functionality & Shortcomings of Content Detection Tools (March 2017) s. 15.

6.2 Charterets art. 17 (2)- Retten til beskyttelse av sine immaterielle rettigheter.

I charterets art. 17 (2) er en klar målsetning at «Intellectual property shall be protected». Det samme følger av EMK TP 1 art. 1⁷⁶. Dette innebærer at alle de eneretter en opphaver, oppfinner, designer eller varemerkeinnhaver måtte ha, skal beskyttes. Det som skal beskyttes er ikke artsbestemt utover at det er en immateriell rettighet.

Det er imidlertid klart at det ikke er tale om et absolutt vern om denne rettigheten, når EU-domstolen i C-360/10 (*SABAM*)⁷⁷ sier «[t]here is, however, nothing whatsoever in the wording of that provision or in the Court's case-law to suggest that that right is inviolable and must for that reason be absolutely protected» Dette tilsier at en på den ene siden er nødt til å beskytte immaterielle rettigheter fra inngrep, men slik at dette må gjøres på en balansert og proporsjonal måte.

Fokus for denne oppgaven er opphavsretten, og det er opphavers enerettigheter som jeg vil se nærmere på i det følgende. En av disse enerettene er opphavers «exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public» jfr. InfoSoc-direktivet art. 3 (1). Bestemmelsen er gjennomført i norsk rett gjennom åvl. § 3 første ledd bokstav b).

Opphaver har som nevnt enerett til å publisere sine verk og å godkjenne publikasjoner av sine verk. Ved første øyekast er denne retten godt ivaretatt av DSM art. 17, da den i første ledd stiller strenge krav til delingstjenestetilbyderne, gjennom at alle opplastninger på deres tjenester er å anse som en «communication to the public» fra delingstjenestetilbyderen jfr. Art. 17 (1). Disse strenge kravene vil i stor grad bidra til å sikre at uautoriserte publiseringer raskt blir fjernet fra nettsidene, og slik bidra til at opphaver i realiteten har sin tilgjengeliggjøringsrett i behold.

Det er imidlertid slik at den strenge ansvarsnormen i DSM art. 17 (1) ikke er ensbetydende med et generelt sett bedre vern for opphaverne. Når en forutsetningsvis må benytte seg av opplastningsfiltre for å filtrere forskjellige former av opphavsrettslig beskyttet materiale, er det ikke noen garanti for at ikke også lovlig opplastede verk tas ned. Det har vist seg gjentatte ganger at filtreringsalgoritmene ikke har klart å anvende de aktuelle unntakene ved

⁷⁶ Se Neij og Sunde *Komsioppi v. Sverige og SIA AKKA/LAA v Latvia*.

⁷⁷ C-360/10 (*SABAM*) avsnitt 41.

filtreringen av opplastninger, noe som har ledet til at en har tatt ned lovlige verk fra nettsider⁷⁸. Et verk som inneholder deler av andre verk i form av sitat eller liknende unntak vil fremdeles være en «intellectual property» med like stort behov for vern som originalverket. En rettsstilstand hvor det av delingstjenestetilbyderen er sett som nødvendig å filtrere mer heller enn mindre, vil derfor lett kunne gå på akkord med charterets art. 17 (2).

Det gjelder her å slå en god balanse mellom opphavers rett til beskyttelse for sine verk, samtidig som en ikke innskrenker fremtidige opphaveres rom til kulturell produksjon. Det er da viktig å ha i mente at opphavers rett til beskyttelse langt ifra er «absolutely protected».

En rett som kan her komme inn å forskyve nevnte balanse er Charterets art. 13 «The arts shall be [...] free of constraint». Det som konstateres i art. 13 av Charteret er at en skal sikre kunstnerisk utfoldelse. Dette kan særlig komme i konflikt med bruken av opplastningsfiltre gjennom at enkelte former for gjenbrukskunst i realiteten ikke tillates lengre. Et eksempel på dette er såkalt «mashup» musikk og «remiks». Dette er musikk hvor en ofte benytter seg av såkalte «sampler». Et «sampler»⁷⁹ er et kort utdrag fra et musikalsk verk som ofte gjentas ofte i sangen for å skape et nytt verk. En kan argumentere for at «sampling» er tillatt etter dagens regler om sitat, da sitater ikke er bundet til ett format⁸⁰. Likevel har flere musikere i «mashup» og «remiks»-miljøet rapportert at de har mistet motivasjonen for å drive med mashup da de mister opplastningene og kanalene sine på sider som Youtube til overivrige opplastningsfiltre⁸¹. Mashupmiljøet er her et eksempel på at den sensuren som opplastningsfiltre gjør av enkelte typer verk vil være en «constraint», eller forhindring, for kreativ utfoldelse, og slik i strid med art. 13 i Charteret.

⁷⁸ <https://juliareda.eu/2017/09/when-filters-fail/> (06.06.2021)

⁷⁹ https://snl.no/sampling_-_musikk (06.06.2021)

⁸⁰ Rognstad s. 316.

⁸¹ Brøvig-Hansen og Jones; Remiksens Retrett s. 6

6.3 Charterets art. 16- «Freedom to conduct a business».

Retten til å drive en bedrift som følger av art. 16 er ikke tilsidesatt ved implementeringen av DSM-direktivet. Retten til å drive en bedrift i Charterets art. 16 strekker seg ikke lengre enn til at en kun har rett til å drive en bedrift «in accordance with Union law». Dette vil si at en bedrift som ikke klarer å operere innenfor DSM-direktivets rammer eller EU-domstolens ansvarsregimer ikke er beskyttet etter Charteret.

DSM-direktivets art. 17 (6) lar delingstjenestetilbydere som har eksistert «for less than three years» og som har en «annual turnover below EUR 10 million» slippe unna kravene i art. 17 (4) bokstav b og c, altså kravene om opplastningsfiltre. Vilkårene for å komme inn under unntaket i art. 17 (6) er kumulative, da tjenesten må både ha eksistert i mindre enn 3 år og ha en omsetning på under 10 millioner euro. Med en gang tre år har passert eller delingstjenesten har oppnådd en omsetning på 10 millioner euro må en implementere opplastningsfiltre. Det trekkes da i realiteten en grense på tre år før opplastningsfiltre bør være implementert for nye tjenester, men da slik at en i særlig suksessfylte tilfeller kan få et krav om opplastningsfiltre før tjenesten har vært operativ i tre år gitt at det er en omsetning på 10 millioner euro.

Treårs-grensen alene bringer med seg en del problemer. Den forutberegneligheten den bringer med seg er i utgangspunktet positivt, men samtidig er det kanskje dette som er det største hinderet for friheten til å drive bedrift på dette området. Når fremtidige utviklere har lyst til å etablere seg på delingstjenestemarkedet må de nå spørre seg om deres produkt kommer til å være en stor nok suksess innen tre år. En vet allerede før en starter å utvikle prosjektet at en vil ha et behov for automatiserte opplastningsfiltre innen tre år etter lanseringen av tjenesten. Slike filter-tjenester er ikke billige, og den økonomiske risikoen for nye selskaper innenfor dette området vil da fort bli sett på som stor. Dersom en ser på den økonomiske risikoen som stor for nye tjenester kan det legge en demper på utviklingen av markedet, og legge opp til festnede strukturer hvor Google, Youtube og Facebook troner høyest. Det er derfor grunn til å spørre seg om det er en heldig regel.

På samme måte som nye delingstjenester vil kunne slite under denne regelen, vil nisjetjenester kunne forsvinne helt, da det ofte er mindre tjenester vil de også oftere ha problemer med å betale for de ulike tjenestene som kreves etter det nye direktivet.

Det er ikke kun tre-års grensen som kan skape problemer i relasjon til Charterets art. 16, men også inntjeningsvilkåret kan ha problematiske sider. I utgangpunktet bør en delingstjenestetilbyder som har en omsetning på 10 millioner euro også ha råd til å implementere et automatisert filtreringssystem. Det har på tross av dette vist seg at det å drive et nettsted slett ikke er noen lønnsom affære de første årene⁸², og en ekstra utgift på toppen av allerede store driftsutgifter kan da være spikeren i kisten for nye og mellomstore delingstjenestetilbydere.

Dersom en delingstjeneste tilfredsstillende de to vilkårene i DSM art. 17 (6), men har 5 millioner «monthly unique visitors», må de også yte «best efforts to prevent further uploads of the notified works and other subject matter for which the rightholders have provided relevant information». Ordlyden «prevent» viser her igjen til implementeringen av et opplastningsfilter på siden. Det er som sagt ingen annen hensiktsmessig måte å forhindre opplastninger i denne skalaen på. Det er her gode grunner for en slik regel. For det første er det praktisk viktig når det er 5 millioner brukere, og for det andre er det et tegn på at en også bør ha muligheten til å utnytte brukertallene økonomisk til å finansiere et opplastningsfilter. Når det er sagt så er mange av argumentene mot bruken av en ren pengegrense også anvendbar her. Et argument for både grensen på 10 millioner euro og 5 millioner unike brukere er at det over tid vil utvikles flere og flere ferdiglagde opplastningsfiltre som kan kjøpes av de aktuelle bedriftene ved behov, slik som for eksempel programvaren Audible Magic. Per dags dato finnes derimot få av disse, og den økonomiske slagkraften som trengs både for å kjøpe et slikt system og for å utvikle et selv, er betydelig⁸³.

6.4 Charterets art. 8- Protection of personal data

Charterets art 8. sier at «Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her». Når DSM art. 17 (4) fordrer en implementering av en grovkornet AI-filtrering så vil også opplastninger med personlig innhold filtreres, og muligens må det også lagres på databanken til fildelingsnettstedet. Det er ofte slik at delingstjenestetilbydere i dag også er tjenester for sosiale medier slik som Instagram, Facebook, Twitter og liknende, noe som gjør at de behandler både personlige data så vel som annet brukeropplastet innhold. I slike tilfeller

⁸² Twitter tjente ikke penger på selve tjenesten før i 2018: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/02/08/why-twitter-is-now-profitable-for-the-first-time-ever/> (06.06.2021)

⁸³ Se Spoerri avsnitt 26-28.

er det også mulig at personlig data må behandles, og det er usikkert om AI kan behandle slik data på en tilstrekkelig sikker måte.

Enhver behandling av personopplysninger må etter GDPR art. 6 må ha et lovlig grunnlag. En delingstjenestetilbyder må derfor sørge for å ha lovlig behandlingsgrunnlag for de personopplysninger som vil behandles gjennom filtreringen. Redegjørelse for de ulike aktuelle behandlingsgrunnlagene ligger imidlertid utenfor denne oppgavens rammer, men problemstillingen illustrerer mangfoldet av de utfordringer som delingstjenestetilbyderne står overfor ved bruk av opplastningsfiltre.

6.5 Charterets art. 11- Freedom of expression and information

Den rettigheten som kanskje er mest utsatt for å bli krenket av opplastningsfiltre er ytringsfriheten. Som jeg har nevnt tidligere innføres opplastningsfiltrene som en del av en opphavsrettslig reform, hvor siktemålet opprinnelig var å bedre opphavers stilling i møte med delingstjenestetilbydere. Det er ikke nytt at opphavsretten griper inn i ytringsfriheten, da det er en naturlig del av at en velger å gi eneretter for ulike kunstneriske eller originale ytringer. Det har derfor alltid vært et spenningsforhold mellom ytringsfrihet og opphavsrett, og opplastningsfiltrene føyer seg kun inn som et foreløpig siste kapittel i denne debatten.

EU-charterets art. 11 sier at

«Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority».

Ytringsfriheten skal som utgangspunkt la enhver «recieve and impart opinions». En må, med andre ord, kunne uttrykke seg og kunne motta andres ytringer. Dersom en etablerer opplastningsfiltre, åpner en også for en slags forhåndssensur. Når en åpner for forhåndssensur i slik grad, så snur en opp ned på hvordan vi i dag slår ned på ytringer. Vanligvis kommer ytringen først, og konsekvensene deretter. Nå lar teknologien konsekvensen av ytringen, slik som sensur, komme den i forkjøpet. Dette har enkelte fordeler, gjennom at ulovlige ytringer ikke spres, men det har også ulemper, da det kan virke hemmende på blant annet samfunnsdebatten. I lys av denne fundamentale endringen forhåndssensur på nettet

representerer, er det desto viktigere at alle sider av saken er overveid og at de ulike hensyn ivaretas på en hensiktsmessig måte.

De konkrete problemstillinger om kan oppstå i relasjon til ytringsfriheten er i seg selv innlysende. Enhver lovlig ytring som ikke publiseres på grunn av et opplastningsfilter, representerer et inngrep i ytringsfriheten. Ytringsfriheten er ikke i seg selv absolutt, og setter derfor ikke en klar sperre for bruk av opplastningsfiltre. Den er derimot en grunn til at vi bør trå varsomt med implementeringen av slike filtre på nettet. Det er all grunn til å tro at nettet kommer i økende grad til å bli det forumet vi ytrer oss mest på i fremtiden, og det er da viktig å forvalte dette forumet på en hensiktsmessig måte.

6.6 Unntakene for parodi, pastisj, karikatur, sitat, kritikk eller anmeldelse.

I DSM-direktivets art. 17 (7) finner en unntak for «(a) quotation, criticism, review; (b) use for the purpose of caricature, parody or pastiche». De samme unntakene finner en også i InfoSoc-direktivet art. 5. men da som valgmuligheter for medlemslandene. I Norge er de ulike unntakene implementert i åndsverksloven. I det følgende vil jeg ta for meg de ulike unntakene.

6.6.1 Quotation

Unntaket for «quotation» sikter til sitatretten. I norsk rett finner vi denne i åvl. § 29 som sier at det er tillatt å sitere fra et offentligjort verk «i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger». «[G]od skikk» er en etisk standard⁸⁴, som også tar opp i seg annen skikk og bruk for sitater i samfunnet samt innenfor det konkrete området.

Dataprogrammer vil ofte nøyaktig kunne anslå hva som er et sitat eller ikke av tekst, da dette er et medium som har klarere grenser for hva som er sitat eller ikke, da det er visse formkrav

⁸⁴ Rognstad s. 317

assosiert med sitat. Videre har dataprogrammet flere gode sammenligningsmuligheter med tidligere materiale, noe som burde gi seg utslag i en høy suksessprosent.

Også i forhold til andre typer verk vil dagens programvare relativt lett kunne finne ut *om* det er hentet materiale fra en annen opphaver, men den har vanskeligere for å foreta vurderingen av om sitatet er gjort i «den utstrekning formålet betinger» eller om det er «i samsvar med god skikk». Dette er vurderinger som er skjønnsmessig av natur, da det må bero på hvilket kildemateriale det er tale om, hvilket verk det er snakk om, hva de aktuelle verkstypene er, og hva budskapet i utdraget er holdt opp mot budskapet i det nye verket. Det er her flere eksempler på at filtrene ikke treffer, slik som en opphavsrettslig forelesning på Youtube som ble fjernet fordi den inneholdt et musikkklipp⁸⁵, eller der verket som det siteres fra er det som blir tatt vekk fra plattformen fremfor det siterende verket⁸⁶.

Det kan tenkes konkrete løsninger på denne problemstillingen i relasjon til sitatretten, hvorav en slik løsning for tekst er å fastsette et visst antall tegn som kan være med i sitatet. En annen løsning for andre typer verk er å fastsette en viss lengde på sitatet. Ut ifra slike parametere kan dataprogrammet gi en score på hvor sannsynlig det er at verket bryter med sitatretten. Dersom dataprogrammet er usikker bør det skje menneskelig gjennomgang, mens det i de helt klare tilfellene ikke vil være behov for en slik menneskelig gjennomgang⁸⁷.

6.6.2 Criticism and review

Unntaket for kritikk og anmeldelser er på mange måter kun en side av sitatretten, da det er en del av den offentlige debatten⁸⁸. Kritikk og anmeldelser er eksempler hvor det vil være nødvendig å ta i bruk opphavsrettslig beskyttet materiale for å produsere verket. En kritiker vil ofte komme til kort med sin kritikk dersom han eller hun ikke kan vise til det som nettopp er kritikkverdig eller til det som skal roses.

Dersom en kan beskytte seg mot kritikk ved å rapportere et «fingeravtrykk» som tilsvarer en kritikkverdige uttalelse mister vi en sentral del av samfunnsdebatten. På samme måte mister

⁸⁵ <https://torrentfreak.com/youtube-copyright-complaint-kills-harvard-professors-copyright-lecture-160217/> (06.06.2021)

⁸⁶ <http://www.digital-digest.com/news-64386-Fox-Borrows-YouTube-Clip-for-Family-Guy-Then-DMCA-Blocks-the-Original.html> (06.06.2021)

⁸⁷ Se Elkin-Koren, s. 1098 for et lignende forslag til amerikanske «fair use» regler.

⁸⁸ Rognstad s. 313.

en mye av verdien til anmeldelser dersom en kan fjerne negative anmeldelser ved å melde de inn som brudd på opphavsretten. Det er derfor svært viktig at systemene er avanserte nok til at slik bruk ikke gripes inn i.

6.6.3 Karikatur, parodi og pastisj.

«[C]aricature, parody or pastiche» sikter her til ulike former for etterligninger av tidligere verk. Karikaturer er gjerne gjengivelser av kjente personer, hvor en overdriver enkelte trekk ved personen, eller gjengir det på en «forvrent eller lattervekkende overdreven» måte⁸⁹. Karikaturen kan omtales som en side av parodien, da parodier ikke kun begrenser seg til personer men også etterligner verk som en helhet på en overdreven eller satirisk måte⁹⁰. Begge verkstypene har som kjennetegn at de ofte bruker humor i etterligningene.

Humor kan trolig anses som en av de mest avanserte formene for kommunikasjon et menneske gjør. Det kan spille på motsetninger, eller overdrivelser, og tonen i budskapet er annerledes ved humor enn ved sitater. Det er usikkert om dataprogrammer kan, eller i det hele tatt vil kunne, oppfatte alle nyansene som ligger i humor, da det er en form for kommunikasjon som spiller på følelser. Derfor er det derfor eksepsjonelt viktig at en trår varsomt ved implementering av opplastningsfiltre på humor.

Karikatur, parodi og pastisj er alle etterligninger av andre verk, med større eller mindre endringer. Dette gjør at dataprogrammer fort vil kunne oppfatte dette som det originale verket og forhindre publisering av verket. Dersom endringen er stor vil nok programmet ofte klare jobben med å skille det fra det originale verket. Dette blir vanskeligere desto mer subtil endringen er, og jo mer som må leses mellom linjene.

⁸⁹ <https://snl.no/karikatur> (06.06.2021)

⁹⁰ <https://snl.no/parodi> (06.06.2021)

7 Avsluttende betraktninger

Over har jeg sett på når, og i hvilken grad delingstjenestetilbydere er ansvarlige for brukernes opplastninger. I den første delen kom jeg frem til at delingstjenestetilbydere generelt sett ikke er ansvarlig for brukernes opplastninger etter InfoSoc-direktivets art 3 (1). Jeg kom imidlertid til at resultatet i enkelte typetilfeller bør være ansvar fordi delingstjenestetilbyderne i disse situasjonene er å regne som aktive.

I den andre delen så jeg på de nye reglene i DSM-direktivet, og kom frem til at DSM-direktivet art. 17 (1) statuerer et generelt ansvar for delingstjenestetilbyderne.

Delingstjenestetilbyderen kan unngå ansvar etter direktivet dersom den overholder vilkårene i DSM art. 17 (4).

I den tredje delen så jeg på reglene om ansvarsfrihet etter e-handelsdirektivet. Jeg kom etter en drøftelse av reglene, praksis og reelle hensyn frem til at delingstjenestetilbydere generelt sett kom til å nyte godt av reglene om ansvarsfrihet etter direktivet. Dette åpner for en motstrid mellom DSM art. 17 (1) og e-handelsdirektivets art. 14, hvor den ene forbyr ansvar mens den andre ilegger ansvar. Hva som vil være resultatet i praksis er enda tidlig å svare på, men det er ikke usannsynlig at en i lys av DSM-direktivet søker å redusere området til e-handelsdirektivets art. 14.

I den fjerde delen så jeg nærmere på konsekvensene av et utstrakt ansvar for delingstjenestetilbydere, og opplastningsfiltrene som dermed må benyttes. Jeg pekte da på ulike fundamentale rettigheter som blir satt under press av filtrene. Fremover vil det bli opp til rettsanvenderen å finne frem til en rimelig balanse mellom disse fundamentale rettighetene og opphavers rett på kompensasjon for utnyttelsen av sitt verk.

Litteraturliste

Litteratur

Juridisk litteratur

Bøker

Haukeland Fredriksen, Halvard og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 2. utg., Fagbokforlaget 2014.

Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett*, 2. utg, Universitetsforlaget 2019.

Artikler

Arrebola, Carlos og Mauricio, Ana Julia og Jiménez Portilla, Héctor, “An Econometric Analysis of the Influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union”. *Cambridge Journal of Comparative and International Law*, Vol. 5, No. 1 (2016).

Bernt, Jan Fridthjof, *Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkenes muligheter*, Kritisk Juss nr. 1 1995 s.10-37, tilgang fra LovdataPro.

Brøvig-Hanssen, Ragnhild og Jones, Ellis; «Remiksens Retrett?: Plattformreguleringens innvirkning på mashup-musikk», *Norsk Medietidsskrift*, Årgang 107 nr.3 (2020) s. 1-17.

Elkin-Koren, Niva, «Fair Use by Design», *64 UCLA Law Review* 22 (2017) s.1084 til s.1100.

Engstrom, Evan og Feamster, Nick, *The Limits of Filtering: A look at the Functionality & Shortcomings of Content Detection Tools* (2017).

Léger, Philippe, *Law in the European Union: The Role of the Advocate General*, The Journal of Legislative Studies, Vol. 10 No. 1 (2004).

Liebowitz, Stan, *Economic Analysis of Safe Harbour Provisions*, (Forberedt for CISAC), 2018.

Mańko, Rafał, *Role of Advocates General at the CJEU*, European Parliamentary Research Service, 2019.

Spoerri, Thomas, «On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 10 (2) (2019).

Visser, Dirk J.G., *Trying to understand article 13*, [Utkast fra 18 mars 2019], <https://ssrn.com/abstract=3354494>

Øvrige artikler

Bergsland, Andreas: sampling - musikk i Store norske leksikon på snl.no. [https://snl.no/sampling - musikk](https://snl.no/sampling_-_musikk) (06.06.2021)

Kaser, Rachel, «Nintendo to ease its draconian rules for YouTubers and livestreamers», *The next web*, Amsterdam, Nederland 29. november 2018. <https://thenextweb.com/news/nintendo-new-video-rules> (06.06.2021)

Noessel, Chris, *Design is [Sci-Fi] – How Design in Sci-Fi and the Real World Influence Each Other*, Foredrag for GoogleDesign, publisert 12. oktober 2018, <https://www.youtube.com/watch?v=YPAAd2SCnsRQ> (22.05.2021)

Reda, Julia, *When filters fail: These cases show we can't trust algorithms to clean up the internet*, 28. september 2017. <https://juliareda.eu/2017/09/when-filters-fail/> (06.06.2021)

Tsukayama, Hayley, «Why Twitter is now profitable for the first time ever», *The Washington Post*, 8. februar 2018, <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/02/08/why-twitter-is-now-profitable-for-the-first-time-ever/> (06.06.2021)

Van der Sar, Ernesto, *YouTube Copyright Complaint Kills Harvard Professor's Copyright Lecture (Update)*, 17. februar 2017. <https://torrentfreak.com/youtube-copyright-complaint-kills-harvard-professors-copyright-lecture-160217/> (06.06.2021)

Internett sider

<https://quotecatalog.com/quote/sigmund-freud-everywhere-i-go-LaDLZga> (22.05.2021)

<https://www.geeksforgeeks.org/how-does-youtube-store-and-analyze-such-huge-amount-of-data/> (17.05.2021)

<https://support.google.com/youtube/answer/6327615?hl=en> (17.05.2021)

<https://wouldyouhavethought.com/live-stats/photos-uploaded-on-instagram> (25.05.2021)

<http://www.digital-digest.com/news-64386-Fox-Borrows-YouTube-Clip-for-Family-Guy-Then-DMCA-Blocks-the-Original.html> (06.06.2021)

Ukjent forfatter, <https://snl.no/karikatur> (06.06.2021)

Ukjent forfatter, <https://snl.no/parodi> (06.06.2021)

Lover forarbeider traktater og konvensjoner

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

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

Lov 1. juli 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester.

Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv.

Ot.prp.nr.46 (2004-2005), Om lov om endringer i åndsverkloven m.m

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2000/31/EF av 8. juni 2000 om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked («Direktivet om elektronisk handel»).

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. Mai 2001 om om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) (EU) 2019/790 av 17. april 2019 om opphavsrett og nærstående rettigheter i det digitale indre marked og om endring av direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF.

Proposal for a EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL DIRECTIVE on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society Treaty on European Union (TEU).

Charter of Fundamental Rights of the European Union

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1953 s. 633 (Bedriftsmusikk)

Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord)

Rt. 1964 s. 782 (Jukeboks)

Rt. 1997 s. 199 (Cirrus)

Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen)

Rt. 2012 s. 1062 (Tripp Trapp)

HR-2016-2239-A

HR-2017-2165-A (Il Tempo Gigante)

HR-2018-2268-A (RiksTV)

EU-domstolens praksis

C-206/01 (Arsenal)

C-89/04 (Mediakabel)

C-5/08 (Infopaq-saken)

C-306/05 (Rafael Hoteles)

Forente saker C-236/08 til 238/08 (Google France)

Forente saker C-403/08 og C-429/08 (Premier League)

C-136/09 (Organismos)

C-324/09 (eBay)

C-135/10 (SCF)

C-145/10 (Painer)

C-162/10 (PPL)

C-360/10 (SABAM)

C-351/12 (OSA)

C-466/12 (Svensson)

C-348/13 (Bestwater)

C-325/14 (SBS)

C-117/15 (Reha Training)

C-160/15 (GS Media)

C-610/15 (Ziggo)

Generaladvokatens uttalelse i forente saker C-682/18 og C-683/18 (Youtube/Cyando)

C-745/18 (Fleetmanager)

C-392/19 (VG Bildkunst)

C-500/19 (Puls 4 TV) (upublisert)

EMDs praksis

Neij og Sunde Kolmisoppi mot Sverige, no. 40397/12 [2013]

SIA AKKA/LAA mot Latvia, no. 562/05 [2016]