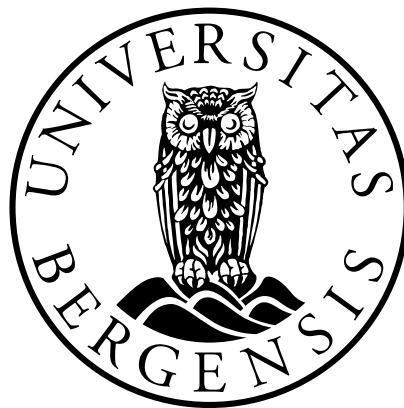


# Delingsplattformers økonomiske ansvar for brukernes opplastinger

*En sammenlikning av DSM-EP og dagens rettstilstand*

Kandidatnummer: 85

Antall ord: 14 986



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato: 10.12.2018

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Problemstilling og tema.....	3
1.2 Hensyn.....	6
1.3 Metodiske særtrekk og utfordringer .....	7
1.4 Avgrensninger .....	9
1.5 Fremstillingen videre.....	10
2 Kort om den europeiske rettstilstanden før og etter DSM-EP .....	11
2.1 Dagens rettstilstand.....	11
2.1.1 EUs opphavsrettsdirektiv .....	11
2.1.2 E-handelsdirektivet.....	12
2.2 Rettstilstanden etter DSM-EP.....	15
3 Sammenlikning av rettstilstanden før og etter DSM-EP .....	17
3.1 Generelt om den videre analysen.....	17
3.2 Online Content Sharing Service Provider .....	17
3.2.1 Innledning.....	17
3.2.2 Informasjonssamfunnstjeneste .....	18
3.2.3 Et av hovedformålene: Lagre og gi allmenheten tilgang til en betydelig mengde beskyttet materiale opplastet av brukerne .....	18
3.2.4 "[S]ignificant amount" – betydelig mengde.....	19
3.2.5 Optimalisering og promotering av profitt hensyn .....	21
3.2.6 Ytterligere avgrensninger .....	22
3.3 Forholdet mellom DSM-EP og Infosoc-direktivet .....	22
3.3.1 Er det samsvar mellom DSM-EP artikkel 13.1 og Infosoc-direktivet artikkel 3? .....	22
3.3.2 Rettslige konsekvenser av manglende samsvar .....	31
3.4 Forholdet mellom DSM-EP og e-handelsdirektivet .....	32
3.4.1 Er det samsvar mellom DSM-EPs fortale, punkt 37a, og e-handelsdirektivet artikkel 14?.....	32
3.4.2 Rettslige konsekvenser av manglende samsvar .....	38
3.5 Opplastingsfilter .....	41
3.5.1 Generelt om den videre drøftelsen .....	41

3.5.2	Må OCSSPer installere opplastingsfilter som en følge av DSM-EP?.....	42
3.5.3	Et opplastingsfilters kompatibilitet med dagens regelverk .....	43
4	Oppsummering og konklusjon .....	50
Kilder.....		52

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling og tema

12. september 2018 stemte Europaparlamentet *for* et revidert forslag til nytt opphavsrettsdirektiv: Directive on Copyright in The Digital Single Market<sup>1</sup> (heretter DSM-EP<sup>2</sup>). Oppgavens tema er forslagets forhold til gjeldende rett.

Oppgavens overordnede problemstilling er i hvilken grad DSM-EP vil påvirke delingsplattformers økonomiske ansvar for brukeropplastinger av åndsverk etter norsk rett. Formålet er å sammenlikne det økonomiske ansvarsregimet for delingsplattformer etter gjeldende rett, med regimet dersom DSM-EP blir vedtatt.

Med delingsplattformer menes online plattformer hvor *brukerne* laster opp materiale, herunder åndsverk,<sup>3</sup> som gjennom plattformen blir tilgjengeliggjort for andre brukere av plattformen. Delingsplattformer kjennetegnes ved at det er brukerne som initierer opplastingene, mens operatørene bidrar ved å opprette og vedlikeholde plattformen hvor det tilrettelegges for enkel deling av brukeropplastinger. Delingsplattformer er imidlertid ingen homogen gruppe. Et sentralt skille for oppgaven går mellom såkalte nøytrale delingsplattformer og piratplattformer.

Piratplattformer kjennetegnes ved at de har som formål å dele åndsverk uten rettighetshavers samtykke, og oppfordrer brukerne til å gjøre det. Et kjent eksempel på en piratplattform er The Pirate Bay.<sup>4</sup>

Med nøytrale delingsplattformer menes plattformer som *ikke* har som formål å dele åndsverk uten rettighetshavers samtykke. YouTube kan brukes som et illustrerende eksempel.

---

<sup>1</sup> Tilgjengelig på <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2018-0337+0+DOC+PDF+V0//EN>, Kommissjonens forslag i venstre spalte, forslaget stemt frem i Europaparlamentet i høyre.

<sup>2</sup> Når oppgaven viser til *DSM-EP*, siktes det til det nyeste *direktivforslaget* stemt frem av Europaparlamentet. Dette er hittil siste forslag i en lengre lovgivningsprosess, som også inkluderer Kommissjonens opprinnelige forslag og et forslag som ble nedstemt i Parlamentet i sommer. Der det henvises til tidligere direktivforslag påpekes dette eksplisitt. DSM-EP er nå i trepartsforhandlinger mellom Europaparlamentet, Kommissjonen og Ministerrådet, før en endelig avstemming foretas i starten av 2019.

<sup>3</sup> Se åndsverkloven § 2, andre ledd.

<sup>4</sup> Nærmere om The Pirate Bay i punkt 3.3.

Youtube.com er verdens nest mest besøkte nettside,<sup>5</sup> og det lastes opp over 400 timer med materiale på plattformen hvert minutt.<sup>6</sup> Alle YouTube's brukere må samtykke til plattformens "Terms of Service" (ToS).<sup>7</sup> Av denne fremgår det at brukeren samtykker til å *unngå* opplasting av åndsverksbeskyttet materiale som ikke tilhører brukeren selv, med mindre brukeren har godkjenning fra rettighetshaver, eller på annet grunnlag lov til å publisere materialet.<sup>8</sup> Dersom YouTube blir klar over opplastinger som bryter med vilkårene, kan de når som helst fjerne materialet samt terminere brukeren.<sup>9</sup> For å spore opp ulovlig materiale har YouTube også frivillig tatt i bruk gjenkjenningsteknologien Content ID.<sup>10</sup>

At det på tross av de ovennevnte tiltakene lastes opp uautoriserte åndsverk også på nøytrale delingsplattformer som YouTube, er snarere en følge av delingsplattformers grunnleggende kjennetegn: Det er brukerne som initierer opplastingen av materialet.

Operatørens ansvar reguleres i dag av to direktiver på EU-nivå. Opphavsrettsdirektivet<sup>11</sup> (Infosoc-direktivet) artikkel 3.1 pålegger medlemslandene blant annet å beskytte opphaverens enerett til "communication to the public" av deres verker. Videre pålegger e-handelsdirektivet<sup>12</sup> artikkel 14 medlemslandene, å sørge for at tjenestetilbydere som lagrer informasjon på oppfordring fra brukerne fritas for økonomisk ansvar på visse vilkår. Regelen i e-handelsdirektivet artikkel 14, omtales ofte som en *safe harbor* for tjenestetilbyderen.<sup>13</sup> Videre fremgår det av artikkel 15 at tjenestetilbydere ikke kan pålegges en generell plikt til å overvåke plattformen, eller undersøke forhold som antyder ulovlig virksomhet. Reglene er gjennomført i norsk rett, i henholdsvis åndsverksloven § 3<sup>14</sup> og e-handelsloven<sup>15</sup> §§ 18 og 19.

Etter åndsverkloven § 3 første ledd bokstav b, har opphaveren, eller den opphaveren har overdratt rettighetene til,<sup>16</sup> "enerett" til å blant annet "gjøre verket tilgjengelig for allmennheten". En måte et verk kan gjøres tilgjengelig er når det "overføres til allmennheten (...) herunder når verket kringkastes eller stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv

---

<sup>5</sup> <https://www.alexa.com/topsites>

<sup>6</sup> <https://blog.google/around-the-globe/google-europe/improving-our-brand-safety-controls/>

<sup>7</sup> Tilgjengelig på <https://www.youtube.com/static?gl=GB&template=terms>

<sup>8</sup> YouTube's ToS punkt 7.7.

<sup>9</sup> ToS punkt 7.8

<sup>10</sup> <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=no>

<sup>11</sup> 2001/29/EC.

<sup>12</sup> 2000/31/EC.

<sup>13</sup> F.eks. *Impact Assessment* del 1/3, s. 147.

<sup>14</sup> Lov om opphavsrett til åndsverk mv, LOV-2018-06-15-40.

<sup>15</sup> Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjeneste, LOV-2003-05-23-35.

<sup>16</sup> Heretter *rettighetshaver*.

kan velge tid og sted for tilgang til verket.", jf. åndsverkloven § 3 andre ledd bokstav d. Bestemmelsen svarer i stor grad til Infosoc-direktivet artikkel 3.1. Om noen griper inn i opphaverens eneretter kan rettighetshaver søke økonomisk kompensasjon etter åndsverkloven § 81.

Selv om det både skulle foreligge inngrep i opphaverens enerett, og ansvarsgrunnlag etter åndsverkloven, kan delingsplattformen likevel fritas fra økonomisk ansvar på visse vilkår. Etter e-handelsloven § 18 første ledd b, kan en "tjenestetilbyder som lagrer informasjon på oppfordring fra en tjenestemottaker" kun holdes erstatningsansvarlig for lagring av informasjon "dersom han har utvist forsett eller grov uaktsomhet", eller dersom tjenestetilbyderen ikke "uten ugrunnet opphold treffer nødvendige tiltak for å fjerne eller sperre tilgangen til informasjonen etter at forsettet eller den grove uaktsomheten etter første ledd forelå", jf. annet ledd. I tillegg uttrykker e-handelsloven § 19 et forbud mot en generell overvåknings- eller undersøkelsesplikt for tjenestetilbyderen, tilsvarende e-handelsdirektivet artikkel 15.

Selv om oppgavens problemstilling knytter seg til plattformenes ansvar etter *norsk rett*, ligger fokuset primært på EU-rettslige problemstillinger. Årsaken er at de norske reglene i stor grad gjennomfører EU-direktiver, noe som medfører at deres nærmere innhold styres av EU-domstolens tolkning av disse direktivene. Dette utdypes i punkt 1.3.

DSM-EP kan sees på som Europaparlamentets forsøk på å tilpasse EU-regelverket til den digitale utviklingen, som har endret måten åndsverk lages, produseres, deles og utnyttes.<sup>17</sup> Særlig har fremveksten av delingsplattformer ført til store endringer for rettighetshaverne.

Når alle med en internettilkobling kan dele åndsverk med et tastetrykk, medfører det store mengder uautoriserte opplasteringer på delingsplattformene.<sup>18</sup> Brukeren som laster opp materiale på plattformen uten rettighetshavers samtykke, kan riktignok holdes økonomisk ansvarlig.<sup>19</sup> Å saksøke den enkelte bruker er imidlertid utfordrende – til det er brukerne for mange. Operatørene av delingsplattformene har dessuten tjent millioner på brukeropplastet

---

<sup>17</sup> COM (2016) 593, side 2.

<sup>18</sup> *Impact Assessment* del 1/3, s. 138.

<sup>19</sup> C-610/15, *Ziggo* avsnitt 15: "It has also been established that *subscribers* to Ziggo and XS4ALL, through [The Pirate Bay], make protected works available without the rightholders' consent *and thus infringe* the copyright (...) of those rightholders." (Min utheving).

materiale,<sup>20</sup> herunder verker tilgjengeliggjort uten rettighetshavers samtykke. For rettighetshaverne er det derfor ønskelig å holde operatørene økonomisk ansvarlig for brukernes opplastinger. Operatørene har imidlertid hevdet at dagens regelverk i utstrakt grad fritar de fra et slikt ansvar. Med henvisning til dette har operatører motsatt seg inngåelse av lisensavtaler med rettighetshaverne.<sup>21</sup>

Av DSM-EP artikkel 13.1 fremgår det at visse delingsplattformer per definisjon overfører til allmenheten.<sup>22</sup> Begrepet er en klar henvisning til opphaverens eneretter etter Infosoc-direktivet 3.1, og artikkel 13.1 innebærer at plattformene per definisjon krenker eneretten dersom brukerne laster opp verker uten rettighetshavernes samtykke.<sup>23</sup> Videre fremgår det av fortalens punkt 37a, at slike plattformer heller ikke kvalifiserer for safe harbor-beskyttelse etter e-handelsdirektivet artikkel 14.<sup>24</sup> På bakgrunn av dette pålegges slike plattformer i DSM-EP artikkel 13.1 å inngå lisensavtaler med rettighetshaverne for alle plattformenes overføringer til allmenheten, hvilket i praksis innebærer alle opplastinger.

## 1.2 Hensyn

DSM-EP gir uttrykk for spenningsforholdet som ligger mellom beskyttelse av åndsverk og beskyttelse av bedrifter hvis forretningsmodell baserer seg på brukeropplastinger. En av opphavsrettens sentrale begrunnelser er at vern av åndsverk skaper incentiver for videre produksjon og distribusjon av disse.<sup>25</sup> Hvor sterk beskyttelsen skal være, må imidlertid balanseres mot motstående hensyn. Se til illustrasjon *Sabam/Netlog*:

"(...) in the context of measures adopted to protect copyright holders, national authorities and courts must strike a fair balance between the protection of copyright and the protection of the fundamental rights of individuals who are affected by such measures."<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> *Impact Assessment* del 1/3, s. 139.

<sup>21</sup> DSM-EP, fortalen, punkt 37.

<sup>22</sup> Plattformen som omfattes av definisjonen på en Online Content Sharing Service Provider i DSM-EP artikkel 2, første avsnitt, bokstav 4b. Se punkt 3.2.

<sup>23</sup> Se nærmere punkt 2.2 og 3.3.

<sup>24</sup> Se nærmere punkt 2.2 og 3.4.

<sup>25</sup> Rognstad (2009), s. 32.

<sup>26</sup> C-360/10, avsnitt 43. Dommen gjennomgås nærmere i punkt 3.5.3.

En (for) sterk opphavsrettsbeskyttelse vil svekke mulighetene til å drive en delingsplattform.<sup>27</sup> Mye av veksten i den globale økonomien kommer fra internetselskaper,<sup>28</sup> herunder delingsplattformer, og EU har som uttalt mål å stimulere denne veksten.<sup>29</sup>

Hvor balansepunktet mellom hensynet til rettighetshaverne og delingsplattformene skal settes, er en politisk beslutning. DSM-EP kan forstås som et standpunkt om at dagens regelverk har gitt delingsplattformene en for sterk beskyttelse. Plattformene har fått en for stor del av den økonomiske gevinsten fra åndsverkene på bekostning av rettighetshaverne.<sup>30</sup> Andre hevder imidlertid at fremveksten av delingsplattformer har skapt nye markeder for deling av åndsverk, slik at fremveksten snarere har økt fortjenesten til både rettighetshavernes og plattformenes gevinst.<sup>31</sup>

### 1.3 Metodiske særtrekk og utfordringer

I det følgende vil det redegjøres for noen av de metodiske særtrekkene og utfordringene som aktualiseres i oppgaven.

For det første må det utdypes hvorfor en oppgave som omhandler delingsplattformers økonomiske ansvar etter norsk rett, primært vil omhandle det europeiske regelverket.

Som vist i punkt 1.1, er åndsverkloven § 3 og e-handelsloven §§ 18 og 19 nesten ordrette gjennomføringer av tilsvarende EU-direktiver, henholdsvis Infosoc-direktivet artikkel 3.1 og e-handelsdirektivet artikkel 14 og 15. Direktivene er inntatt i EØS-avtalen, i henholdsvis vedlegg 17 og 11, og er dermed folkerettslig bindende for Norge. DSM-EP er fremdeles på forhandlingsbordet og det tar tid før et eventuelt direktiv trer i kraft. Det vil ta enda lenger tid før et vedtatt direktiv blir inntatt i EØS-avtalen og blir folkerettslig bindende for Norge. Det er imidlertid utvilsomt at DSM-EP, om det blir vedtatt, må gjennomføres i norsk rett gjennom

---

<sup>27</sup> Til illustrasjon for hva som står på spill kan det sees til USA, hvor delingsplattformen Veoh i 2008 ble saksøkt av Universal Music Group for brukernes inngripende opplastinger. Etter syv år i amerikanske domstoler ble plattformen endelig holdt ansvarfri i *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*, 718 F.3d 1006 (9th Cir. 2013). Det hjalp lite for Veoh som gikk konkurs tre år tidligere. Se nærmere Bridy (2016), s. 789.

<sup>28</sup> <https://medium.com/@maxmarmer/a-look-at-how-technology-is-reshaping-the-global-economy-c716c4681e06>

<sup>29</sup> Se direktiv 2000/31/EC, fortalet, punkt 2 til 8.

<sup>30</sup> COM(2016) 288, s. 8

<sup>31</sup> Frosio (2017), s. 201.



endringer i for eksempel åndsverkloven og/eller e-handelsloven. Dette er også forutsatt i åndsverklovens forarbeider.<sup>32</sup>

EU-domstolens prejudisielle avgjørelser er videre bindende for norske domstoler, hvis de er avsagt før inngåelsen av EØS-avtalen, jf. EØS-avtalen artikkel 6. EU-domstolens praksis avsagt etter inngåelsen av EØS-avtalen er ikke direkte bindende, men har stor betydning for tolkningen av norske lover, særlig der disse tar sikte på å implementere EU-direktiver. Se til illustrasjon Rt-1997-1954, der Høyesterett på side 1961 uttaler:

"Men også senere avgjørelser vil være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet. I og med at arbeidsmiljøloven kap XII A er utformet med sikte på å implementere direktivet i norsk rett, vil disse rettsavgjørelser få direkte betydning for hva som er norsk rett på dette området."

I praksis vil EU-domstolen styre tolkningen av den norske regelen. Som Arnesen og Stenvik påpeker:

"[H]vis EFTA- eller EU-domstolen allerede har presisert innholdet av en bestemmelse gjennom én eller flere avgjørelser, blir oppgaven først og fremst å skaffe seg oversikt over, og tolke, disse avgjørelsene."<sup>33</sup>

Med andre ord må man se hen til de tilsvarende EU-reglene, samt EU-domstolens tolkning av disse, for å avgjøre innholdet i norsk rett. Først når innholdet i det europeiske regelverket er kartlagt, både før og etter DSM-EP, kan det sies noe endelig om innholdet i norsk rett. Oppgaven vender derfor tilbake til norsk rett i konklusjonen, kapittel 4.

Når EU-domstolens avgjørelser skal tolkes vil oppgaven i visse tilfeller se hen til Generaladvokatens rådgivende uttalelser.<sup>34</sup> Generaladvokatens uttalelser er kun ment å veilede domstolen på de forelagte spørsmålene, og uttalelsene har ingen *formell* rettskildemessig verdi.<sup>35</sup> Imidlertid henviser domstolen ofte til Generaladvokatens uttalelser,<sup>36</sup> og uttalelsene er grundigere enn domstolens knappe premisser. Generaladvokatens uttalelser

---

<sup>32</sup> Innst. 258 L (2017–2018) s. 8: "Det er derfor lite hensiktsmessig for Norge å innføre nasjonale regler før EU har vedtatt en endelig bestemmelse om dette."

<sup>33</sup> Arnesen/Stenvik (2015), s. 28.

<sup>34</sup> Særlig i punkt 3.3.1.

<sup>35</sup> Se nærmere i Dashwood (1982).

<sup>36</sup> F.eks. *Ziggo* avsnitt 35 og 36.

kan derfor være et relevant bidrag når innholdet og rekkevidden av EU-domstolens avgjørelser skal vurderes.

Et ytterligere særtrekk ved oppgaven er at DSM-EP fremdeles er på forhandlingsbordet. DSM-EP er således kun et *direktivforslag*, og et endelig direktiv kan godt avvike fra dette forslaget. Oppgaven tar med andre ord sikte på å sammenlikne gjeldende rett med et hypotetisk direktiv. For å kunne besvare oppgavens problemstilling, forutsettes det imidlertid at direktivforslaget blir stående med sine nåværende formuleringer, samt inkorporeres i norsk rett.

At DSM-EP kun er på forslagsstadiet innebærer at det naturlig nok er sparsommelig med rettskilder. Den begrensede mengden kilder som finnes, knytter seg i all hovedsak til tidligere direktivforslag.<sup>37</sup> De sentrale trekkene fra tidligere forslag er imidlertid ivaretatt, slik at kilder tilknyttet disse også har relevans for tolkningen av DSM-EP.

## 1.4 Avgrensninger

Oppgaven omhandler delingsplattformers økonomiske ansvar. Det avgrenses derfor mot strafferettslig ansvar, jf. åndsverkloven §§ 79-80, samt andre sivilrettslige sanksjoner, i første rekke domstolens kompetanse til å avsi en dom som forbyr noen å gjenta eller gjennomføre en overtredelseshandling (forbudsdom), jf. åndsverkloven § 78.

Delingsplattformer er beskrevet i punkt 1.1. Beskrivelsen er imidlertid ikke vanntett og det finnes flere tilgrensende tjenesteytere. Her kan særlig skylagringstjenester nevnes.<sup>38</sup> Skylagringstjenester kan også beskrives som plattformer hvor brukerne potensielt kan laste opp verker uten rettighetshavernes samtykke, og hvor operatøren bidrar ved å opprette og vedlikeholde plattformen. Den sentrale forskjellen mellom slike plattformer og delingsplattformene som analyseres i oppgaven, er at opplastingene på skylagringstjenester i hovedsak kun er tilgjengelig for brukeren som laster den opp, ikke for *alle* plattformens

---

<sup>37</sup> Kommissjonens opprinnelige forslag og forslaget som ble nedstemt i Europaparlamentet i juli.

<sup>38</sup> F.eks. OneDrive og Dropbox.

brukere.<sup>39</sup> Skylagringstjenester er også eksplisitt uttatt fra DSM-EPs regulering, og vil ikke drøftes nærmere.<sup>40</sup>

Som påpekt i 1.3 er EU-domstolen en tungtveiende rettskilde ved tolkningen av de norske bestemmelsene. Det er årsaken til at det ikke går inn på den eneste norske Høyesterettsdommen knyttet til avledede inngrep i opphaverens eneretter på internett, Rt-2005-41 (Napster). I dommen ble lenking til ulovlige verker subsumert under medvirkningsansvar. Siden Napster-dommen har EU-domstolen subsumert lenking til ulovlige verker under primæringrep, se særlig C-160/15 *GS Media*. Napster-dommen gir derfor ikke lenger uttrykk for gjeldende rett, og vil ikke drøftes nærmere.

## 1.5 Fremstillingen videre

Å skrive en oppgave som sammenlikner to regelsett, i dette tilfellet rettstilstanden før og etter DSM-EP, byr på strukturelle utfordringer. En hovedutfordring er å sikre at fremstillingen blir oversiktlig samtidig som sammenlikningen blir tilstrekkelig fokusert. Om oppgaven først foretar en fullstendig redegjørelse av det ene regelsettet før det redegjøres for og sammenliknes med det andre, kan det bli langt mellom elementene som skal sammenliknes. På den andre siden, om oppgaven foretar en fortløpende komparasjon av de enkelte bestanddelene i de to regelsettene, risikerer den å fremstå som uoversiktlig.

Utfordringen løses på følgende måte: I kapittel 2 gis en kort oversikt over hvilke vurderinger som er relevante for å avgjøre delingsplattformers økonomiske ansvar, både *før* og *etter* DSM-EP. Slik gis det et overblikk over rettstilstanden, før det i kapittel 3 foretas en dyptgående sammenlikning samt subsumsjon over de samme vurderingene. I kapittel 4 oppsummeres konklusjonene fra kapittel 3, før disse anvendes på norsk rett for å besvare oppgavens overordnede problemstilling: I hvilken grad DSM-EP vil påvirke delingsplattformers økonomiske ansvar for brukeropplasteringer av åndsverk etter norsk rett.

---

<sup>39</sup> Tilgangen til filene er som oftest betinget av passord, eller av at opplasteren har gitt bestemte brukere tilgang. Skylagringstjenester er derfor ikke egnet for spredning av filene i et så massivt omfang som "klassiske" delingsplattformer som YouTube.

<sup>40</sup> Se punkt 3.2.6.

# 2 Kort om den europeiske rettstilstanden før og etter DSM-EP

## 2.1 Dagens rettstilstand

### 2.1.1 EUs opphavsrettsdirektiv

EUs opphavsrettsdirektiv<sup>41</sup> (Infosoc-direktivet) ble utformet for å harmonisere medlemslandenes regulering av opphavsrett og tilgrensende retter, særlig med tanke på informasjonssamfunnet.<sup>42</sup>

Direktivets artikkel 3.1 er av særskilt interesse for plattformansvaret. Bestemmelsen fastsetter at medlemslandene er forpliktet til å, under rettighetshavers eksklusive rett til tilgjengeliggjøring for allmennheten, inkludere beskyttelse for *overføring til allmennheten* ("communication to the public"), herunder når verket *stilles til rådighet* for allmennheten på et *individuellt valgt sted og tidspunkt*.<sup>43</sup>

Begrepet "communication to the public" gir liten veiledning for det nærmere innholdet i eneretten. Både ordlyden "communication" og "to the public" er vage. EU-domstolen har derfor fremhevet at det nærmere innholdet må presiseres "in light of the objectives pursued by that directive and the context in which the provision being interpreted is set".<sup>44</sup>

EU-domstolen har videre fremhevet at "communication to the public" har to kumulative hovedvilkår: (1) det må foreligge en overføringshandling ("act of communication") og (2), denne overføringshandlingen må være rettet mot allmenheten ("the public").<sup>45</sup> For å balansere de bakenforliggende hensynene må det i tillegg tas hensyn til supplerende kriterier i vurderingen, som henger sammen og er avhengige av hverandre.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup> Direktiv 2001/29/EC.

<sup>42</sup> Fortalen, første punkt.

<sup>43</sup> Åndsverkloven § 3 inkorporerer bestemmelsen i norsk rett, se punkt 1.3.

<sup>44</sup> C-610/15, *Ziggo*, avsnitt 21.

<sup>45</sup> *Id.* Avsnitt 24.

<sup>46</sup> *Id.* Avsnitt 25. Se nærmere i punkt 3.3.1.

For *delingsplattformer* har EU-domstolen fremhevet at kjernen i en overføringshandling er når en aktør, med full kunnskap om konsekvensene av sine handlinger, medvirker til å gi brukerne sine tilgang til et beskyttet verk. Dette gjelder særlig hvis brukerne ikke ville hatt, eller ville hatt større vanskeligheter med å få tilgang til verket uten denne handlingen.<sup>47</sup>

Hva gjelder det andre hovedelementet, at overføringshandlingen må nå allmenheten, har EU-domstolen lagt til grunn at vilkåret sikter til et ubestemt og betydelig antall personer.<sup>48</sup> Når det ligger materiale tilgjengelig på en åpent tilgjengelig delingsplattform, er det lite tvilsomt at dette når allmenheten.<sup>49</sup>

I tillegg har EU-domstolen sett hen til hvorvidt overføringshandlingen når en *ny* allmenhet,<sup>50</sup> samt hvorvidt overføringen er for profitt.<sup>51</sup>

## 2.1.2 E-handelsdirektivet

Selv om en rettsanvender kommer til at operatøren av en delingsplattform *overfører til allmenheten* ved uautoriserte brukeropplaster, jf. Infosoc-direktivet artikkel 3.1, er det ikke ensbetydende med at delingsplattformen holdes økonomisk ansvarlig for inngrepet.

En hjemmel for ansvarsfritak finnes i e-handelsdirektivet<sup>52</sup> artikkel 14. Formålet med direktivet er å sikre fri bevegelse for informasjonssamfunnstjenester<sup>53</sup> innad i EU, ved å lage et harmonisert regelverk for disse.<sup>54</sup>

Etter artikkel 14, plikter medlemslandene å sikre at en informasjonssamfunnstjeneste hvis tjeneste innebærer å lagre informasjon på oppfordring fra tjenestemottakeren, fritas for økonomisk ansvar dersom tjenestetilbyderen oppfyller visse vilkår.<sup>55</sup> Slik delingsplattformer er beskrevet i 1.1, vil de etter ordlyden kunne karakteriseres som tjenestetilbydere som lagrer informasjon på oppfordring fra tjenestemottaker, og dermed omfattes av artikkel 14.

---

<sup>47</sup> *Id.* Avsnitt 26.

<sup>48</sup> *Id.* Avsnitt 27.

<sup>49</sup> *Id.* Avsnitt 42.

<sup>50</sup> *Id.* Avsnitt 44.

<sup>51</sup> *Id.* Avsnitt 29.

<sup>52</sup> Direktiv 2000/31/EC.

<sup>53</sup> For nærmere beskrivelse av informasjonssamfunnstjenester, se punkt 3.2.2.

<sup>54</sup> Fortalen, punkt 8.

<sup>55</sup> E-handelsloven § 18 inkorporerer beskyttelsen i norsk rett, se punkt 1.3.

For å kvalifisere for artikkel 14-beskyttelse har imidlertid EU-domstolen i dommene *Google France*<sup>56</sup> og *eBay*<sup>57</sup>, oppstilt et krav om at tjenestetilbyderen ikke må innta en *aktiv* rolle i behandlingen av brukernes data. Hvis tjenestetilbyderen tar en "active role of such a kind as to give it knowledge of, or control over, those data", beskyttes den ikke av artikkel 14.<sup>58</sup> Det nærmere innholdet i vurderingen analyseres grundig i punkt 3.4.1.

Dersom tjenestetilbyderen er tilstrekkelig passiv, angir artikkel 14 to rettslige grunnlag som kan fritta operatøren av delingsplattformen for økonomisk ansvar. Dersom tjenestetilbyderen hverken har "actual knowledge" eller er "aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent", fritas han for ansvar.<sup>59</sup> Selv om tjenestetilbyderen har faktisk kunnskap, eller tilstrekkelig kunnskap om omstendighetene som gjør den ulovlige aktiviteten åpenbar, fritas han likevel for ansvar dersom tilgangen til det ulovlige materialet "expeditiously" fjernes etter at tjenestetilbyderen fikk "knowledge or awareness" om den ulovlige aktiviteten.<sup>60</sup>

I tillegg fremgår det av artikkel 15 at medlemslandene ikke kan pålegge tjenestetilbyderne en generell plikt til å overvåke informasjonen de lagrer, ei heller en generell plikt til å undersøke forhold som antyder ulovlig virksomhet.<sup>61</sup>

Ovenfor er det gitt en oversikt over hvilke vurderinger en rettsanvender må foreta for å avgjøre hvorvidt den delingsplattform kan holdes ansvarlig for brukernes opplasting etter det *nåværende* europeiske regimet. En mer dyptgående drøftelse av vurderingene gjøres i den fortløpende sammenlikningen i kapittel 3. Dagens regelverk kan også synliggjøres med et diagram:

---

<sup>56</sup> Forente saker C-236/08 til C-238/08, *Google France and Google*.

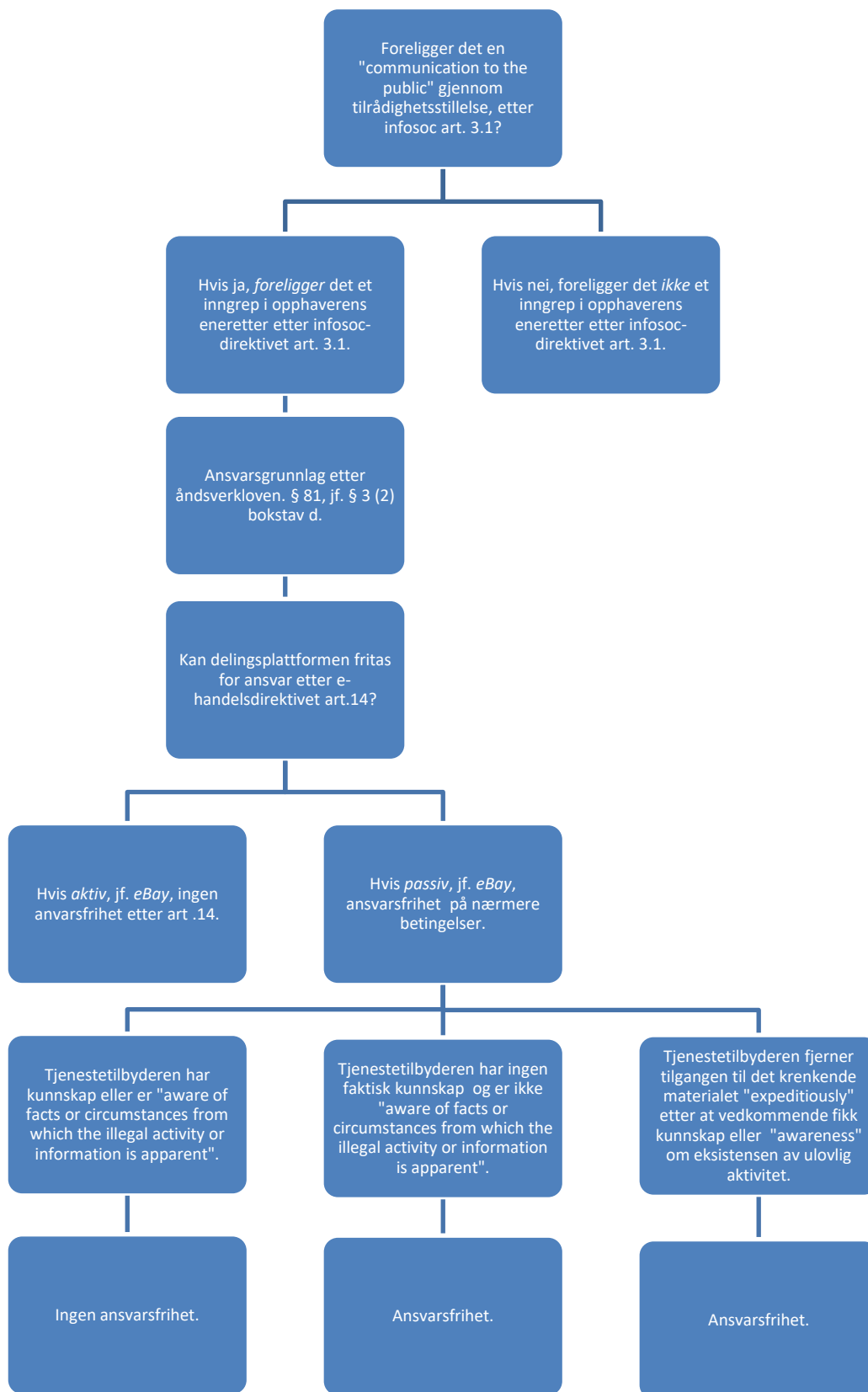
<sup>57</sup> C-324/09, *L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others*.

<sup>58</sup> *Id.* Avsnitt 113.

<sup>59</sup> E-handelsdirektivet artikkel 14.1 a.

<sup>60</sup> E-handelsdirektivet artikkel 14.1 b.

<sup>61</sup> Inkorporert i norsk rett i e-handelsloven § 19.



## 2.2 Rettstilstanden etter DSM-EP

Punkt 2.1 ga en oversikt over de komplekse vurderingene som foretas for å avgjøre hvorvidt en delingsplattform kan holdes økonomisk ansvarlig for brukeropplastinger etter dagens regelverk. DSM-EP innebærer tilsynelatende en forenkling av ansvarsvurderingen ved å opprette en ny vurdering for plattformer som omfattes av definisjonen av en Online Content Sharing Service Provider (OCSSP).

OCSSP er definert i DSM-EPs artikkel 2, første avsnitt bokstav 4b, som en informasjonssamfunnstjeneste, hvis hovedformål er å lagre og gi allmenheten tilgang til en betydelig mengde opphavsrettsbeskyttet materiale som tjenesten optimaliserer og promoterer for økonomisk vinning. I tillegg lister bestemmelsen opp eksempler på delingsplattformer som ikke er å regne som OCSSP.<sup>62</sup>

Når rettsanvenderen har avklart om delingsplattformen omfattes av definisjonen på en OCSSP, er den videre vurderingen tilsynelatende enkel.

Dersom delingsplattformen faller utenfor definisjonen av en OCSSP, reguleres ikke plattformen av DSM-EP. Vurderingen vil være som i dag, se punkt 2.1. Dersom delingsplattformen omfattes av definisjonen er situasjonen en annen. Av artikkel 13.1 fremgår det at OCSSP, "without prejudice" til Infosoc-direktivet artikkel 3.1, "perform an act of communication to the public".<sup>63</sup> Med andre ord vil OCSSP *per definisjon* gripe inn i opphaverens enerett.

På bakgrunn av inngrepet pålegger artikkel 13.1 OCSSP å inngå lisensavtaler med rettighetshaverne som omfatter alle plattformens overføringer til allmenheten. I og med at OCSSP *per definisjon* griper inn i opphaverens enerett, vil kravet om lisens i praksis omfatte alle brukeropplastinger på plattformen.

I fortalens punkt 37 hevdes det at brukerdelingsplattformer har unngått å inngå lisensavtaler, under påskudd av å være beskyttet av safe-harbor unntaket i e-handelsdirektivet artikkel 14. For å få bukt med dette postuleres det i punkt 37a, at siden OCSSP optimaliserer og promoterer materialet, gjennom blant annet "displaying, tagging, curating, sequencing (...)

---

<sup>62</sup> Se nærmere om definisjonen i punkt 3.2.

<sup>63</sup> Se nærmere i punkt 3.3.

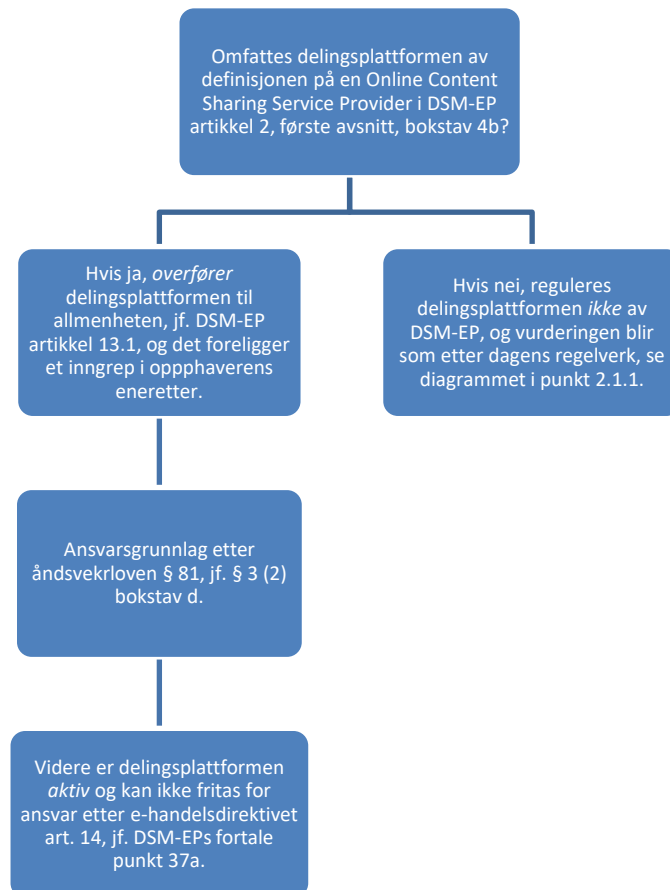


irrespective of the means used thereof", vil plattformen "act in an active way" og kan derfor ikke beskyttes av e-handelsdirektivet artikkel 14.<sup>64</sup>

Oppsummert innebærer DSM-EP, på overflaten, at delingsplattformer som omfattes av definisjonen av en OCSSP i artikkel 2 første avsnitt bokstav 4b, krenker opphaverens eneretter ved å overføre verket til allmenheten. I tillegg er de *aktive* og kan ikke beskyttes av e-handelsdirektivet, jf. fortalens punkt 37a.

At OCSSPer per definisjon overfører til allmenheten og er aktive, kan også i praksis medføre at de må installere opplastingsfilter for å beskytte seg mot økonomisk ansvar.<sup>65</sup>

Også systemet DSM-EP legger opp til kan illustreres med et diagram:



<sup>64</sup> En klar henvisning til *eBay*. Se punkt 3.4.

<sup>65</sup> Se punkt 3.5.

# 3 Sammenlikning av rettstilstanden før og etter DSM-EP

## 3.1 Generelt om den videre analysen

I det følgende skal det vurderes om, og eventuelt i hvilken grad, delingsplattformers økonomiske ansvar for brukeropplastinger påvirkes av DSM-EP. Som tydeliggjort i punkt 2.2, har reguleringen i DSM-EP artikkel 13 og tilhørende fortale, kun rettslige konsekvenser for delingsplattformer som omfattes av definisjonen av Online Content Sharing Service Provider (OCSSP) i artikkel 2 første avsnitt bokstav 4b. Dersom delingsplattformen faller utenfor definisjonen er ansvarsvurderingen som i dag.<sup>66</sup> Det er derfor avgjørende for den videre drøftelsen å redegjøre for det nærmere innholdet og eventuelle avgrensingsproblemer knyttet til definisjonen av en OCSSP. Dette gjøres i punkt 3.2.

Oppgaven sammenlikner deretter den rettslige reguleringen av delingsplattformer *som faller innenfor definisjonen* av en OCSSP *før og etter* DSM-EP. Sammenlikningen gjennomføres på følgende måte: Først presenteres en rettslig regulering for OCSSPer i DSM-EP. Deretter sammenliknes denne reguleringen med hvordan delingsplattformer som faller inn under definisjonen av en OCSSP i DSM-EP ville ha vært regulert etter dagens regelverk. Hvis det påvises et avvik, vurderes det til slutt hvilke rettslige konsekvenser avviket har.

## 3.2 Online Content Sharing Service Provider

### 3.2.1 Innledning

Av DSM-EP artikkel 2 første avsnitt bokstav 4b fremgår det at en Online Sharing Service Provider er en *informasjonssamfunnstjeneste*, hvor et av *hovedformålene* er å *lagre og gi allmenheten tilgang til en betydelig mengde opphavsrettsbeskyttet materiale*, som tjenesten *optimaliserer og promoterer for økonomisk vinning*.

---

<sup>66</sup> Se punkt 2.2.

I det følgende vil oppgaven redegjøre for definisjonens nærmere innhold, samt i hvilken grad delingsplattformer omfattes av denne.

### 3.2.2 Informasjonssamfunnstjeneste

En informasjonssamfunnstjeneste er i DSM-EP artikkel 2 første avsnitt bokstav 4c definert som en tjeneste slik beskrevet i Direktiv 2015/1535 artikkel 1.1 bokstav b. Av sistnevnte bestemmelse fremgår det at informasjonssamfunnstjenester er enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag ("normally provided for remuneration"), formidles elektronisk ("by electronic means"), over avstand ("at a distance") og etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker ("at the individual request of a recipient of services").

At delingsplattformer tilbyr en tjeneste som formidles elektronisk, over avstand og etter anmodning fra tjenestemottaker, er lite tvilsomt.<sup>67</sup> Kravet om at tjenesten skal være mot vederlag, kan ved første øyekast synes problematisk for delingsplattformer, da disse i all hovedsak er gratis for brukerne.<sup>68</sup> EU-domstolen har imidlertid tolket vilkåret vidt.<sup>69</sup> De fleste delingsplattformer finansieres av skreddersydd reklame basert på persondata fra brukerne.<sup>70</sup> Dette betyr at plattformen ikke er gratis. Motytelsen utgjør bare noe annet enn penger: persondata og reklameeksponering. I lys av den vide tolkningen av *mot vederlag* i EU-domstolen må delingsplattformer sies å oppfylle vilkåret, og dermed anses som informasjonssamfunnstjenester.

### 3.2.3 Et av hovedformålene: Lagre og gi allmenheten tilgang til en betydelig mengde beskyttet materiale opplastet av brukerne

Videre må informasjonssamfunnstjenesten ha som et av sine *hovedformål* å lagre og gi allmenheten tilgang til en betydelig mengde beskyttet materiale. Dette er en endring fra Kommisjonens opprinnelige forslag til artikkel 13.1 der fokuset lå på den faktiske mengden.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> Se beskrivelsen av delingsplattformer i punkt 1.1 og til illustrasjon *eBay*, avsnitt 109 og 110.

<sup>68</sup> Eksempler på delingsplattformer der brukeren, i hovedsak, ikke må betale for tilgang er YouTube, Vimeo, Dailymotion, Facebook og Instagram.

<sup>69</sup> C-484/14, *Mc Fadden*, avsnitt 41: "The remuneration of a service (...) does not require the service to be paid for by those for whom it is performed (...)."

<sup>70</sup> F.eks. <https://www.youtube.com/yt/advertise/> og <https://vimeo.com/about/advertisers>

<sup>71</sup> "[T]hat store and provide to the public access to large amounts of works"<sup>71</sup>(min utheving). Tilgjengelig på: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN>

Å fokusere på formål skaper vanskelige grensdragninger. Formål er i sin natur et subjektivt avgrensningskriterium. Det synes klart at en rettsanvender kan se igjennom rene proforma-formål, der disse ikke svarer til de underliggende realitetene. En operatør som har satt opp og vedlikeholder en plattform hvor det tilgjengeliggjøres betydelige mengder beskyttet materiale, må åpenbart omfattes uavhengig av plattformens uttalte formål. Andre situasjoner er mer usikre. I det følgende vil det gis et par eksempler der formål som avgrensningskriterium kan skape problemer.

At det fokuseres på formål, kan ta fokuset vekk fra den faktiske mengden tilgjengeliggjort materiale på plattformen. Etter ordlyden vil en liten delingsplattform, akkurat for stor til å være en småbedrift,<sup>72</sup> kunne omfattes fordi plattformen har som uttalt formål om å vokse til en størrelse der plattformen lagrer og gir tilgang til *betydelige mengder* opphavsrettslig beskyttet materiale.

Videre kan det skape utfordringer å avgjøre hva som er et av tjenestetilbyderens hovedformål. For å illustrere: Det er lite tvilsomt at YouTube har som ett av sine primære (om ikke *det* primære) formål at brukerne skal dele betydelige mengder opphavsrettslig vernet materiale.<sup>73</sup> En vanskeligere vurdering er der plattformen har andre fremtredende formål, eksempelvis sosiale medier som Twitter. Twitter tilbyr en plattform hvor forretningsideen er at brukerne dele korte meldinger med andre brukere.<sup>74</sup> Kjendiser, statsledere, offentlige organer etc. kommuniserer i utstrakt grad med sitt publikum via Twitter.<sup>75</sup> Samtidig er det ingen tvil om at det lastes opp *betydelige mengder* opphavsrettsbeskyttet materiale på plattformen.<sup>76</sup> Har Twitter dermed som et av sine hovedformål å lagre og gi tilgang til slike betydelige mengder?

### 3.2.4 "[S]ignificant amount" – betydelig mengde

Også innholdet i begrepet "significant amount" fremstår uklart. Vilkåret virker som et avgrensningskriterium mot plattformer hvis formål er å dele mindre mengder beskyttet materiale. Utfordringen ligger i å kvantifisere hvor den nedre terskelen for "significant amount" går.

---

<sup>72</sup> Eksplicit unntatt fra OCSSP-definisjonen, se punkt 3.2.6

<sup>73</sup> Vel og merke ikke uten rettighetshavernes samtykke, se punkt 1.1.

<sup>74</sup> Maksimum 280 ord, se [https://blog.twitter.com/official/en\\_us/topics/product/2017/tweetingmadeeasier.html](https://blog.twitter.com/official/en_us/topics/product/2017/tweetingmadeeasier.html)

<sup>75</sup> F.eks. <https://twitter.com/petternorthug1>, <https://twitter.com/realdonaldtrump>, <https://twitter.com/oslopolitiopt>

<sup>76</sup> Se punkt 3.2.4.

I det opprinnelige kommisjonsforslaget ble formuleringen "large amounts" brukt i artikkel 13.1<sup>77</sup> som et avgrensende kriterium tilsvarende "significant amount". Dette kriteriet ble kritisert som uklart.<sup>78</sup> Det er rimelig å anta at den endrede ordlyden fra "large" til "significant" er et bevisst valg fra lovgivers side som medfører at terskelen er endret. I hvilken retning endringen gikk er imidlertid ikke godt å si. Til illustrasjon definerer ordboken Merriam Webster "significant" som "of a noticeably or measurably large amount",<sup>79</sup> mens "large" er definert som "dealing in great numbers or quantities".<sup>80</sup> Ingen av disse definisjonene gir nevneverdig veiledning i hvilken retning terskelendringen gikk.

Et annet spørsmål er hvilke faktorer som er relevante i vurderingen. Her kan Kommisjonens konsekvensanalyse gi veiledning. Som nevnt har terskelen endret seg mellom Kommisjonens opprinnelige forslag og Europaparlamentets nåværende forslag. Det er likevel rimelig å anta at *faktorene* av relevans er de samme. I konsekvensanalysen uttales følgende om vurderingen:

"The determination of what constitutes "large amounts of content" will need to be made on the basis of a combination of factors including the number of users and visitors and the amount of content uploaded over a certain period of time."<sup>81</sup>

Konsekvensanalysens uttalelser om "amount of content uploaded" indikerer, sammen med ordlyden "significant amount", at det er den totale mengden beskyttet materiale tilgjengeliggjort for allmenheten som er avgjørende, ikke den relative andelen. Det vil si at en plattform hvor brukernes opplastinger utelukkende består av opphavsrettsbeskyttet materiale kan falle utenfor definisjonen hvis plattformens totale mengde opplastinger ikke er "significant". På den andre siden, en plattform hvor opphavsrettslig beskyttet materiale utgjør en mindre eller moderat andel av det totale antall opplastinger kan, på grunn av plattformens totale mengde opplastede verker, være så stor at mengden karakteriseres som "significant".

Hvor den nedre grensen går må i siste instans avgjøres av EU-domstolen. Når det er sagt, er det imidlertid liten tvil om at de fleste større delingsplattformer som YouTube, Vimeo etc.

---

<sup>77</sup> Tilgjengelig på <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN>

<sup>78</sup> Senftleben mfl. (2017), s. 154.

<sup>79</sup> <https://www.merriam-webster.com/dictionary/significant>

<sup>80</sup> <https://www.merriam-webster.com/dictionary/large>

<sup>81</sup> *Impact Assessment* del 1/3 s. 146.

deler – og har som formål å dele – såpass store mengder beskyttet materiale at det må anses som "significant".<sup>82</sup>

### 3.2.5 Optimalisering og promotering av profittensyn

Informasjonssamfunnstjenesten må i tillegg optimalisere og promotere det brukeropplastede materialet av profittensyn. Nyansene som kan ligge i optimalisering og promotering redegjøres nærmere for i punkt 3.4.1, i forbindelse med drøftelsen av EU-domstolens avgjørelse i *eBay*. Det er likevel klart at de fleste delingsplattformer i større eller mindre grad optimaliserer og promoterer det brukeropplastede materialet, gjennom å kategorisere materialet, konvertere til egnede filformater, reklamere for plattformen osv.<sup>83</sup> Vilkåret om optimalisering og promotering utelater derfor ikke plattformer i nevneverdig grad.

Kravet om optimalisering og promotering av profittensyn vil derimot avgrense mot rent ideelle delingsplattformer.<sup>84</sup> De fleste av dagens større delingsplattformer er imidlertid kommersielle.<sup>85</sup> Avgrensningen har derfor liten praktisk betydning.

Oppsummert byr definisjonen av OCSSP på usikkerhet knyttet til enkelte vilkår. Særlig kan subjektiviteten som følger av fokuseringen på *formål*, samt uklarheten knyttet hva som er *betydelig mengde*, skape usikkerhet når delingsplattformer skal vurdere hvilket ansvarsregime de må forholde seg til. Likevel er det liten tvil om at definisjonen av en OCSSP omfatter de fleste store delingsplattformer som YouTube, Vimeo og Daily Motion etc.,<sup>86</sup> da disse klart nok må anses som informasjonssamfunnstjenester hvis hovedformål er å dele store mengder beskyttet brukeropplastet materiale for profitt.

Et viktig avsluttende poeng er at definisjonen av en OCSSP hverken inneholder et formåls- eller aktsomhetskrav. Nøytrale delingsplattformer – som så godt det lar seg gjøre fjerner beskyttede verker som er tilgjengeliggjort *uten* rettighetshavers samtykke, og har systemer for

---

<sup>82</sup> Se f.eks. fotnote 6.

<sup>83</sup> Se sitatet fra *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners* på side 36 for beskrivelse av hvordan delingsplattformer optimaliserer brukeropplastingene.

<sup>84</sup> Ideelle plattformer er eksplisitt unntatt, se punkt 3.2.6. Det kan derfor spørres hvorvidt profittensyn som et eget avgrensningskriterium er nødvendig.

<sup>85</sup> Se punkt 3.2.2.

<sup>86</sup> Med forbehold for større sosiale medier som Twitter, se punkt 3.2.3.

å oppdage og fjerne uautoriserte opplastinger,<sup>87</sup> vil i like stor grad omfattes av definisjonen som piratplattformer – hvis hovedformål er å dele ulovlig tilgjengeliggjort materiale.<sup>88</sup>

### 3.2.6 Ytterligere avgrensninger

I tillegg til de avgrensninger som følger av det ovennevnte, er visse virksomheter eksplisitt unntatt fra definisjonen på en OCSSP. Disse er mikro- og småbedrifter,<sup>89</sup> ikke-kommersielle tjenester som online encyklopedier,<sup>90</sup> tjenestetilbydere hvor innholdet er opplastet med autorisasjon fra rettighetshaverne som lærings- og forskningsdatabaser,<sup>91</sup> skylagringstjenester,<sup>92</sup> plattformer for utvikling av open source programvare<sup>93</sup> og digitale markedsplasser.<sup>94</sup>

## 3.3 Forholdet mellom DSM-EP og Infosoc-direktivet

### 3.3.1 Er det samsvar mellom DSM-EP artikkel 13.1 og Infosoc-direktivet artikkel 3?

DSM-EP artikkel 13.1, første setning, lyder:

"Without prejudice to Article 3(1) and (2) of Directive 2001/29/EC, online content sharing service providers perform an act of communication to the public."

Bestemmelsen innebærer at OCSSPer *per definisjon* overfører til allmenheten, og således krenker opphaverens enerett med de konsekvenser det medfører.<sup>95</sup>

---

<sup>87</sup> Se punkt 1.1.

<sup>88</sup> Som The Pirate Bay. Se nærmere i punkt 3.3.

<sup>89</sup> Mikro- og små-bedrifter er definert i 2003/361/EC, Annex, Title 1, artikkel 2.2 og 2.3, og omfatter virksomheter med mindre enn 50 ansatte og der årlige omsetning og/eller samlede balanse ikke overstiger 10 millioner Euro.

<sup>90</sup> F.eks. Wikipedia.

<sup>91</sup> Der det foreligger autorisasjon fra rettighetshaverne aktualiseres ikke økonomisk ansvar uansett, så hvorfor denne kategorien er inkludert er uklart.

<sup>92</sup> F.eks. Dropbox og OneDrive.

<sup>93</sup> F.eks. GitHub.

<sup>94</sup> F.eks. eBay og Finn.

<sup>95</sup> F.eks. økonomisk ansvar, jf. åndsverkloven § 81, se kapittel 4.

I det følgende vil oppgaven se nærmere på forholdet mellom DSM-EP artikkel 13.1 og det eksisterende regelverket. Problemstillingen formuleres som skissert i punkt 3.1: Vil *alle* delingsplattformer som kan kategoriseres som OCSSPer per definisjon overføre til allmenheten jf. Infosoc-direktivet artikkel 3.1, slik begrepet er tolket av EU-domstolen? Hvis svaret er ja, er det samsvar mellom de to regelverkene. Er svaret nei, må det redegjøres for forskjellene mellom regelverkene og konsekvensene av disse.

Innledningsvis er det hensiktsmessig å repetere et grunnleggende poeng presentert i punkt 1.1: Den individuelle brukeren som laster opp ulovlige verk på en delingsplattform krenker opphaverens enerett til overføring til allmenheten.<sup>96</sup>

Hvorvidt tilrettelegging for tilgang til verket i seg selv utgjør en overføring til allmenheten, beror på en nærmere tolkning av direktivet. Dette har blitt gjort gjennom en rekke avgjørelser fra EU-domstolen. De fleste av disse har omhandlet *lenking* til åndsverk.<sup>97</sup> I 2017 avsa imidlertid EU-domstolen en rådgivende uttalelse som direkte angikk delingsplattformer, i *Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*<sup>98</sup> (*Ziggo*). Det sentrale spørsmålet for EU-domstolen var hvorvidt The Pirate Bay foretok en overføring til allmenheten ved å operere en delingsplattform som ble brukt til å dele piratkopiert materiale.<sup>99</sup> I dommen kom EU-domstolen til at The Pirate Bay foretok en slik overføring.

Det er viktig å huske at The Pirate Bay var en plattform hvor operatørene ikke skjulte at de ønsket å dele beskyttede åndsverk uten rettighetshavernes samtykke.<sup>100</sup> Dette skiller seg markant fra nøytrale delingsplattformer som omfattes av definisjonen på en OCSSP.<sup>101</sup> Til tross for denne forskjellen er dommen likevel interessant, da EU-domstolen kommer med flere generelle uttalelser om *overføring til allmenheten* i relasjon til plattformer. Dommen danner dermed et utgangspunkt for den videre drøftelsen.

---

<sup>96</sup> Se *Ziggo*, avsnitt 15.

<sup>97</sup> C-466/12, *Svensson and Others*; C-160/15, *GS Media*; C-527/15, *Filmspeler*.

<sup>98</sup> C-610/15.

<sup>99</sup> Brukerne lastet kun opp såkalte BitTorrent-filer på The Pirate Bays nettside. De faktiske filene som inneholdt åndsverk befant seg på brukernes datamaskiner, delt opp i mindre bestanddeler, som ble satt sammen ved hjelp blant annet BitTorrent-filen fra The Pirate Bay. For en forenklet beskrivelse av hvordan fildeling med BitTorrent-teknologi fungerer, se Generaladvokat Szpunars rådgivende uttalelse, første avsnitt. At filene som inneholdt åndsverkene *i seg selv* ikke var lagret på The Pirate Bay, var imidlertid uten betydning for om plattformen kunne holdes ansvarlig, *id.*, avsnitt 45.

<sup>100</sup> *Ziggo*, avsnitt 45.

<sup>101</sup> Se punkt 1.1.



I *Ziggo* gjentok EU-domstolen de grunnleggende utgangspunktene fra tidligere rettspraksis. Eneretten til overføring til allmenheten består av to kumulative vilkår: Det må foreligge en *overføringshandling*, og overføringen av verket må ha *nådd allmenheten*.<sup>102</sup> For å balansere de bakenforliggende hensynene må det i tillegg tas hensyn til supplerende kriterier i vurderingen, som henger sammen og er avhengige av hverandre.<sup>103</sup>

Dersom det å operere en delingsplattform som omfattes av definisjonen på en OCSSP innebærer at operatøren foretar en overføringshandling, er det liten tvil om at overføringen når allmenheten. OCSSPer har per definisjon som formål å gi allmenheten tilgang til beskyttet materiale,<sup>104</sup> og plattformene er av en slik størrelse at de når ut til et ubestemt og betydelig antall personer.<sup>105</sup>

Videre er det klart at verket vil overføres til en *ny allmenhet*, det vil si en allmenhet innehaverne av opphavsretten ikke hadde i tankene da de tillot den første overføringen til allmenheten.<sup>106</sup> Der det lastes opp materiale uten rettighetshavers samtykke, er det lite tvilsomt at verkene blir overført til en allmenhet rettighetshaverne ikke hadde i tankene – det var ikke intensjonen å dele verket i det hele tatt.<sup>107</sup>

Det avgjørende spørsmålet er derfor om *alle* OCSSPer foretar en overføringshandling.

EU-domstolen har fremhevet at en aktør foretar en overføringshandling når den:

"(...)[I]ntervenens, in full knowledge of the consequences of his action, to give his customers access to a protected work, particularly where, in the absence of that intervention, those customers would not be able to enjoy the broadcast work, or would be able to do so only with difficulty."<sup>108</sup>

Uttalelsen forstås slik at tre forhold må være til stede for at det skal foreligge en overføringshandling: (1) Brukerne må ha fått tilgang til det beskyttede verket, (2) brukernes

---

<sup>102</sup> *Ziggo*, avsnitt 24.

<sup>103</sup> *Id.* Avsnitt 25, av særlig betydning er kriteriet om en *ny allmenhet*, se straks under.

<sup>104</sup> DSM-EP, artikkel 2, første avsnitt, bokstav 4b.

<sup>105</sup> Se punkt 3.2.3 og *Ziggo*, avsnitt 27.

<sup>106</sup> *Ziggo*, avsnitt 28.

<sup>107</sup> *Filmspeler*, avsnitt 48: "However, the same finding cannot be deduced from those judgments *failing such an authorization*." (Min utheving).

<sup>108</sup> *Ziggo*, avsnitt 26.

tilgang må ha kommet på bakgrunn av aktørens handlinger, og (3) aktøren må ha tilstrekkelig kunnskap om konsekvensene av sine handlinger.

Hva gjelder tilgang, fremhevet EU-domstolen i *Ziggo* at det er tilstrekkelig at den relevante allmenhet har tilgang til det beskyttede verket uavhengig av om de faktisk benytter seg av muligheten.<sup>109</sup> OCSSPer vil per definisjon ha som formål å gi allmenheten tilgang til beskyttet materiale,<sup>110</sup> slik at kravet om tilgang klart nok er oppfylt for disse.

Videre må brukernes tilgang til verket skje *på bakgrunn av* aktørens handlinger.<sup>111</sup> Det er med andre ord et krav om årsakssammenheng mellom brukernes tilgang og aktørens handling. Kravet til årsakssammenheng er imidlertid ikke absolutt. Såfremt brukerne uten aktørens handling "[only] would be able to [access the work] with difficulty", er kravet tilfredsstillt.<sup>112</sup>

I *Ziggo* var domstolen ikke i tvil om at The Pirate Bay forenklet tilgangen til de beskyttede verkene.<sup>113</sup> Det samme må gjelde for OCSSPer. Etter definisjonen er et av kjennetegnene på OCSSPer at de har som formål å lagre og gi allmenheten tilgang til beskyttede brukeropplaster.<sup>114</sup> Uten OCSSPers bidrag (se til illustrasjon YouTube) er det ingen tvil om at brukerne ville hatt langt større utfordringer med å få tilgang til materialet. Det er derfor klart at medvirkningskravet, slik det er forstått i *Ziggo*, er oppfylt også for OCSSPer.

En begrensning i hva som utgjør relevant medvirkning fremgår av fortalen, hvor det fremheves at å *kun* stille til rådighet fysiske fasiliteter som muliggjør overføring av verker, i seg selv ikke utgjør en overføringshandling.<sup>115</sup> I *Ziggo* avviste EU-domstolen imidlertid at The Pirate Bay *kun* stilte til rådighet fysiske fasiliteter.<sup>116</sup> The Pirate Bay gjorde mye mer: De tilbød en søkemotor med indekserte filer, kategoriserte filene i ulike sjangre, samt slettet overflødige eller mangelfulle filer. I tillegg filtrerte The Pirate Bay noe av innholdet.<sup>117</sup>

Uttalelsene ser ikke hen til The Pirate Bays "piratmotiv" i vurderingen av hvorvidt plattformen *kun* stilte til rådighet fysiske fasiliteter. De har dermed relevans også for nøytrale

---

<sup>109</sup> *Id.* Avsnitt 31.

<sup>110</sup> Se punkt 3.2.3.

<sup>111</sup> *Ziggo*, avsnitt 26.

<sup>112</sup> *Id.*

<sup>113</sup> *Id.* Avsnitt 36.

<sup>114</sup> Se punkt 3.2.3.

<sup>115</sup> 2001/29/EC, fortalen, punkt 27.

<sup>116</sup> *Ziggo*, avsnitt 38.

<sup>117</sup> *Id.*

plattformer, herunder nøytrale plattformer som omfattes av definisjonen på en OCSSP. OCSSPer vil per definisjon optimalisere og promotere innholdet på plattformen, gjennom blant annet "displaying, tagging, curating, sequencing".<sup>118</sup> En slik involvering fremstår svært lik den The Pirate Bay utførte, og OCSSPer går utover det å kun stille til rådighet fysiske fasiliteter, slik begrepet er forstått i *Ziggo*.

Avgjørende for hvorvidt OCSSPer foretar en overføringshandling er om alle slike plattformer handler med "full knowledge of the consequences of his action"<sup>119</sup> for å gi brukerne tilgang til beskyttede verker.

Kunnskapsvurderingen reiser to underordnede problemstillinger. For det første må det avgjøres hvorvidt presumsjonen om kunnskap for aktører med profittmotiv oppstilt i *GS Media*, gjelder for delingsplattformer. Dernest må det avgjøres hvilket kunnskapskrav som kan gjøres gjeldende for OCSSPer.

### **Kan man oppstille en presumsjon om kunnskap for OCSSPer?**

EU-domstolens rådgivende uttalelse i *GS Media*<sup>120</sup>, omhandlet tilgjengeliggjøring gjennom *linking* til et ulovlig publisert verk. I vurderingen av hvorvidt den som lenket hadde tilstrekkelig kunnskap om at verkene det ble lenket til var ulovlige, uttalte domstolen:

"(...) [I]t can be expected that the person who posted such a link carries out the necessary checks to ensure that the work concerned is not illegally published on the website to which those hyperlinks lead, so that it must be presumed that that posting has occurred with the full knowledge of the protected nature of that work and the possible lack of consent to publication on the internet by the copyright holder."<sup>121</sup>

Spørsmålet er om denne presumsjon også gjelder for delingsplattformer som omfattes av definisjonen på en OCSSP. Som nevnt i punkt 3.3.2 opererer de fleste større delingsplattformer for profitt. Generaladvokat Szpunar fremhevet imidlertid i sin rådgivende

---

<sup>118</sup> DSM-EP, fortalen, punkt 37a.

<sup>119</sup> *Ziggo*, avsnitt 26.

<sup>120</sup> C-160/15.

<sup>121</sup> *Id.* avsnitt 51.

uttalelse i *Ziggo* at presumsjonen om kunnskap ikke kan gjelde for *delingsplattformer*, da dette ville innebære en generell overvåkingsplikt i strid med e-handelsdirektivet artikkel 15.<sup>122</sup>

EU-domstolen gjentar ikke presumsjonen om kunnskap, men avviser den heller ikke. Domstolen er med andre ord taus om presumsjonens anvendelse for *delingsplattformer*. Det var heller ikke nødvendig for domstolen å ta stilling til presumsjonen, all den tid de kom til at *The Pirate Bay* hadde tilstrekkelig kunnskap.<sup>123</sup>

Selv om Generaladvokatens uttalelser ikke har en *formell* rettskildemessig verdi,<sup>124</sup> har argumentasjon imidlertid mye for seg. Av e-handelsdirektivet artikkel 15 fremgår det at tjenestetilbydere ikke kan pålegges å "monitor the information which they transmit or store", eller pålegges en "general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity".

Dersom presumsjonen i *GS Media* anvendes på *delingsplattformer*, innebærer det at det kan forventes at *delingsplattformer* "checks to ensure that the work concerned is not illegally published".<sup>125</sup> I og med at opplastingene er initiert av brukerne må *delingsplattformen*, for å oppfylle undersøkelsesplikten, undersøke *alle* opplastinger fra *alle* brukere for uautoriserte opplastinger. Dette har EU-domstolen fremholdt er i strid med e-handelsdirektivet artikkel 15.<sup>126</sup>

Det fremstår derfor rimelig å følge Generaladvokatens anbefaling på dette punktet: Presumsjonen om kunnskap for aktører med profitt gjelder ikke for *delingsplattformer*, herunder OCSSPer. All den tid EU-domstolen ikke har tatt stilling til problemstillingen er imidlertid løsningen usikker.

### **Hvilket kunnskapskrav gjelder for OCSSPer?**

Den generelle utledingen av kunnskapskravet i *Ziggo*, "full knowledge", indikerer et krav om *faktisk kunnskap*. Samtidig konkluderer domstolen med at *The Pirate Bay* "could not have been unaware" om at det ble delt ulovlig materiale på plattformen.<sup>127</sup> Sistnevnte formulering

---

<sup>122</sup> Generaladvokatens uttalelser i *Ziggo*, avsnitt 52.

<sup>123</sup> *Ziggo*, avsnitt 45.

<sup>124</sup> Se oppgavens punkt 1.3.

<sup>125</sup> *GS Media*, avsnitt 51.

<sup>126</sup> C-360/10 *Sabam/Netlog*, avsnitt 38. En mer utførlig drøftelse av dommen følger i punkt 3.5.3.

<sup>127</sup> *Ziggo*, avsnitt 45.

innebærer et lavere krav enn faktisk kunnskap. Formuleringen "could not have been unaware" indikerer en form for grov uaktsomhet. Det er således en viss diskrepans mellom den generelle utledningen av kunnskapskravet og subsumsjonen.

Videre er det usikkert hva kunnskapskravet knytter seg til. Ginsburg og Budiardjo mener *Ziggo* er et eksempel på at kunnskap om *konkrete verker* er relevant ved vurderingen.<sup>128</sup> Von Lewinski mener at *Ziggo* innebærer at plattformer har tilstrekkelig kunnskap dersom de vet at det *generelt* befinner seg ulovlig materiale på plattformen.<sup>129</sup>

I lys av usikkerheten knyttet til innholdet i det overordnede vurderingstemaet, må det sees hen til de faktiske momentene EU-domstolen vektla for å konkludere med at The Pirate Bay hadde tilstrekkelig kunnskap.

For det første fremhevet domstolen at The Pirate Bay hadde som *formål* å spre piratkopiert materiale og *oppfordret* brukerne til å dele piratkopier.<sup>130</sup> Videre var plattformen informert om at den ga brukerne tilgang til materiale som var tilgjengeliggjort uten rettighetshavernes samtykke, uten at The Pirate Bay forsøkte å fjerne tilgangen.<sup>131</sup> Til slutt fremhevet dommen "[the] very large number of torrent files" på plattformen som svarte til piratkopiert materiale.<sup>132</sup>

De nevnte momentene skiller seg markant fra nøytrale OCSSPer. YouTube brukes som et illustrerende eksempel. Det grunnleggende kjennetegnet ved The Pirate Bay var at plattformen hadde som formål å dele piratkopiert materiale, og oppfordret brukerne til dette.<sup>133</sup> Dette står i skarp kontrast til nøytrale OCSSPer som YouTube. Selv om det kan argumenteres for at også nøytrale delingsplattformer etter sin natur legger til rette for deling av ulovlig materiale, er dette i så fall på tross av plattformenes forsøk på å forhindre det.<sup>134</sup>

---

<sup>128</sup> Ginsburg/Budiardjo (2018), s. 223, fotnote 326.

<sup>129</sup> Von Lewinski (2018), punkt 1.1.6: "Finally, UUC and similar platform providers also generally know that, through their deliberate intervention, the works uploaded by users are made available to the public; this is sufficient according to the Court (...)"

<sup>130</sup> *Ziggo*, avsnitt 45. Se også C-527/15, *Filmspeler*, avsnitt 50.

<sup>131</sup> *Id.*

<sup>132</sup> *Id.*

<sup>133</sup> Det kan trekkes visse paralleller til den amerikanske ansvars-kategorien *inducement liability*, hvor det pålegges ansvar der det foreligger "[e]vidence of active steps (...) taken to encourage direct infringement, such as advertising an infringing use or instructing how to engage in an infringing use, show an affirmative intent that the product be used to infringe", *Grokster*, 545 U.S., på side 936. Se nærmere i Ginsburg/Budiardjo (2018), s. 194 følgende.

<sup>134</sup> Se punkt 1.1.

I likhet med The Pirate Bay, blir også nøytrale OCSSPer som YouTube jevnlig varslet av rettighetshaverne om ulovlig materiale på plattformen. Mens The Pirate Bay ignorerte disse varslene, vil YouTube og likende plattformer innen kort tid fjerne tilgangen til ulovlige verker etterhvert som de besitter tilstrekkelig kunnskap.<sup>135</sup>

Av generaladvokatens uttalelser fremgår det at mellom 90 og 95 % av BitTorrent-filene på The Pirate Bay, gjaldt beskyttede verker delt uten rettighetshavernes samtykke.<sup>136</sup> Det er uvisst hvor stor prosentandel av materialet på nøytrale OCSSPer som er piratkopier. I lys av f.eks. YouTube's policy knyttet til brudd på opphavsretten, samt bruk av gjenkjenningsteknologi som Content ID,<sup>137</sup> er det rimelig å anta at tallet er *betydelig* lavere enn på The Pirate Bay.

Det foregående viser at ingen av momentene som ble vektlagt i *Ziggo* gjør seg gjeldende i tilsvarende grad for nøytrale OCSSPer som YouTube. Mens dommen i stor grad vil rettlede kunnskapsvurderingen for plattformer med et *piratmotiv*, kan den ikke være styrende for nøytrale OCSSPer. Dette gjør det vanskelig å bruke dommen til å avgjøre det nærmere innholdet i vurderingstemaet "full knowledge of the consequences of his action", siden de faktiske momentene vektlagt i *Ziggo* skiller seg såpass markant fra nøytrale OCSSPer.

Spørsmålet er hva som da er det nærmere innholdet i "full knowlgede of the consequences of his action". En mer prinsipiell og generell retningslinje fremgår av Generaladvokaten Szpunars uttalelser. Generaladvokaten presiserer for det første at aktøren må ha *faktisk kunnskap*.<sup>138</sup> Hva gjelder objektet for kunnskapsvurderingen – hva plattformen må ha kunnskap om – kan dette utledes av de konkrete forholdene Generaladvokaten vektlegger. Generaladvokaten oppstiller et skille basert på plattformens handlinger når de blir "aware of the illegality". Dersom plattformen, når den har fått tilstrekkelig kunnskap "acts in good faith to rectify the matter" foreligger det ingen overføringshandling.<sup>139</sup> Motsatt er tilfellet der plattformen etter å ha tilstrekkelig kunnskap "does not take action to render access to the work

---

<sup>135</sup> Se *Viacom Intern., Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F. 3d 19, 2nd Circuit 2012, s. 29: "when [YouTube] received specific notice that a particular item infringed a copyright, they swiftly removed it".

<sup>136</sup> Generaladvokatens uttalelser i *Ziggo*, avsnitt 23.

<sup>137</sup> Se punkt 1.1.

<sup>138</sup> Generaladvokatens uttalelser i *Ziggo*, avsnitt 52.

<sup>139</sup> *Id.* avsnitt 51.

in question impossible".<sup>140</sup> Generaladvokaten knytter med andre ord kunnskapsvurderingen til en aktivitetsplikt; fjerning av tilgangen til de ulovlige verkene.

Aktivitetsplikten er umulig å gjennomføre dersom operatøren ikke har kunnskap om eksistensen av *konkret ulovlige verker*. Om operatøren kun har generell kunnskap, må han aktivt lete etter det inngripende materialet for å kunne fjerne tilgangen. Dette vil kunne komme i konflikt med e-handelsdirektivets artikkel 15.<sup>141</sup> Også formuleringen "access to the work", impliserer konkrete verker.<sup>142</sup> Det er derfor rimelig å anta at Generaladvokaten sikter til kunnskap om *konkrete verker*.

Oppsummert synes Generaladvokaten å legge til grunn følgende kunnskapsvurdering: En aktør har "full knowledge of the consequences of his action" der aktøren har faktisk kunnskap om konkret inngripende materiale, og ikke gjennomfører tiltak for å fjerne de etter at vedkommende har fått tilstrekkelig kunnskap.

Det er utvilsomt at nøytrale OCSSPer som YouTube raskt fjerner tilgangen til ulovlig materiale så snart de får kunnskap om denne, for eksempel gjennom varslere fra rettighetshaverne.<sup>143</sup> Slike plattformer vil ikke ha "full knowledge" dersom Generaladvokatens retningslinjer anvendes. Selv om Generaladvokatens uttalelser kun er veiledende, medfører mangelen på klarere retningslinjer fra EU-domstolen at Generaladvokatens uttalelser gir et hensiktsmessig utgangspunkt for kunnskapsvurderingen for nøytrale plattformer, frem til EU-domstolen mer eksplisitt tar stilling til spørsmålet.<sup>144</sup>

Konklusjonen er at det er høyst tvilsomt at *alle* OCSSPer, særlig nøytrale plattformer, har tilstrekkelig kunnskap om forekomsten av uautorisert materiale på plattformen. Dette er et nødvendig vilkår for at det skal foreligge en overføringshandling.<sup>145</sup>

All den tid ett av de to kumulative vilkårene for *overføring til allmenheten* – en overføringshandling – ikke foreligger for *alle* OCSSPer, er konklusjonen at det er et avvik mellom Infosoc-direktivet artikkel 3.1 og DSM-EP artikkel 13.1.

---

<sup>140</sup> *Id.*

<sup>141</sup> Bestemmelsen er drøftet over i relasjon til *GS Media*, og er gjenstand for nærmere behandling i punkt 3.5.3.

<sup>142</sup> Generaladvokatens uttalelser i *Ziggo*, avsnitt 51.

<sup>143</sup> Se fotnote 135.

<sup>144</sup> Hvorvidt YouTube foretar en overføring til allmenheten, skal behandles av EU-domstolen, se:

<http://ipkitten.blogspot.com/2018/09/breaking-fcj-refers-case-regarding.html>

<sup>145</sup> *Ziggo*, avsnitt 26.

### 3.3.2 Rettslige konsekvenser av manglende samsvar

Drøftelsen over viste at Infosoc-direktivet artikkel 3.1 og DSM-EP artikkel 13.1 ikke samsvarer. Spørsmålet i det følgende er hvilke rettslige konsekvenser dette har.

Av DSM-EP artikkel 13.1 fremgår det at OCSSPer overfører til allmenheten "without prejudice" til Infosoc-direktivet artikkel 3.1. Formuleringen "without prejudice", brukes som oftest for å tydeliggjøre at et regelverk ikke påvirker et annet. Se for eksempel Infosoc-direktivets fortale, avsnitt 16, hvor det fremgår:

"This Directive is without prejudice to provisions relating to liability in [e-handelsdirektivet]."

Av den danske versjonen fremgår det:

"Dette direktiv *berører ikke* bestemmelsene om ansvar i direktivet om elektronisk handel." (Min utheving).

At "without prejudice" som oftest forstås slik, støttes av tilsvarende formuleringer ellers i Infosoc-direktivet,<sup>146</sup> og i andre direktiver.<sup>147</sup>

Bestemmelsen kan likevel tolkes på flere måter. En mulighet er at DSM-EP angir *et utgangspunkt* for når OCSSPer overfører til allmenheten, men at bestemmelsen står tilbake for avvikende tolkninger av Infosoc-direktivet artikkel 3.1 i EU-domstolen. Alternativt kan bestemmelsen forstås slik at DSM-EP angir *regelen* for når OCSSPer overfører til allmenheten, men at tolkningen av overføring til allmenheten i Infosoc-direktivet artikkel 3.1 for øvrig ikke påvirkes. Med andre ord løsriver OCSSPer fra Infosoc-direktivet artikkel 3.1, ved at OCSSPer *per definisjon* krenker opphaverens enerett til overføring til allmenheten, uavhengig av den senere utvikling i EU-domstolens tolkning av Infosoc-direktivet.

Sistnevnte tolkning fremstår som mest nærliggende ut ifra DSM-EPs formål og kontekst. Et sentralt formål med direktivet er å tette verdigapet mellom lisensierte tjenester og brukerdelingsplattformer ved å tvinge sistnevnte til å inngå lisensavtaler.<sup>148</sup> Av den grunn

---

<sup>146</sup> Se f.eks. fortalens punkt 20 og 28, samt artikkel 8.

<sup>147</sup> F.eks. e-handelsdirektivet, fortalens avsnitt 1 og artikkel 3.6; direktiv 2011/7/EU, se fortalens punkt 21, 38 og artikkel 5.

<sup>148</sup> DSM-EP artikkel 13.1.



legger DSM-EP i artikkel 13.1 og 13.2 opp til at OCSSPer skal inngå lisensavtaler med rettighetshaverne for plattformenes overføringer til allmenheten. En slik regulering gir liten mening dersom DSM-EP står tilbake for EU-domstolens senere vurderinger av *overføring til allmenheten* etter Infosoc-direktivet artikkel 3.1. Bestemmelsen gir kun mening dersom den fastsetter en permanent løsning for OCSSPer, uavhengig av nåværende og senere tolkninger av Infosoc-direktivet.

Sistnevnte tolkningsalternativ innebærer imidlertid at formuleringen "without prejudice" – uten å berøre – ikke kan tas helt på ordet. Infosoc-direktivet *blir* berørt, ved at OCSSPer frigjøres fra direktivets vurderinger av når det foreligger overføringer til allmenheten. "[W]ithout prejudice" må derfor forstås slik at *utover* reguleringen av OCSSPer, påvirker ikke DSM-EP tolkningen av Infosoc-direktivet artikkel 3.1.

Konklusjonen er at DSM-EP artikkel 13.1 fraviker Infosoc-direktivet artikkel 3.1, for OCSSPers vedkommende. Det er videre liten tvil om at der et nyere direktiv fraviker et tidligere og disse ikke kan harmoneres, vil det nyeste direktivet ha forrang i tråd med prinsippet om *lex posterior*.<sup>149</sup>

DSM-EP artikkel 13.1 vil innebære en endring av gjeldende rett.

## 3.4 Forholdet mellom DSM-EP og e-handelsdirektivet

### 3.4.1 Er det samsvar mellom DSM-EPs fortale, punkt 37a, og e-handelsdirektivet artikkel 14?

Et av kjennetegnene på en OCSSP er at tjenesten *optimaliserer og promoterer* presentasjonen av verkene.<sup>150</sup> Etter fortalens punkt 37a omfatter denne optimaliseringen "displaying, tagging, curating, sequencing (...) irrespective of the means used thereof", og medfører at OCSSPen "act in an active way" og derfor ikke beskyttes av e-handelsdirektivet artikkel 14.

At aktive delingsplattformer ikke kan beskyttes av e-handelsdirektivet artikkel 14 er en klar henvisning til skillet mellom aktiv og passiv tjenestetilbyder oppstilt av EU-domstolen i

---

<sup>149</sup> C-46/98 P, *Petrides*, avsnitt 40-41, og Bast (2003), s. 33.

<sup>150</sup> DSM-EP, artikkel 2, første avsnitt, bokstav 4b.

*Google France*<sup>151</sup> og *eBay*<sup>152</sup>. Imidlertid foretar ikke lovgiver noen nærmere redegjørelse for nevnte dommer, men postulerer snarere at enhver optimalisering og promotering, uavhengig av gjennomføringsmåte, innebærer at delingsplattformen er *aktiv* og uaktuell for artikkel 14-beskyttelse.

Spørsmålet i det følgende er om kategoriseringen av alle OCSSPer som *aktive*, samsvarer med EU-domstolens vurdering av skillet mellom en aktiv og passiv tjenestetilbyder.

EU-domstolens rådgivende uttalelse i *eBay* hadde sitt grunnlag i en tvist mellom en kosmetikkprodusent, L'Oréal, og en netthandelsplattform, eBay, som baserte seg på at brukerne solgte varer på plattformen. Flere av eBays brukere solgte varer som krenket L'Oréals varemerker. For å avgjøre hvorvidt eBay kunne holdes ansvarlig for brukernes varemerkeinnngrep måtte EU-domstolen blant annet ta stilling til innholdet i, og rekkevidden av, e-handelsdirektivets artikkel 14. Domstolen så hen til tidligere avgjørelser i blant annet *Google France*, hvor domstolen utledet at tjenestetilbyderen kun beskyttes av artikkel 14, dersom tilbyderen har en nøytral rolle i behandlingen av brukernes data.<sup>153</sup>

Kravet ble i *eBay* presisert til at der en tjenestetilbyder *går utover* en teknisk og automatisert prosessering av data, og tar en "active role of such a kind as to give it knowledge of, or control over, those data", omfattes den ikke lenger av artikkel 14 i relasjon til disse dataene.<sup>154</sup>

Eksempler på tiltak som *ikke* medfører en slik kunnskap eller kontroll, er der tjenestetilbyderen "stores offers for sale on its server, sets the terms of its service, is remunerated for that service and provides general information to its customers".<sup>155</sup>

Det motsatte er tilfellet der:

"(...) the operator has provided assistance which entails, in particular, *optimising the presentation of the offers for sale* in question or *promoting those offers*, it must be considered not to have taken a neutral position between the customer-seller concerned and potential buyers but to have played an *active role of such a kind as to give it knowledge of, or control over, the data relating to those offers for*

---

<sup>151</sup> Forente saker C-236/08 til C-238/08.

<sup>152</sup> C-324/09.

<sup>153</sup> *Google France*, avsnitt 114 og 120.

<sup>154</sup> *eBay*, avsnitt 113 og 119.

<sup>155</sup> *Id*, avsnitt 115.

*sale*. It cannot then rely, in the case of *those data*, on the exemption from liability referred to in Article 14(1) of Directive 2000/31." <sup>156</sup> (Mine uthevinger)

Dersom formuleringen "optimising the presentation" leses isolert, kan den forstås som en vid begrensning i adgangen til safe harbor-beskyttelse i e-handelsdirektivet artikkel 14. Europaparlamentet synes å ha forstått uttalelsen slik, når det i fortalen postuleres at OCSSPer per definisjon er aktive siden de optimaliserer presentasjonen av verket, uavhengig av *måten* optimaliseringen utføres og i hvilken grad en slik optimalisering impliserer *kontroll* eller *kunnskap*. Denne forståelsen har en viss støtte i juridisk litteratur.<sup>157</sup> Om optimalisering forstås slik vil det ramme de fleste delingsplattformer, herunder nøytrale OCSSPer. Delingsplattformer optimaliserer presentasjonen av brukeropplastingene ved blant annet å fremvise, tagge og kategorisere disse.<sup>158</sup>

Optimalisering og promotering må imidlertid tolkes i lys av hvilke former for optimalisering og promotering som ble fremhevet som problematiske i eBay.

For det første lagde eBay en spesifikk søkeordsbasert reklame for utvalgte brukere som matchet L'Oréals varemerker.<sup>159</sup> Når det refereres til *spesifikke tilbud* på plattformen, i eBays *egen* søkeordbaserte reklame, er det rimelig å forvente at eBay har kunnskap om disse.<sup>160</sup> Med andre ord var promoteringen "of such a kind as to give it knowledge of, or control over, the data relating to those offers for sale".<sup>161</sup>

Videre ble det fremhevet at "[i]n some cases, eBay also provides assistance intended to optimise or promote certain offers for sale."<sup>162</sup> Det fremgår av den britiske avgjørelsen som danner grunnlaget for EU-domstolens rådgivende uttalelser, at eBay tilbød to typer assistanse for brukerne sine. For det første tilbød de brukerne *generell assistanse* i form av hjelpesider,

---

<sup>156</sup> *eBay* avsnitt 116.

<sup>157</sup> Von Lewinski (2018), punkt 1.2.

<sup>158</sup> Se *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*, omtalt nærmere på side 36.

<sup>159</sup> *eBay* avsnitt 40: "(...) [W]hen an internet user entered the words 'shu uemura' – which (...) coincide with L'Oréal's national word mark 'Shu Uemura' – as a search string in the Google search engine, the following eBay advertisement was displayed in the 'sponsored links' section:

'Shu Uemura  
Great deals on Shu uemura  
Shop on eBay and Save!  
www.ebay.co.uk'

<sup>160</sup> Senftleben mfl. (2018), s. 153.

<sup>161</sup> *eBay* avsnitt 116.

<sup>162</sup> *Id.* avsnitt 114.

innføringsvideoer og maler mv.<sup>163</sup> I tillegg tilbød eBay *spesifikk assistanse* til de mest suksessfulle brukerne ("PowerSellers") i form av en personlig brukerkonto-manager, personlig telefonstøtte og prioritert email-støtte mv.<sup>164</sup> I og med at EU-domstolen fremholdt at det kun var i "some cases" eBays assistanse var for aktiv, er det rimelig å anta at det var sistnevnte brukerstøtte domstolen siktet til.<sup>165</sup> Der tjenestetilbyderen skreddersyr optimalisering og promotering for spesifikke kunder, er støtten *av en slik art* at den er egnet til å gi tjenestetilbyderen kontroll og kunnskap over brukerens data.

Et ytterligere eksempel på aktivitet som gir tilstrekkelig kontroll og kunnskap, finnes i *Papasavvas*.<sup>166</sup> Saken omhandlet et forlag som publiserte en digital versjon av en avis på sin nettside. EU-domstolen fremholdt at en slik tjenestetilbyder:

"(...) has, in principle, knowledge about the information which it posts and exercises control over that information, it cannot be considered to be an 'intermediary service provider' within the meaning of Articles 12 to 14 of Directive 2000/31, whether or not access to that website is free of charge."<sup>167</sup>

Felles for disse eksemplene er at tjenestetilbyderen foretar en *individuell og konkret* behandling av dataene. Der optimaliseringen derimot er generell, teknisk og automatisert er det ikke rimelig å hevde at behandlingen impliserer en tilsvarende kontroll eller kunnskap. Dette fremheves i *eBay*:

"In situations in which that provider has confined itself to a merely technical and automatic processing of data and in which, as a consequence, the rule stated in Article 14(1) of Directive 2000/31 applies to it".<sup>168</sup>

---

<sup>163</sup> England and Wales High Court, L'Oréal SA v eBay International AG, avsnitt 44.

<sup>164</sup> *Id.* Avsnitt 59.

<sup>165</sup> *Angelopoulos* 2017, side 12.

<sup>166</sup> C-291/13, *Papasavvas*.

<sup>167</sup> *Id.* Avsnitt 45.

<sup>168</sup> *eBay*, avsnitt 119.

Det fremstår som klart, og er heller ikke forsøkt motbevist i DSM-EP, at optimaliseringen og promoteringen OCSSPer foretar er *generell* og *automatisert*. Måten delingsplattformer faktisk optimaliserer opplastingene kan illustreres med den amerikanske dommen *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*.<sup>169</sup> På side 1012 beskriver domstolen hvordan delingsplattformen Veoh fungerer:

"When a video is uploaded, *various automated processes* take place. Veoh's software *automatically breaks down* the video file into smaller 256-kilobyte "chunks," which facilitate making the video accessible to others. Veoh's software *also automatically converts*, or "transcodes," the video file into Flash 7 format. (...) Veoh's computers also *automatically extract metadata* from information users provide to help others locate the video for viewing. Users can provide a title, as well as tags or keywords that describe the video, and can also select pre-set categories describing the video (...). The Veoh system *then automatically assigns* every uploaded video a "permalink," or web address, that uniquely identifies the video and makes it available to users. *Veoh employees do not review the user-submitted video, title or tags before the video is made available.*" (Mine uthevinger)

De tekniske aspektene fremhevet her vil i stor grad samsvare med andre nøytrale delingsplattformer. Behandlingen av data er basert på preprogrammerede algoritmer,<sup>170</sup> og operatøren av delingsplattformen er ikke direkte involvert i behandlingene av opplastingene. En slik behandling er ikke av en slik art at det gir kontroll eller kunnskap over dataene, sammenliknet med *eBay* og *Papasavvas*.

I DSM-EP argumenteres det ikke for at OCSSPer foretar en spesifikk promotering eller optimalisering av data. Koblingen mellom optimalisering/promotering og kunnskap/kontroll er *fraværende* som kriterium. I DSM-EP innebærer enhver optimalisering og promotering at tjenestetilbyderen er aktiv og uegnet for safe harbor-beskyttelse. Dette gjelder selv om optimaliseringen er teknisk og automatisert, og ikke egnet til å gi kontroll eller kunnskap.<sup>171</sup>

Et ytterligere poeng fra *eBay* er at tapet av artikkel 14-beskyttelsen ikke knyttet seg til *eBay* som plattform generelt. Selv om *eBay* i deler av sin optimalisering og promotering gikk

---

<sup>169</sup> Også omtalt i fotnote 27.

<sup>170</sup> <https://snl.no/algoritme>: "[E]n (...) nøyaktig beskrivelse av fremgangsmåten for løsning av en beregningsoppgave eller annen oppgave."

<sup>171</sup> DSM-EP, fortalen punkt 37a.

utover en nøytral rolle i prosesseringen av data, mistet plattformen kun artikkel 14-beskyttelse i relasjon til *disse dataene*.<sup>172</sup> Det resterende materialet på plattformen kunne beskyttes av artikkel 14, så fremt kravene i artikkel 14.1 a og b var oppfylt.<sup>173</sup> En slik begrensning er ikke å spore i DSM-EP. Her blir alle OCSSPer kategorisert som aktive, uten at det åpnes for at enkelte deler av plattformenes optimalisering eller promotering kan være tilstrekkelig nøytral. Det fremstår som lite sannsynlig at *alle* OCSSPer er aktive i *alle* behandlinger av *alle* data, slik skillet mellom aktiv og passiv behandling er forstått i *eBay*.

Videre er det verd å merke seg at e-handelsdirektivet artikkel 14 gir horisontal beskyttelse og omfatter andre typer ansvar enn det opphavsrettslige,<sup>174</sup> for eksempel ansvar for ærekrenkelser, innhold som er skadelig for mindreårige eller varmemerkeinnngrep. Fortalen er imidlertid generelt formulert, og postulatet har tilsynelatende implikasjoner for artikkel 14-beskyttelsen også for andre ansvarsgrunnlag enn det opphavsrettslige. Det synes tvilsomt at dette har vært lovgivers intensjon. Det burde derfor ha kommet tydeligere frem at DSM-EP kun innebærer at delingsplattformene mister artikkel 14-beskyttelsen i relasjon til opphavsrettskrenkelser.

Et siste problem er forholdet mellom postulatet om OCSSPer som aktive og avgrensningen mot små- og mikrobedrifter i definisjonen av OCSSPer.<sup>175</sup> At små- og mikrobedrifter ikke reguleres av DSM-EP synes fornuftig av praktiske årsaker. Slike bedrifter kan ha problemer med å overholde de kravene som stilles til OCSSPer; lisensavtaler<sup>176</sup> og et eventuelt opplastingsfilter.<sup>177</sup> Fra rettighetshavernes perspektiv vil opphavsrettskrenkelser fra disse plattformene utgjøre mindre signifikante tap, sammenliknet med plattformkjemper som YouTube. Skillet mellom små og store tjenestetilbydere eksisterer imidlertid ikke i e-handelsdirektivet artikkel 14. For å illustrere kan man tenke seg en liten bedrift med under 50 ansatte, hvis forretningsmodell er å tilby brukerne en reklamefinansiert plattform for opplasting av videoer, og som foretar automatiserte optimaliseringer av presentasjonen av materialet. Hvorfor skal en slik bedrift i større eller mindre grad anees som *aktiv* sammenliknet med OCSSPer som YouTube om retningslinjene fra EU-domstolen anvendes?

---

<sup>172</sup> *eBay*, avsnitt 116: "[eBay] cannot then rely, in the case of those data, on the exemption from liability referred to in Article 14(1)."

<sup>173</sup> Senfileben mfl. (2018), s. 153.

<sup>174</sup> Baistrocchi (2002), s. 117.

<sup>175</sup> Se punkt 3.2.6.

<sup>176</sup> DSM-EP, artikkel 13.1 og 13.2.

<sup>177</sup> Se punkt 3.5.2.

I lys av den ovennevnte drøftelsen er konklusjonen at det ikke er samsvar mellom DSM-EPs fortale punkt 37a og e-handelsdirektivet artikkel 14, nærmere bestemt skillet mellom aktiv og passiv behandling av dataene, slik skillet er forstått av EU-domstolen.

Uten at det endrer konklusjonen, er det likevel betimelig å spørre om e-handelsdirektivets beskyttelse av automatisert og teknisk behandling av data er i samsvar med den teknologiske utviklingen. Direktivet er nesten 20 år gammelt og det har vært en voldsom teknologisk utvikling siden den tid, særlig i relasjon automatisering og kunstig intelligens. Slik teknologi gjør at plattformer i større grad kan la behandlingen av data være teknisk og automatisert, og fratrar operatøren kontroll over behandlingen. Det kan derfor spørres om direktivet gir en videre beskyttelse enn det lovgiver så for seg da direktivet ble vedtatt.

### 3.4.2 Rettslige konsekvenser av manglende samsvar

Som drøftelsen over har vist er postulatet i DSM-EPs fortale punkt 37a ikke i samsvar med EU-domstolens tolkning av e-handelsdirektivet artikkel 14 i blant annet *eBay*. Hvis en rettsanvender legger fortalen til grunn ved vurderingen av om en OCSSP kvalifiserer for safe harbor-beskyttelse, innebærer det en tilsidesettelse av *eBay*.

Dette reiser et grunnleggende rettskildemessig spørsmål: Kan betraktninger i en rettsakts fortale, herunder et direktiv, ha forrang foran bestemmelser i en annen rettsakt?

Fortalens formål er å gi en kortfattet begrunnelse for hovedbestemmelsene i rettsakten uten å reprodusere eller omformulere disse.<sup>178</sup> Fortalen gir med andre ord innsikt i formålet og bakgrunnen for rettsaktens bestemmelser, og inneholder blant annet formålsbetraktninger, henvisninger til andre rettsakter og definisjoner.<sup>179</sup>

På bakgrunn av fortalens funksjon er det liten tvil om at denne kan ha relevans for tolkningen av en rettsakt. Der en rettsakt er uklar kan fortalen bidra til å løse uklarheten.<sup>180</sup> I *Moskof*<sup>181</sup> var det sentrale spørsmålet om en bestemmelse i en forordning var midlertidig. Hvis dette var tilfellet kunne den oppheves med tilbakevirkende kraft. Den relevante bestemmelsen var taus om forordningens varighet. Imidlertid plasserte fortalen bestemmelsen i en slik kontekst at det

---

<sup>178</sup> *Joint Practical Guide* 2015, § 10.

<sup>179</sup> Humphreys mfl. (2015), s. 41.

<sup>180</sup> Klimas/Vaiciukaite (2008), s. 86.

<sup>181</sup> C-244/95, *Moskof*.

var tydelig at forordningen var ment å være midlertidig.<sup>182</sup> Fortalen ble således brukt til å *tolke* det nærmere innholdet i bestemmelsen.

Likevel er EU-domstolen tydelig på hierarkiet mellom fortalen og bestemmelsene i rettsakten. I *Nilsson*<sup>183</sup> forsøkte svenske myndigheter å argumentere for at fortalen kunne tjene som hjemmel for å *fravike* en bestemmelse i samme direktiv. EU-domstolen var uenig og uttalte at:

"On this point, it must be stated that the preamble to a Community act has no binding legal force and cannot be relied on as a ground for derogating from the actual provisions of the act in question."<sup>184</sup>

Det samme gjelder dersom fortalen *ikke svarer til noen bestemmelse* i rettsakten. Det var tilfellet i *Manfredi* og EU-domstolen konkluderte med at:

"It must therefore be observed that, (...) the relevant part of the seventeenth recital in the preamble to that regulation does not correspond to any of the provisions which it contains.(...) In those circumstances, that recital cannot be relied upon to interpret Article 6(1) (...) in a manner clearly contrary to its wording."<sup>185</sup>

De ovennevnte avgjørelsene indikerer entydig at man ikke kan fravike en rettsakts bestemmelser gjennom fortalen. Det tilsier at en rettsanvender ikke kan fravike EU-domstolens tolkning av e-handelsdirektivet artikkel 14 på bakgrunn av punkt 37a i DSM-EPs fortale.

Imidlertid gjelder ovennevnte avgjørelser andre situasjoner enn den foreliggende. Både *Nilsson* og *Manfredi* omhandlet intern motstrid i *ett og samme rettsakt*. Lovgivers intensjon sprikte internt i samme rettsakt. I for eksempel *Nilsson* innebar fortalen løsning A, mens direktivteksten innebar løsning B. Da måtte direktivteksten ha forrang.

I vårt tilfelle kan situasjonen beskrives slik: EU-domstolens tolkning av e-handelsdirektivet artikkel 14 innebærer at delingsplattformer som foretar automatiserte og tekniske behandlinger av brukeropplaster er *passive* og kvalifiserer for beskyttelse etter artikkel 14,

---

<sup>182</sup> *Id.*, avsnitt 78.

<sup>183</sup> C-162/97.

<sup>184</sup> *Id.*, avsnitt 54.

<sup>185</sup> C-308/97, avsnitt 29-30.



såfremt bestemmelsens øvrige vilkår er oppfylt. Lovgiver har imidlertid uttrykt i DSM-EPs fortale, punkt 37a, at alle OCSSPer er *aktive*. Det er således lovgivers intensjon at OCSSPer *per definisjon* ikke skal kunne kvalifisere for artikkel 14-beskyttelse.

Problemet er at intensjonen kun kommer til uttrykk i DSM-EPs fortale. Hadde intensjonen kommet til uttrykk i et av direktivforslagets bestemmelser, ville situasjonen vært som i forholdet mellom Infosoc artikkel 3.1 og DSM-EP artikkel 13.1: *Lex posterior-resonnementer* innebærer at DSM-EP artikkel 13.1 har forrang.<sup>186</sup> Skal situasjonen være annerledes utelukkende fordi intensjonen kun er uttrykt i fortalen?

Man kunne tenke seg at plasseringen var en lovgiverteknisk inkurie. Imidlertid fremstår det som lite sannsynlig, all den tid direktivforslaget har vært igjennom en lang og brokete vei.<sup>187</sup>

Uavhengig av årsaken til at postulatet om aktive OCSSPer er plassert i fortalen, foreligger det ikke rettskildemessige holdepunkter for å fravike EU-domstolens klare retningslinje: En rettsakts fortale har ingen bindende juridisk kraft, og kan ikke brukes til å fravike en rettsakt. Dette må gjelde selv om fortalen tilhører et *senere* direktiv, og således gir uttrykk for lovgivers nyere intensjoner. Om en rettsanvender legger til grunn at alle OCSSPer *per definisjon* ikke beskyttes av e-handelsdirektivet artikkel 14, vil man tillegge fortalen en selvstendig bindende juridisk kraft, stikk i strid med EU-domstolens retningslinjer.<sup>188</sup>

Konklusjonen er at postulatet i DSM-EPs fortale ikke kan legges til grunn, med den konsekvens at OCSSPer potensielt kan kvalifisere for beskyttelse etter e-handelsdirektivets artikkel 14.

En slik konklusjon vil undergrave lisensregimet i DSM-EPs artikkel 13.1 som bygger på at OCSSPer ikke kan kvalifisere for safe harbor-beskyttelse. DSM-EP er imidlertid fortsatt til forhandlinger slik at den endelige reguleringen ikke er gitt. Om forhandlingene ender med et fortsatt ønske om at OCSSPer skal holdes ansvarlige for brukernes opplastinger og påtvungne lisensavtaler, bør utsagnet som i dag er plassert i fortalen plasseres i direktivteksten dersom intensjonen er å gi løsningen en sikker effekt.

---

<sup>186</sup> Se punkt 3.3.2.

<sup>187</sup> Se fotnote 2 for beskrivelse av lovgivningsprosessen.

<sup>188</sup> F.eks. *Nilsson*, avsnitt 54.

## 3.5 Opplastingsfilter

### 3.5.1 Generelt om den videre drøftelsen

På EU-nivå finnes det i dag ingen hjemmel som gir medlemslandene rett til å pålegge tjenestetilbydere å installere opplastingsfilter for å forhindre inngrep i opphavsretten.<sup>189</sup> Snarere fremgår det av e-handelsdirektivet artikkel 15 at tjenestetilbydere som omfattes av artikkel 12-14 ikke kan pålegges en generell overvåkingsplikt.<sup>190</sup> Videre har EU-domstolen fremhevet at rettslige påbud om filtrering av innhold er i strid med bestemmelser i EU-charteret om grunnleggende rettigheter (CFR).<sup>191</sup>

Dette medførte en større diskusjon rundt artikkel 13 i Kommisjonens opprinnelige forslag.<sup>192</sup> Bestemmelsen påla større delingsplattformer å ta grep for å hindre tilgjengeliggjøring av beskyttet materiale uten rettighetshavernes samtykke, blant annet gjennom bruk av "content recognition technologies". Et slikt påbud ble av flere tolket som et krav om å installere opplastingsfiltre.<sup>193</sup> I det nåværende direktivforslaget finnes det ingen henvisninger til "content recognition technologies". Likevel hevder flere at forslaget fremdeles innebærer pålegg om et slikt filter.<sup>194</sup>

I det følgende skal det først vurderes hvorvidt DSM-EP innebærer at OCSSPer må installere opplastingsfiltre. Hvis så er tilfelle, vil det deretter vurderes hvorvidt et slikt filter er kompatibelt med e-handelsdirektivet artikkel 15 og grunnleggende rettigheter i CFR.

---

<sup>189</sup> Opplastingsfilter brukes her som en fellesbetegnelse på programmer som kombinerer gjenkjenning og blokkering av innhold *i forkant* av en opplasting. Per i dag finnes det primært to typer gjenkjenningsteknologier: fingeravtrykk og vannmerking, se nærmere *Impact Assessment* del 3/3, på side 164 følgende. Begge teknologier kjennetegnes ved at de må implementeres på plattformen i *hele* sin bredde og undersøke *alle* filer for å være effektive.

<sup>190</sup> Det synes å være enighet i litteraturen om at artikkel 15 gjelder for delingsplattformer, selv blant forfattere som mener at delingsplattformer for er *aktive* for artikkel 14-beskyttelse. Se *Lucas-Schloetter* 2017, s. 18.

<sup>191</sup> C-360/10, *SABAM/Netlog*.

<sup>192</sup> Tilgjengelig på: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN>

<sup>193</sup> Senfleben mfl. (2018), s. 150.

<sup>194</sup> Se f.eks. <https://www.theverge.com/2018/9/13/17854158/eu-copyright-directive-article-13-11-internet-censorship-google>

### 3.5.2 Må OCSSPer installere opplastingsfilter som en følge av DSM-EP?

Der det ikke inngås lisensavtaler for plattformens overføringer til allmenheten, fremgår det av DSM-EP artikkel 13.2a at OCSSPene og rettighetshaverne skal samarbeide om å sikre at materiale som krenker opphavernes rettigheter "are not available on their services".

Videre påpekes det i artikkel 13.2a og 13.2b at samarbeidet mellom operatørene og rettighetshaverne "shall not lead to preventing the availability of non-infringing works (...) including those covered by an exception or limitation to copyright". Det skal også tas særlig hensyn til "fundamental rights, the use of exceptions and limitations (...) and that automated blocking of content is avoided".

Når det presiseres at samarbeidet *ikke* skal lede til en *oversensurering*, det skal tas *særlig hensyn* til grunnleggende rettigheter og at man skal *unngå automatisert blokkering* av innhold, er det vanskelig å hevde at DSM-EP i seg selv innehar hjemler for pålegg om opplastingsfilter.

Imidlertid er det viktig å ha artikkel 13.1 i mente: OCSSPer *overfører til allmenheten*.<sup>195</sup> Selv om en OCSSP i god tro samarbeider med rettighetshaverne om fortløpende fjerning av ulovlig materiale, vil plattformen likevel kunne holdes økonomisk ansvarlig for ethvert ulovlig opplastet verk.<sup>196</sup>

I lys av den store mengden materiale som lastes opp på for eksempel YouTube,<sup>197</sup> er den eneste realistiske måten plattformer av denne størrelsen kan sikre seg mot ansvar, ved å fjerne ulovlig materiale *før* det lastes opp. En slik filtrering er en umulig oppgave for mennesker, noe som nødvendiggjør automatiserte opplastingsfiltre. På tross av DSM-EPs forsikringer om at automatisert blokkering av innhold skal unngås, er den *praktiske konsekvensen* av at OCSSPer per definisjon overfører til allmenheten, at slike plattformer må installere opplastingsfiltre for å sikre seg mot ansvar.

Det fremgår imidlertid av DSM-EP artikkel 13.1 at OCSSPer "shall (...) conclude (...) licensing agreements with right holders for the acts of communication referred to in paragraph 1". Dette betyr at OCSSPer er pålagt å inngå lisensavtaler som dekker enhver overføring til

---

<sup>195</sup> Se kapittel 3.3.

<sup>196</sup> Se åndsverkloven § 81 fjerde ledd, nærmere i kapittel 4.

<sup>197</sup> Se punkt 1.1.

allmenheten. Der de opplastede verkene dekkes av lisenser, vil OCSSPens overføring til allmenheten være *autorisert*, og det er ingen risiko for økonomisk ansvar. Behovet for opplastingsfilter gjør seg derfor ikke gjeldende i disse tilfellene. Dersom pålegget om lisensavtaler etterleves fullt ut, er behovet for opplastingsfilter begrenset.

En slik etterlevelse fremstår imidlertid som urealistisk. Rettighetshaverne er ingen homogen og oversiktlig gruppe. Rettighetshavere er alt fra internasjonale plateselskaper og filmprodusenter, til hobbyfotografer og vloggere. At *alle* OCSSPer skal klare å inngå lisensavtaler med rettighetshaverne til *alle* verker som *blir eller kan bli* lastet opp på plattformen fremstår som utopisk. Til illustrasjon kan man tenke seg Peder som filmer en selvlagd sketsj og laster den opp på YouTube.<sup>198</sup> Om noen andre kopierer filmen og laster den opp på samme plattform, foretar YouTube etter DSM-EP artikkel 13.1 en overføring av Peders verk til allmenheten. Hvordan YouTube skal klare å inngå preventive lisensavtaler med alle sine brukere og samtidig være en attraktiv delingsplattform er vanskelig å forestille seg.

Videre har rettighetshaverne valgfrihet til å ikke inngå lisensavtaler med OCSSPene, jf. artikkel 13.2a. Der rettighetshaverne ikke vil inngå lisenser, vil behovet for opplastingsfilter slå til for fullt.

På tross av pålegget om lisensavtaler, tyder det ovennevnte på at OCSSPene vil ha et faktisk behov for å installere opplastingsfilter for å sikre seg mot økonomisk ansvar.

I det følgende skal det redegjøres for hvilke innsigelser som kan reises mot et slikt filter.

### **3.5.3 Et opplastingsfilters kompatibilitet med dagens regelverk**

#### **E-handelsdirektivet**

Etter e-handelsdirektivet artikkel 15, plikter medlemslandene å sikre at tjenestetilbydere som tilbyr tjenester omfattet av artikkel 12 til 14 *ikke* pålegges en "general obligation (...) to monitor the information which they transmit or store". Bestemmelsen hindrer

---

<sup>198</sup> Det forutsettes at opplastingen utgjør et åndsverk jf. åndsverkloven § 2.

medlemslandene å pålegge en *generell overvåkingsplikt* det være seg gjennom lovgivning, rettslige pålegg eller liknende.

I *SABAM/Netlog*<sup>199</sup> vurderte EU-domstolen rekkevidden av artikkel 15. Den underliggende tvisten var en konflikt mellom en belgisk interesseorganisasjon for rettighetshavere, SABAM, og Netlog, et sosialt nettverk. På Netlog kunne brukerne opprette profiler hvor de lastet opp bilder, videoklipp mv. SABAM hevdet at brukerne brukte opplastingsfunksjonen til å tilgjengeliggjøre verker uten rettighetshavernes samtykke. SABAM reiste derfor sak for belgiske domstoler og fremmet krav om at Netlog umiddelbart skulle: "cease unlawfully making available musical or audio-visual works from SABAM's repertoires".<sup>200</sup>

Kravet ble av Netlog forstått slik at det i praksis innebar et krav om å installere et system for å filtrere ut ulovlig materiale, en forståelse SABAM ikke protesterte mot.<sup>201</sup> Et slik system ville filtrere *all* brukeropplastet informasjon lagret på Netlogs servere, gjelde *alle* brukene, som et preventivt tiltak og for en *ubegrenset* periode.<sup>202</sup> Den belgiske domstolen reiste derfor spørsmål for EU-domstolen om et rettslig pålegg om slik filtrering var kompatibelt med, blant annet, e-handelsdirektivet artikkel 15.

EU-domstolen konkluderte med at:

"(...) it must be held that the injunction imposed on the hosting service provider requiring it to install the contested filtering system would oblige it to actively monitor almost all the data relating to all of its service users in order to prevent any future infringement of intellectual-property rights. It follows that that injunction would require the hosting service provider to carry out general monitoring, something which is prohibited by Article 15(1) of Directive 2000/31 (see, by analogy, *Scarlet Extended*, paragraph 40)."<sup>203</sup>

For å unngå økonomisk ansvar må OCSSPer hindre enhver ulovlig opplasting. Et filter må derfor undersøke alle opplastinger fra alle plattformens brukere. Dette fremstår som identisk

---

<sup>199</sup> C-360/10.

<sup>200</sup> *Id.* Avsnitt 21.

<sup>201</sup> *Id.* Avsnitt 23.

<sup>202</sup> *Id.* Avsnitt 25.

<sup>203</sup> *Id.* Avsnitt 38.

med filteret i *SABAM/Netlog*, og vil være i strid med forbudet mot en generell overvåkingsplikt i e-handelsdirektivet artikkel 15.1.<sup>204</sup>

## **EUs Charter om grunnleggende rettigheter**

EUs Charter om grunnleggende rettigheter (CFR) er en del av EUs primærlovgivning på lik linje med TEU<sup>205</sup> og TFEU<sup>206</sup>, jf. TEU artikkel 6.1.<sup>207</sup> Dette innebærer at EUs sekundærlovgivning, herunder direktiver, ikke kan være i strid med CFR. Se f.eks. *Lenaerts*:

"Second, just as general principles, the Charter may also be relied upon as providing grounds for judicial review. EU legislation found to be in breach of an Article of the Charter is to be held void."<sup>208</sup>

På samme måte som sekundærlovgivning må også annen myndighetsutøvelse, som rettslige pålegg, være i samsvar med CFR. I *SABAM/Netlog* ble det derfor reist spørsmål om filterets kompatibilitet CFR, nærmere bestemt retten til å opprette egen virksomhet (artikkel 16), personvern (artikkel 8) og ytrings-/informasjonsfriheten (artikkel 11).

Domstolen fremhevet innledningsvis at immaterielle rettigheter er beskyttet av artikkel 17.2 CFR.<sup>209</sup> Imidlertid var ikke beskyttelse ensbetydende med at rettigheten var absolutt, det måtte være en "(...) fair balance between the protection of copyright and the protection of the fundamental rights of individuals who are affected by such measures."<sup>210</sup>

Etter en helhetsvurdering konkluderte domstolen med at artikkel 8, 11 og 16 CFR hindret belgiske domstoler i å pålegge det nevnte filtreringssystemet.<sup>211</sup> I det følgende skal oppgaven drøfte dommens overføringsverdi for DSM-EP.

Domstolen begynte drøftelsen med å vurdere hvorvidt filtreringssystemet i tilstrekkelig grad ivaretok Netlogs rett til å *opprette og drive egen virksomhet* etter artikkel 16 CFR.

---

<sup>204</sup> Senftleben mfl. (2018), s. 156.

<sup>205</sup> Treaty on European Union.

<sup>206</sup> Treaty on the Functioning of the European Union.

<sup>207</sup> Kokott/Sobotta (2012), s. 95.

<sup>208</sup> Lenaerts (2012), s. 376.

<sup>209</sup> *SABAM/Netlog*, avsnitt 41. Artikkel 17.2 CFR lyder: "Intellectual property shall be protected."

<sup>210</sup> *Id.* Avsnitt 43.

<sup>211</sup> *Id.* Avsnitt 51.

I den forbindelse så EU-domstolen på filtreringstjenestens omfang: den ville gjelde alle data, sendt fra alle brukere, for en ubegrenset tidsperiode. Videre var det utelukkende Netlog som måtte bære kostnadene knyttet til filtreringen. Domstolen fremholdt derfor at:

"(...) such an injunction would result in a serious infringement of the freedom of the hosting service provider to conduct its business since it would require that hosting service provider to install a complicated, costly, permanent computer system at its own expense (...)"<sup>212</sup>

Spørsmålet er om disse innsigelsene gjør seg gjeldende for opplastingsfilteret som er en konsekvens av DSM-EP artikkel 13.1.

Omfanget av filtreringen fremstår som likt. For å unngå økonomisk ansvar må OCSSPer hindre enhver ulovlig opplasting, noe som innebærer filteret må undersøke *alle* opplastinger fra *alle* plattformens brukere.<sup>213</sup>

På den andre siden er det flere forskjeller mellom *SABAM/Netlog* og DSM-EP.

For det første ble *SABAM/Netlog* avsagt i 2012. Det er rimelig å anta at filtreringsteknologi har blitt mindre kostnadskrevende med årene, i takt med teknologiutviklingen.<sup>214</sup>

Videre er det ingen indikasjoner på at kostnadene ved utvikling og opprettholdelse av filter *utelukkende* skal pålegges OCSSPen, slik situasjonen var i *SABAM/Netlog*. Snarere fremgår det av DSM-EP artikkel 13.2a at OCSSPer og rettighetshaverne skal "cooperate in good faith" for å forhindre at ulovlig materiale blir tilgjengeliggjort. Dette kan tyde på et *samarbeid*, også i relasjon til kostnadene. I tillegg er flere delingsplattformer eksplisitt utelatt fra definisjonen av OCSSPer, som for eksempel mikro- og småbedrifter,<sup>215</sup> samt at direktivets artikkel 13.3 påpeker at samarbeidet må sikre at "the burden on SMEs remains appropriate".<sup>216</sup>

De ovennevnte eksemplene fremstår som tiltak som begrenser den økonomiske byrden et opplastingsfilter påfører operatøren. DSM-EP virker å ta større hensyn til den økonomiske belastningen enn hva tilfellet var i *SABAM/Netlog*. Dette innebærer igjen en mindre inngripen i operatørens rett til å opprette og drive egen virksomhet, jf. artikkel 16 CFR.

---

<sup>212</sup> *Id.* Avsnitt 46.

<sup>213</sup> Se punkt 3.5.2.

<sup>214</sup> Lucas-Schloetter (2017), s. 20.

<sup>215</sup> Se punkt 3.2.6.

<sup>216</sup> SME betyr Small and Medium sized Enterprises, se Kommissjonsrekommendasjon 2003/361/EC.

Det kan derfor med styrke argumenteres for at DSM-EP tilstrekkelig balanserer retten til å etablere egen virksomhet mot retten til beskyttelse av immaterielle rettigheter.

Det var imidlertid ikke bare hensynet til operatørens frihet til å etablere egen virksomhet som ble fremhevet som problematisk i *SABAM/Netlog*. Domstolen så også på hvilke konsekvenser et filter ville ha for plattformens *brukere*.

Først vurderte domstolen filterets potensiale til å gripe inn i brukernes rett til beskyttelse av persondata.<sup>217</sup> Domstolen påpekte at et filter:

"(...) would involve the identification, systematic analysis and processing of information connected with the profiles created on the social network by its users. The information connected with those profiles is protected personal data because, in principle, it allows those users to be identified."<sup>218</sup>

Som nevnt over vil filteret som er en konsekvens av artikkel 13.1 i DSM-EP, innebære behandling av *alle brukeropplastinger*.<sup>219</sup> Av den grunn vil innsigelsene EU-domstolen hadde mot filteret i *Sabam/Netlog* gjøre seg gjeldende med full styrke. Også her innebærer filteret identifikasjon, systematisk analysing og behandling av informasjon knyttet til brukerne som laster opp materialet.<sup>220</sup>

Til slutt så domstolen i *SABAM/Netlog* på filterets potensiale til å "undermine freedom of information",<sup>221</sup> beskyttet i artikkel 11 CFR. Domstolen fremhevet at filteret ikke i tilstrekkelig grad ville "distinguish between unlawful content and lawful content, with the result that its introduction could lead to the blocking of unlawful content".<sup>222</sup>

Implikasjonene for ytrings-/informasjonsfriheten er mer utførlig drøftet i Generaladvokat Cruz Villalóns rådgivende uttalelser i dommen *Scarlet Extended*.<sup>223</sup> Sistnevnte dom gjaldt også et pålegg om filtrering og blokkering av data, men pålegget var rettet mot en

---

<sup>217</sup> Artikkel 8 CFR.

<sup>218</sup> *SABAM/Netlog*, avsnitt 49.

<sup>219</sup> Punkt 3.5.2.

<sup>220</sup> Senfleben mfl. (2018), s. 152

<sup>221</sup> *SABAM/Netlog*, avsnitt 50.

<sup>222</sup> *Id.*

<sup>223</sup> C-70/10.



internettilbyder, ikke en delingsplattform. I *SABAM/Netlog* blir det i utstrakt grad henvist til *Scarlet Extended*.<sup>224</sup> Av Generaladvokatens uttalelser i *Scarlet Extended* fremgår det at:

"(...) a combined filtering and blocking system will inevitably affect lawful exchanges of content, and will therefore have repercussions on the content of the rights guaranteed by Article 11 of the Charter, if only because the lawfulness or otherwise of a given communication, which depends on the scope of the copyright concerned, varies from country to country and therefore falls outside the sphere of technology. So far as it is possible to judge, no filtering and blocking system appears able to guarantee, (...) the blockage only of exchanges specifically identifiable as unlawful."<sup>225</sup>

Spørsmålet er om de samme innsigelsene gjør seg gjeldende for DSM-EP.

Det er rimelig å anta at den teknologiske utviklingen har medført mer presise opplastingsfiltre. Særlig fremveksten av kunstig intelligens, hvor datamaskiner gjenskaper deler av den menneskelige tankeprosess,<sup>226</sup> gjør at filtre potensielt kan ta hensyn til flere av nyansene som ligger i en opphavsrettslig inngrepsvurdering.

Likevel er det få indikasjoner på at teknologien har kommet så langt at den kan erstatte mennesker fullt ut. Dette ble også fremhevet i konsekvensanalysen som fulgte Kommisjonens opprinnelige direktivforslag. Her står det at "content identification technologies may lead to "false positives".<sup>227</sup> Også nyere forskningsartikler fremhever utfordringene knyttet til "false positives".<sup>228</sup>

På tross av økt presisjon i filtreringsteknologien sammenliknet med da *SABAM/Netlog* ble avsagt, synes et opplastingsfilter fortsatt å innebære et uforholdsmessig inngrep i yrings-/informasjonsfriheten.

Enkelte forfattere hevder imidlertid at hensynet til yrings-/informasjonsfriheten blir tilstrekkelig ivaretatt gjennom *klage og gjenopprettingsmekanismer*.<sup>229</sup> Slike finnes i DSM-EP, se artikkel 13.2b hvor medlemslandene pålegges å iverksette "effective and

---

<sup>224</sup> *SABAM/Netlog*, i bl.a. avsnittene 29-34, 44, 46, 47.

<sup>225</sup> C-70/10, Generaladvokatens uttalelse, avsnitt 86.

<sup>226</sup> <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>

<sup>227</sup> *Impact Assessment*, del 1/3 s. 140-141.

<sup>228</sup> Engstrom/Feamster (2017), s. 2.

<sup>229</sup> Lucas-Schloetter (2017), s. 21.

expeditious complaints and redress mechanisms (...) in case [of] unjustified removals of [users] content". Fokuset i *SABAM/Netlog* ligger imidlertid på "the blocking of lawful content".<sup>230</sup> Avgjørelsen gir ingen indikasjoner på at klagemuligheter i tilstrekkelig grad vil kunne gjenopprette inngrepet i ytrings-/informasjonsfriheten et filter vil medføre.<sup>231</sup> Tatt til det ekstreme – dersom et filter blokkerte *alle opplastinger* er det lite rimelig å hevde at ytrings-/informasjonsfriheten blir tilstrekkelig ivaretatt om det kan klages på blokkeringen. Særlig fremhever enkelte forfattere at urettmessig blokkering kan ha en såkalt "chilling effect":<sup>232</sup> Terskelen for å laste opp materiale blir høyere dersom det kontinuerlig er en risiko for at opplastingen blir urettmessig blokkert, og brukeren må gjennom en klageomgang for å få opplastingen gjennomført.

På tross av at DSM-EP i større grad tar hensyn til delingsplattformenes rett til å opprette og drive virksomhet etter artikkel 16 CFR, fremstår et opplastingsfilter fortsatt fundamentalt i konflikt med brukernes personvern og ytrings-/informasjonsfrihet, beskyttet i henholdsvis artikkel 8 og 11 CFR, slik rettighetene er forstått i *SABAM/Netlog*. Det er derfor svært usikkert om et slikt filter vil aksepteres av EU-domstolen.

Som nevnt inneholder ikke DSM-EP noen direkte hjemmel for et opplastingsfilter.<sup>233</sup> Et filter er snarere en faktisk konsekvens av at OCSSPer *per definisjon* overfører til allmenheten, jf. artikkel 13.1. Dette medfører at det er artikkel 13.1 som fremstår som uforenlig med e-handelsdirektivet artikkel 15 og CFR. Samtidig er det igjen viktig å fremheve at DSM-EP kun er et direktivforslag, og man får håpe at et endelig direktiv i større grad klarer å harmonisere lovgivers ønske om å holde delingsplattformer ansvarlige for brukernes opplastinger, med e-handelsdirektivet artikkel 15 og et vern av grunnleggende rettigheter i CFR.

---

<sup>230</sup> *Sabam/Netlog*, avsnitt 50.

<sup>231</sup> Senfiteben mfl. (2018), s. 151.

<sup>232</sup> *Id.*

<sup>233</sup> Punkt 3.5.2

## 4 Oppsummering og konklusjon

I det følgende vil oppgaven oppsummere funnene fra kapittel 3, samt besvare den overordnede problemstillingen – i hvilken grad DSM-EP vil påvirke delingsplattformers økonomiske ansvar for brukeropplastinger av åndsverk etter norsk rett.

DSM-EP medfører kun endringer i gjeldende rett for delingsplattformer som omfattes av definisjonen av en OCSSP i artikkel 2 første avsnitt bokstav 4b. For andre plattformer vil reguleringen være som i dag, også etter norsk rett.

DSM-EP artikkel 13.1 innebærer at OCSSPer per definisjon overfører til allmenheten, om det lastes opp uautorisert materiale på plattformen – i norsk rett et inngrep i opphaverens eneretter, jf. åndsverkloven § 3 andre ledd bokstav d. Dette er ikke i samsvar med dagens regelverk slik *overføring til allmenheten* er forstått i Infosoc-direktivet artikkel 3.1.<sup>234</sup> DSM-EP innebærer en *endring* av gjeldende rett på dette punktet.<sup>235</sup>

At OCSSPer per definisjon overfører verket til allmenheten ved uautoriserte brukeropplastinger, medfører at plattformene kan holdes økonomisk ansvarlig for inngrepet, jf. åndsverkloven § 81. Dette gjelder i hovedsak selv om operatøren av plattformen er aktsomt uvitende om opplastingen, jf. § 81 fjerde ledd. Av bestemmelsen fremgår det at rettighetshaver har krav på kompensasjon selv om overtrederen er i god tro, "i den grad det ikke fremstår som urimelig".

DSM-EPs fortale, punkt 37a, postulerer at OCSSPer per definisjon er *aktive* og dermed ikke kvalifiserer for beskyttelse i e-handelsdirektivet artikkel 14. For norsk rett innebærer dette en tilsvarende avskjæring av ansvarsfritaket i e-handelsloven § 18 b. Dette er ikke i samsvar med status quo slik skillet mellom en aktiv og passiv tjenestetilbyder er forstått i *eBay*.<sup>236</sup> At postulatet er plassert i DSM-EPs fortale gjør det problematisk å legge til grunn, da det strider med EU-domstolens tolkning av e-handelsdirektivet artikkel 14, og slutninger fra et direktivs fortale ikke kan tilsidesette direktivtekst.<sup>237</sup> En må derfor håpe at lovgiver i et endelig direktiv

---

<sup>234</sup> Punkt 3.3.1.

<sup>235</sup> Punkt 3.3.2.

<sup>236</sup> Punkt 3.4.1.

<sup>237</sup> Punkt 3.4.2.

– om reguleringen ønskes opprettholdt – eksplisitt fraviker e-handelsdirektivet artikkel 14 i *direktivteksten*.

Videre vil artikkel 13.1 (i norsk rett åndsverkloven § 3 andre ledd bokstav d) innebære at OCSSPer i praksis må installere opplastingsfiltre for å sikre seg mot ansvar for brukernes opplastinger.<sup>238</sup> Et slikt filter vil imidlertid komme i konflikt med e-handelsdirektivet artikkel 14, samt grunnleggende rettigheter i CFR.<sup>239</sup> Tilsvarende spenninger vil kunne oppstå i norsk rett, da i relasjon til e-handelsloven § 19, samt beskyttelsen av personvernet (Grunnloven<sup>240</sup> § 102 og EMK<sup>241</sup> artikkel 8) og ytringsfriheten (Grunnloven § 110 og EMK artikkel 10).

I lys av de ovennevnte problemene fremstår det som usikkert at løsningen angitt i DSM-EP vil aksepteres av EU-domstolen og norske domstoler slik direktivforslaget er formulert nå.

Dersom utfordringene løses og DSM-EP gjennomføres fullt ut i norsk rett, kan imidlertid den overordnede problemstillingen besvares slik: DSM-EP vil endre norsk rett ved at OCSSPer i all hovedsak kan holdes økonomisk ansvarlig for brukernes inngripende opplastinger, uavhengig av plattformens kunnskap om opplastingens eksistens eller inngripende karakter. For å beskytte seg mot et slikt ansvar må OCSSPer i praksis installere opplastingsfiltre.

Selv om det ovennevnte fremstår som dramatiske endringer for delingsplattformer som omfattes av definisjonen på en OCSSP, vil de praktiske konsekvensene av DSM-EP i hovedsak være at slike delingsplattformer må inngå lisensavtaler, i tråd med DSM-EP artikkel 13.1. Økonomisk ansvar og opplastingsfiltre vil primært fungere som *ris bak speilet* for å tvinge OCSSPene inn i slike avtaler.

---

<sup>238</sup> Punkt 3.5.2.

<sup>239</sup> Punkt 3.5.3.

<sup>240</sup> Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.

<sup>241</sup> Vedlegg 1 til Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), LOV-1999-05-21-30.

# Kilder

## Lover

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven), LOV-1992-11-27-109

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), LOV-1999-05-21-30.

Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (e-handelsloven), LOV-2003-05-23-35

Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), LOV-2018-06-15-40

## Direktiv

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

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

Directive (EU) 2015/1535 Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services

## Høyesterett

Rt-1997-1954

Rt-2005-41 (Napster)

## EU-domstolen

C-244/95 ( <i>Moskof</i> )	P. Moskof AE v. Ethnikos Organismos Kapnous (ECLI:EU:C:2011:474)
C-162/97 ( <i>Svensson</i> )	Criminal proceedings against Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren and Solweig Arrborn (ECLI:EU:C:1998:554)
C-308/97 ( <i>Manfredi</i> )	Giuseppe Manfredi v Regione Puglia (ECLI:EU:C:1998:566)
C-46/98 P ( <i>Petrides</i> )	Odette Nicos Petrides Co. Inc. v Commission of the European Communities (ECLI:EU:C:1999:399)
C-236/08 til C-238/08 ( <i>Google France</i> )	Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL v Viaticum SA and Luteciel SARL (C-237/08) and Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others (C-238/08). (ECLI:EU:C:2010:159)
C-324/09 ( <i>eBay</i> )	L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others (ECLI:EU:C:2011:474)
C-70/10 ( <i>Scarlet Extended</i> )	Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM). (ECLI:EU:C:2011:771)
C-360/10 ( <i>Sabam/Netlog</i> )	Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV (ECLI:EU:C:2012:85)
C-466/12 ( <i>Svensson</i> )	Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB (ECLI:EU:C:2014:76)
C-484/14 ( <i>Mc Fadden</i> )	Tobias Mc Fadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH (ECLI:EU:C:2016:689)
C-160/15 ( <i>GS Media</i> )	GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others (ECLI:EU:C:2016:644)
C-527/15 ( <i>Filmspeler</i> )	Stichting Brein v Jack Frederik Wullems (ECLI:EU:C:2017:300)
C-610/15 ( <i>Ziggo</i> )	Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV (ECLI:EU:C:2017:456)

## Generaladvokatens uttalelser

C-70/10 Scarlet Extended, generaladvokat Cruz Villalón (ECLI:EU:C:2011:255)

## **Annen rettspraksis**

### **Storbritannia**

[2009] EWHC 1094                      L'Oréal SA v eBay International AG

Tilgjengelig på <https://academic.oup.com/rpc/article/126/11-12/693/1597728> besøkt 09/12/2018

### **USA**

545 U.S (*Grokster*)                      *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913, 125 S. Ct. 2764, 162 L. Ed. 2d 781 (2005)

676 F.3d 19 (*Youtube*)                      *Viacom Intern., Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012)

718 F.3d 1006 (*Veoh*)                      *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*, (9th Cir. 2013)

710 F.3d 1020 (*Fung*)                      *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung*, 710 F.3d 1020 (9th Cir. 2013)

## **Forarbeider**

Innst.258 L (2017–2018) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)

## **EU-dokumenter**

2003/361/EC                                      COMMISSION RECOMMENDATION of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises

- COM(2016) 288  
Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Online Platforms and the Digital Single Market: Opportunities and Challenges for Europe  
  
Tilgjengelig på:  
<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-288-EN-F1-1.PDF> besøkt 9/12/2018
- COM(2016) 593  
Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market  
  
Komisjonens opprinnelige forslag. Tilgjengelig på: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN> besøkt 9/12/2018
- SWD/2016/0301  
(*Impact Assessment*)  
COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT on the modernisation of EU copyright rules Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organisations and retransmissions of television and radio programmes  
  
Tilgjengelig på: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0301&from=EN> besøkt 9/12/2018
- 2016/0280 (COD)  
Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market.  
  
Forslaget som ble nedstemt i Europaparlamentet 5. juli 2018.  
Tilgjengelig på:  
<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8672-2018-INIT/en/pdf> besøkt 9/12/2018
- T8-0337/2018  
Amendments adopted by the European Parliament on 12 September 2018 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD))  
  
Direktivforslaget som ble stemt frem av Europaparlamentet 12. September 2018. Tilgjengelig på:  
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2018->



[0337+0+DOC+PDF+V0//EN](#). Se høyre spalte. Besøkt 9/12/2018

*Joint Practical Guide 2015*

*Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council And the Commission for persons involved in the drafting of European Union Legislation*, European Union, 2015

Tilgjengelig på: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3879747d-7a3c-411b-a3a0-55c14e2ba732>  
besøkt 9/12/2018

Hele Lovgivningsprosessen i forbindelse med DSM-EP er tilgjengelig på: [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2016/0280\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2016/0280(COD)). Besøkt 9/12/2018

## Litteratur

- Angelopoulos (2017) Angelopoulos, Christina. "On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market", 2017
- Arnesen/Stenvik (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og Juridisk Metode*, Oslo 2015
- Baistrocchi (2002) Baistrocchi, Pablo Asbo, "Liability of intermediary service providers in the EU directive on electronic commerce." *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, vol. 19 no. 1, 2002, s. 111-130
- Bast (2003) Bast, Jürgen, *On the grammar of EU law: Legal instruments*, New York University, School of Law, 2003
- Tilgjengelig på:  
<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-05.pdf>. Besøkt 9/12/2018
- Bridy (2016) Bridy, Annemarie, "Three Notice Failures in Copyright Law", *Boston University Law Review*, vol. 96 no. 3, 2016, s. 777-832.

- Dashwood (1982) Dashwood, A.A, "The Advocate General in the Court of Justice of the European Communities," *Legal Studies*, vol. 2 no. 2, 1982, s. 202-2016
- Engstrom/Feamster (2017) Engstrom, Evan og Nick Feamster, "The Limits of Filtering: A Look at the Functionality and Shortcomings of Content Detection Tools." *Engine*, 2017
- Frosio (2017) Frosio, Giancarlo, "The Death of 'No Monitoring Obligations': A Story of Untameable Monsters", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 8 no. 3, 2017, s. 199-215
- Ginsburg/Budiardjo (2018) Ginsburg, Jane C og Luke Budiardjo, "Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives". *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 41, 2018, s. 153-224
- Humphreys mfl. (2015) Humphreys, Llio, mfl. "Mapping Recitals to Normative Provisions in EU Legislation to Assist Legal Interpretation." *JURIX*, 2015 s. 41-49
- Klimas/Vaiciukaite (2008) Klimas, Tadas, og Jurate Vaiciukaite. "The Law of Recitals in European Community Legislation" *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 15 no. 1, 2008 s. 61-94
- Kokott/Sobotta (2012) Kokott, Juliane, og Christoph Sobotta. "The charter of fundamental rights of the European Union after Lisbon." *Revista Romana de Drept European*, vol. 2012 no. 5, 2012, s. 93-112
- Lenaerts (2012) Lenaerts, Koen. "Exploring the limits of the EU charter of fundamental rights." *European Constitutional Law Review*, vol. 8 no. 3, 2012, s. 375-403
- Von Lewinski (2018) Von Lewinski, Silke, "Comments on Article 13 and related provisions in the JURI Committee Report for a Directive on Copyright in the Digital Single Market"

Tilgjengelig på:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/09/03/comments-article-13-related-provisions-juri-committee-report-directive-copyright-digital-single-market/> besøkt 9/12/2018

Lucas-Schloetter (2017) Lucas-Schloetter, Agnès, "Transfer of Value Provisions of the Draft Copyright Directive", 2017

Tilgjengelig på: <http://www.authorsocieties.eu/uploads/Lucas-Schloetter%20Analysis%20Copyright%20Directive%20-%20EN.pdf> besøkt 9/12/2018

Rognstad (2009) Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett*, Oslo 2009

Senftleben mfl. (2018) Senftleben, Martin, mfl. "The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform." *European Intellectual Property Review* vol. 40 no. 3, 2018, s. 149-163

## Nettsider

[https://blog.twitter.com/official/en\\_us/topics/product/2017/tweetingmadeeasier.html](https://blog.twitter.com/official/en_us/topics/product/2017/tweetingmadeeasier.html) besøkt 9/12/2018

<https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> besøkt 9/12/2018

<http://ipkitten.blogspot.com/2018/09/breaking-fcj-refers-case-regarding.html> besøkt 9/12/2018

<https://medium.com/@maxmarmer/a-look-at-how-technology-is-reshaping-the-global-economy-c716c4681e06> besøkt 9/12/2018

<https://www.merriam-webster.com/dictionary/large> besøkt 9/12/2018

<https://www.merriam-webster.com/dictionary/significant> besøkt 9/12/2018

<https://snl.no/algorithm> besøkt 9/12/18

<https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=no> besøkt 9/12/2018

<https://twitter.com/oslopolitiops> besøkt 9/12/2018

<https://twitter.com/petternorthug1> besøkt 9/12/2018

<https://twitter.com/realdonaldtrump> besøkt 9/12/2018

<https://www.youtube.com/yt/advertise/> besøkt 9/12/2018

<https://www.theverge.com/2018/9/13/17854158/eu-copyright-directive-article-13-11-internet-censorship-google> besøkt 9/12/2018

<https://vimeo.com/about/advertisers> besøkt 9/12/2018