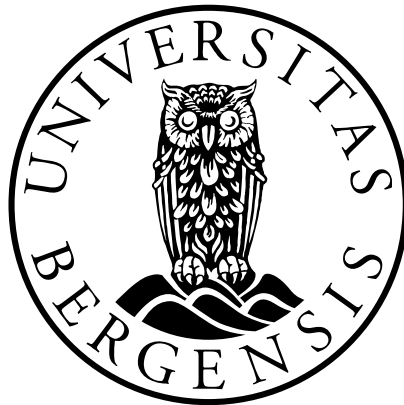


Delingsplattformenes ansvar for brukergenerert innhold

Hvordan påvirkes gjeldende rett av artikkel 17 i Digitalmarkedsdirektivet?

Kandidatnummer: 12

Antall ord: 14 616



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato 22.06.2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Aktualitet.....	6
1.3 Avgrensninger.....	8
1.4 Rettskilder og metode.....	8
1.5 Fremstillingen videre.....	10
1.6 Terminologi og avklaringer.....	11
1.6.1 Rettighetshaver.....	11
1.6.2 Delingsplattform.....	11
1.6.3 Youtube.....	11
1.6.4 Verdigaphensyn.....	12
2 Gjeldende rett for delingsplattformenes ansvarsgrunnlag.....	14
2.1 Lovgivning med opphavsrettslig relevans.....	14
2.1.1 Kort om åndsverksloven og opphavsrettens formål.....	14
2.1.2 Forholdet mellom åndsverksloven og EUs opphavsrettsdirektiv.....	15
2.1.3 Opphavers overføringsrett etter åndsverksloven § 3 (2) litra d).....	16
2.2 Utviklingen fra et medvirkeransvar til et selvstendig ansvar.....	17
2.3 Krenkelsesvurderingen - vilkår utviklet gjennom EU-domstolens rettspraksis.....	18
2.3.1 Overføringsbegrepet.....	18
2.3.2 Overføring til en "ny allmennhet" (new public).....	20
2.3.3 Supplerende kriterier.....	22
2.3.3.1 Vinnings hensikt.....	22

2.3.3.2 Kunnskap- og nødvendighetskriteriet.....	22
2.4 Sak C-610/15 (<i>Ziggo</i>).....	25
3. Gjeldende rett for delingsplattformers ansvarsfrihet.....	27
3.1 Generelt om ´Safe harbour´-regimet.....	27
3.2 Ehandelsloven.....	28
3.3 Ansvarsfrihet etter ehandelsloven.....	28
3.4 Lagringstjenesters ansvarsfritak fra erstatning- og straffeansvar etter ehandelsloven § 18.....	30
3.4.1 Det generelle ansvarsfritaket etter ehandelsloven § 18 (1).....	30
3.4.2 Notice and takedown-prosedyre etter § 18 (2)	32
3.5 Lagringstjeneste-begrepet og delingsplattformene.....	33
4. Digitalmarkedsdirektivet.....	34
4.1 Hvorfor er det behov for en modernisering av opphavsrettslig lovgivning.....	34
4.2 Digital Single Market-strategien.....	35
4.3 Bakgrunnen for digitalmarkedsdirektivet.....	37
4.4 Digitalmarkedsdirektivets forhold til norsk opphavsrettslig lovgivning.....	37
4.5 Digitalmarkedsdirektivets artikkel 17	38
4.5.1 Hvilke plattformer vil rammes av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17.....	38
4.6 En sammenligning av ansvarsgrunnlaget før og etter digitalmarkedsdirektivet - <i>Communication to the public</i>	40
4.7 En sammenligning av reglene for ansvarsfrihet før og etter digitalmarkedsdirektivet - <i>et nytt safe harbour regime</i>	44
4.7.1 Ansvarsfrihet etter artikkel 17.....	44
5. Problemstillinger knyttet til gjennomføringen av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17	46
5.1 Implikasjoner av å innføre et eget "opphavsrettslig regime" spesifikt for Europa - <i>kritikk fra et internasjonalt perspektiv</i>	46
5.2 Filtreringsproblematikk i artikkel 17.....	48

5.2.1 Tidlig kritikk mot forslagetets artikkel 13.....	48
5.2.2. Påfører artikkel 17 en generell overvåkingsplikt for delingsplattformene.....	50
5.3 Avsluttende bemerkninger.....	52
Litteraturliste	54
Vedlegg.	60

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er plattformansvaret innenfor det opphavsrettslige område og hvordan den rettslige reguleringen av ansvaret vil påvirkes av det nylig EU-vedtatte digitalmarkedsdirektivet¹ artikkel 17.

Med *plattformansvar* menes det de regler som kan holde en tilbyder av en delingsplattform² selvstendig ansvarlig for opphavsrettslige krenkelser ved brukeropplastet innhold.³ Også lovgivning som *begrenser* plattformansvaret vil omfattes av oppgaven.⁴

Det har de siste årene rådet juridisk usikkerhet for når og eventuelt på hvilket rettsgrunnlag en delingsplattform kan holdes ansvarlig for brukeropplastet innhold.

Den opprinnelige opphavsrettslige reguleringen av ansvaret har basert seg på en noe utdatert og fragmentert lovgivning.⁵

Lovgivningen bærer preg av å være utformet før delingsplattformene utviklet seg til de sentrale aktørene de utgjør i dagens digitale landskap og internettøkonomi. Det oppstår her en problemstilling om den eksisterende lovgivningen ivaretar og balanserer brukernes, delingsplattformenes og rettighetshavernes hensyn i tilstrekkelig grad.

Større delingsplattformer som baserer seg på brukeropplastet innhold, eksempelvis Youtube og Facebook, har til nå hatt en stor økonomisk fordel av lovgivning og rettspraksis hvor

¹ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, heretter omtalt som digitalmarkedsdirektivet.

² Se oppgavens punkt 1.6.2

³ Begrep lånt fra Rognstad (2019) om det juridiske ansvaret for plattformer som formidler brukeropplastet innhold.

⁴ Ansvarsfritakregler som fremgår av ehandelsdirektivet artikkel 14 nr. 1 og digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 nr. 4 og 5.

⁵ Rettsgrunnlaget for å potensielt kunne holde en delingsplattform selvstendig ansvarlig for krenkende brukeropplastet innhold, har fulgt av varierende nasjonale gjennomføringer av opphavsrettsdirektivets minimumskrav etter artikkel 3 nr. 2.

delingsplattformer ikke har blitt holdt direkte ansvarlige for opphavsrettslige krenkelsers utført av brukere av plattformen.⁶

På bakgrunn av at lovgivningen ikke er modernisert i tråd med den digitale utviklingen har det utviklet seg et såkalt “verdigap”.⁷

Begrepet beskriver den voksende ubalansen mellom verdier delingsplattformene tjener på bruk av opphavsrettslig vernet innhold, kontra de inntektene som artister, opphavere, management og diverse rettighetshavere mottar for denne spesifikke bruken.

Denne økonomiske ubalansen har blitt styrket ytterligere ved at det har foreligget en overbevisning om at delingsplattformer kun opererer som nettverter for innhold og derfor sekundært vil være beskyttet av regler om ansvarsfrihet etter ehandelsdirektivet artikkel 14.

Digitalmarkedsdirektivet, som ble vedtatt innad i EU 17. April 2019, og dets artikkel 17 er ment å rette opp i denne økende ubalansen og tette verdigapet.⁸

Intensjonen bak artikkel 17 er å sikre at skapere av åndsverk får en mer balansert og rettferdig økonomisk kompensasjon for sitt arbeid ved å både kreve at visse delingsplattformer sikrer seg lisenser for brukeropplaget innhold som er opphavsrettslig vernet.⁹

Den overordnede problemstillingen i oppgaven er i hvilken grad artikkel 17 samsvarer med vår eksisterende lovgivning. Plattformansvaret reguleres i dag av bestemmelser i åndsverksloven¹⁰ og ehandelsloven¹¹ som igjen gjennomfører opphavsrettsdirektivet¹² og ehandelsdirektivet¹³.

⁶ Delingsplattformene utgjør en forretningsmodell som i hovedsak profitterer på annonseinntekter og videresalg av brukerdata.

⁷ Begrepet utdypes nedenfor punkt 1.6.4

⁸ *Frosio* (2017) s. 1

⁹ Digitalmarkedsdirektivet fortale premiss 61

¹⁰ Lov 15. juni 2018 nr.40 om opphavsrett til åndsverk mv., heretter omtalt som åndsverksloven.

¹¹ Lov 23. mai .2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester, heretter omtalt ved korttittelen ehandelsloven.

¹² Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet, heretter omtalt som opphavsrettsdirektivet.

¹³ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 8. Juni 2000 om visse juridiske aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked, heretter omtalt som ehandelsdirektivet.

Herunder om gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 vil føre til en utvidelse av ansvaret for de delingsplattformene som direktivet er ment å ramme. Og forbeholdt at spørsmålet svares bekreftende; hvilke implikasjoner følger av et slikt utvidet ansvar.

Avslutningsvis reises det spørsmål om hvor godt vilkårene som artikkel 17 pålegger delingsplattformene, om å forhindre ulovlig bruk ex ante, samsvarer med essensielle brukerrettigheter som ytring- og informasjonsfrihet samt regler mot ulovlig generell overvåking.¹⁴

Det reises også et kritisk blikk mot det å innføre et eget “EU-regime” for delingsplattformenes ansvar, når delingsplattformene er globale aktører.

Det er viktig å påpeke at oppgavens problemstillinger gjelder de “nøytrale” delingsplattformene.

Med *nøytrale delingsplattformer* menes det plattformer som er av slik oppbygning at plattformene ikke selv “oppmuntrer” til opphavsrettslige krenkelser mellom brukerne og som ofte dessuten har innført et teknologisystem¹⁵ for å oppdage, varsle og fjerne ulovlig innhold. Det er for slike nøytrale delingsplattformer det har oppstått en særlig rettslig usikkerhet rundt tolkningen og anvendelsen av opphavsrettsdirektivets artikkel 3 nr. 1.

1.2 Aktualitet

Spørsmålet om når en delingsplattform kan holdes direkte ansvarlig for opphavsrettslige krenkelser utført av en tredjeperson, har i stor grad vært preget av en rettslig usikkerhet siden tidlig 2000-tall.

Før vedtagelsen av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 ble det forelagt EU-domstolen¹⁶ forespørsel om prejudisiell avgjørelse av spørsmål vedrørende *når en delingsplattform er direkte ansvarlig etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1 og hvilken aktivitet en delingsplattform må utøve for å nyte av ansvarsfrihetsregelen i ehandelsdirektivet artikkel 14*

¹⁴ Jf. artikkel 17 nr. 4 litra b)

¹⁵ Eksempelvis YouTube sitt ContentID-system

¹⁶ CJEU – Den europeiske unions domstol

nr. 1.¹⁷ Spørsmålene dreier seg om usikkerheten knyttet til de mer nøytrale delingsplattformenes rettsstilstand.

Behovet for avklaring av disse spørsmålene har ført til vedtagelsen av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 som har intensjon om å klargjøre den juridiske usikkerheten på dette området og harmonisere lovgivningen innad i EU.

Man har sett en utvikling fra å holde delingsplattformer ansvarlige for *medvirkning* til opphavsrettslige krenkelser utført av brukere, slik som var tilfelle i den norske “*Napster*”-dommen fra 2005¹⁸, til å anse at formidlerne *selv* overfører verk og innhold til allmennheten og dermed krenker og gjør et direkte inngrep i rettighetshavers enerett.

Denne utviklingen fra at plattformene blir holdt ansvarlige som mellommenn som medvirker til brukernes krenkelser, mot at plattformene også kan holdes direkte ansvarlig for ulovlig innhold som lastes opp av brukere, kommer tydelig til uttrykk i EU-domstolens praksis, sist stadfestet i *Ziggo*-dommen fra 2017.¹⁹ I denne saken uttaler EU-domstolen at også nettstedet som “*The Pirate Bay*”²⁰ kan sies å *overføre åndsverk til allmennheten* i opphavsrettsdirektivets forstand.²¹²²

Også EU-lovgivningen og det nye digitalmarkedsdirektivet gjenspeiler dette synspunktet om at delingsplattformer kan, og i visse tilfeller *skal*, holdes direkte ansvarlige etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1.

Per dags dato har Norge og øvrige EFTA-land startet prosessen med å innlemme digitalmarkedsdirektivet i EØS-avtalen²³. Kulturdepartementet vil begynne arbeidet med å gjennomføre direktivet i norsk rett i 2020. Arbeidet antas å ville skje i tett dialog med de andre nordiske landene, i og med at opphavsrettsfeltet er preget av et sterkt nordisk lovsamarbeid.²⁴

¹⁷ C-682/18 (*YouTube*) – forelagt CJEU 13. September 2018, overført fra den tyske høyesterett.

¹⁸ Rt. 2005 s.41 (*Napster*)

¹⁹ C-610/15 (*Ziggo*)

²⁰ Nettside som indekserer torrent-filer som brukere har lastet opp. Nettsiden legger til rette for deling av musikk- og filmfiler, som i stor grad er ulisensiert. Disse filene kan videre lastes ned ved hjelp av et datamaskinprogram (BitTorrent). Siden muliggjør en effektiv overføring av store mengder innhold.

²¹ Jf. artikkel 3 nr. 1 “communication to the public”

²² C-610/ 15 (*Ziggo*) Premiss 36-39

²³EØS-avtalens vedlegg XVII - Opphavsrett

²⁴ Kulturdepartementet 2020, Rapport og planer, Vedlegg; Sentrale EU- og EØS-saker i forvaltningen, URL: https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/sentrale_eusaker_2020/id2691191/#kud s. 35

1.3 Avgrensninger

Oppgaven avgrenses til krenkelser av opphavers enerett til *overføring til allmennheten* etter åndsverksloven § 3(2) litra d). Bestemmelsen tilsvarende og inkorporerer opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr.1.²⁵ Reglene for lovlig bruk av opphavsrettslig vernet innhold, vil ikke behandles i oppgaven.

Videre er det kun artikkel 17 i digitalmarkedsdirektivet som det redegjøres for og ikke øvrige bestemmelser i direktivet. Dette grunnet at det er spesifikt artikkel 17 som direkte berører oppgavens tema og problemstillinger.

Det bemerkes at artikkel 17 er en lang og ordtett artikkel og at det kun er leddene som er relevant for oppgavens problemstillinger som løftes frem. Leddene må likevel tolkes i lys av artikkelen og direktivet i sin helhet.

Når det gjelder oppgavens del om rettsgrunnlag for delingsplattformenes ansvarsfrihet er det kun ehandelsdirektivets `safe harbour`-regel for nettverter, artikkel 14 og følgende gjennomføring i ehandelsloven § 18, som omfattes. Dette fordi digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 vil føre til inngrep gjeldende bruken av ehandelsdirektivet artikkel 14 og dermed også føre til et samsvarende inngrep i ehandelsloven § 18.

1.4 Rettskilder og metode

De norske opphavsrettsreglene er som nevnt territorielle²⁶, men rettsområdet er samtidig under sterk internasjonal påvirkning.

Opphavsrett og nærstående rettigheter ligger innenfor rammen av EØS-avtalen²⁷ og Norge er derfor forpliktet til å gjennomføre EU-lovgivningen på dette området i samsvar med EU-

²⁵ Som igjen bygger nesten ordrett på WTO (WIPO Copyright Treaty) art. 8

²⁶ Selv om åndsverksloven ikke uttrykkelig stadfester sitt geografiske virkeområde, følger det av territorialitetsprinsippet at nasjonal lovgivning ikke kan etablere eneretter i andre land, slik at lovgivningen med andre ord bare kan gjelde på norsk territorium

²⁷ Jf. EØS avtalens art. 7 jf. art. 119, vedlegg XVII.

retten.²⁸ Åndsverksloven og øvrige opphavsrettslige regler må derfor analyseres på bakgrunn av kravet til EØS-konform tolkning.²⁹

Vår nasjonale lovgivning for regulering av plattformsvaret bygger i stor grad på gjennomføring av direktiv på EU-rettslig nivå; spesifikt opphavsrettsdirektivet og ehandelsdirektivet. Som nevnt ovenfor har også arbeidet med inkorporering av digitalmarkedsdirektivet så vidt påbegynt.

Oppgaven tar derfor i hovedsak sikte på å behandle plattformsvaret i et europeisk perspektiv, siden innholdet og tolkningen av vår nasjonale lovgivning i betydelig grad er harmonisert med de EU-rettslige direktivene og EU-domstolens praksis. Praksis fra EU-domstolen får dessuten en fremtredende rolle i oppgavens del om ansvarsgrunnlag, siden norsk rettspraksis i stor grad er begrenset eller fraværende vedrørende reguleringen av plattformsvaret.³⁰

Videre vil oppgaven også bygge på juridiske fagartikler og artikler fra juridiske tidsskrifter. Det bemerkes at juridisk litteratur ikke i seg selv er en autoriativ rettskilde og vil derfor i hovedsak benyttes som opplysningskilder og for underbygging av argumentasjon i denne oppgaven.³¹

Det faktum at digitalmarkedsdirektivet er nylig vedtatt og ikke enda ferdig inkorporert i EU sine medlemsland, påvirker også oppgaven og metodespørsmål. Uklarheter ved tolkningen av artikkel 17 og øvrig direktivtekst må sees i sammenheng med direktivets helhetlige formål og kontekst. Siden direktivteksten er både flertydig og vag, må det antas at fremtidig rettspraksis for å utdype direktivets innhold og vilkår, er uungåelig.

Oppgaven utgjør en sammenligning av to regelsett, herunder rettstilstanden for nøytrale delingsplattformer før og etter vedtakelsen av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17.

Det oppstår her en strukturell utfordring.

²⁸ Sejersted, F, Arnesen, F., Rognstad, O.A, Kolstad, O; EØS-rett (2011), 3. utg., Oslo, Universitetsforlaget s. 92

²⁹ Denne regelen springer ut fra EFTA-domstolen Sak E-1/07, *Straffesak mot A*. Her uttalte domstolen at EØS-avtalen forplikter nasjonale domstoler til å benytte alle de muligheter nasjonal rett gir til å komme til et EØS-konformt resultat.

³⁰ Åndsverksloven § 3 (2) d) tolkes i stor grad på bakgrunn av EU-rettens praksis og vilkår utviklet her. Norsk rettspraksis bærer preg av å være noe utdatert på dette rettsområdet. Det finnes ingen norsk rettspraksis som direkte gjelder innholdet av ehandelsloven § 18.

³¹ Hvorvidt og i hvilken grad juridisk teori har en rolle som rettskilde er omtvistet, sml. Fleischer (1995) s. 205 og Boe (2012) s. 337 - Det må uansett være på det rene å si at argumentasjonskraften i argumentasjonen og veletablerte rettsoppfatninger innen teorien, kan bære vekt.

Det forsøkes å unngå en fortløpende sammenlikning av elementene i regelsettene, da dette vil føre til en uoversiktlig oppgave. Det er derfor valgt at regelsettene først fremstilles og redegjøres for separat, for så å sammenligne visse elementer i regelsettene avslutningsvis.

1.5 Fremstillingen videre

I oppgavens første del vil delingsplattformenes ansvarsgrunnlag redegjøres.

Spesifikt ansvaret som foreligger etter begrepet “overføring til allmennheten” hvor det oppstår spørsmål om også nøytrale delingsplattformer kan holdes direkte ansvarlig for brukeropplaget innhold som krenker rettighetshavers enerett.³²

Krenkelsesvurderingen består av vilkår utviklet gjennom EU-domstolens rettspraksis som følgende vil gjennomgås for å danne et bilde av gjeldende rettstilstand.³³³⁴

En klarlegging av gjeldende rett er følgelig essensielt for å kunne analysere hvor godt artikkel 17 samsvarer med gjeldende rett og hvilke implikasjoner som vil følge av gjennomføringen av artikkel 17.

I oppgavens andre del vil reglene for delingsplattformenes ansvarsfrihet gjennomgås, også omtalt som `safe harbour`-reglene. Det er spesifikt regelen for ansvarsfrihet for nettværter som gjennomgås.

Oppgavens tredje del omhandler digitalmarkedsdirektivet og forholdet mellom artikkel 17 og eksisterende lovgivning. Det vil derfor belyses noen problemstillinger i henhold til tolkningen av artikkelens innhold og hvordan innholdet samsvarer med gjeldende rett. Det blir forsøkt klargjort hvilke endringer artikkel 17 medfører og hvor det oppstår et spenningsforhold med gjeldende rett for delingsplattformenes ansvarsgrunnlag og ansvarsfrihet.

Avslutningsvis vil det reises noen kritiske synspunkter. Det reises spørsmål til kompatibiliteten mellom digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 og fundamentale rettigheter,

³² Jf. opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1 og nr. 2 og gjennomføring av artikkelen i åndsverksloven § 3 (2) litra d)

³³ For medlemsland som ikke enda har gjennomført digitalmarkedsdirektivet artikkel 17, vil et ansvarsgrunnlag bygge dette rettsgrunnlaget. ; Det bemerkes av rettspraksisen i stor grad dreier seg om ikke-nøytrale delingsplattformer (piratdelingsplattformer), men momentene som vurderes er overførbare til også nøytrale delingsplattformer.

som brukernes innhold- og ytringsfrihet, samt delingsplattformenes rett til å drive forretning. Filtreringsproblematikken som følger artikkel 17, blir også drøftet.

1.6 Terminologi og avklaringer

1.6.1 Rettighetshaver

Det følger av forarbeidene til åndsverksloven at begrepet “rettighetshaver” skal forstås vidt og omfatte alle som innehar rettigheter etter åndsverksloven.³⁵

Innehaver av slike rettigheter kan være andre enn den originære skaperen av åndsverket, for eksempel en person som delvis eller fullstendig har fått overdratt en slik rett.

1.6.2 Delingsplattform

Begrepet “delingsplattform”, “nettdelingsplattform” eller kortversjonen “plattform” brukes i denne oppgaven om digitale plattformer som tilbyr brukere å dele innhold på internett.

Begrepet er ment å tilsvare det engelske begrepet “Online Content-Sharing Service Providers” (OCSSP) som benyttes i digitalmarkedsdirektivet om plattformer som lagrer og gir allmennheten tilgang til å laste opp og dele store mengder av opphavsrettsbeskyttede verk eller annet beskyttet materiale, der plattformene organiserer og promoterer med profittformål.

³⁶ Begrepet er også ment å omfatte den norske oversettelsen “tilbydere av delingstjenester for nettinnhold”, som benyttes tilsvarende begrepet OCSSP, i posisjonsnotat om digitalmarkedsdirektivet.³⁷

Eksempel på kjente delingsplattformer som går inn under definisjonen er Youtube og Facebook. Der det er nødvendig vil YouTube benyttes som eksempel på en delingsplattform for å gi et mer konkretisert bilde av problemstillingene.

1.6.3 YouTube

Youtube er en videodelingsplattform som eies av Google og en av de største digitale delingsplattformene per i dag. Profittmodellen til delingsplattformen består av å generere

³⁵ Prop. 65 L (2012-2013) s. 90

³⁶ Digitalmarkedsdirektivet artikkel 2

³⁷ EØS-notatbasen; digitalmarkedsdirektivet, URL; <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/des/dsm-direktivet/id2556742/> NB- Ikke en offisiell norsk oversettelse av begrepet.

inntekter fra sponset reklame, da ofte i form av reklamesnutter som spilles av i forkant eller iløpet av den videoen som brukeren ønsker å se. Plattformen tjener penger per klikk på videoer som lastes opp av brukere. Youtube anslås å ha en årlig inntekt på 18- 25 milliarder amerikanske dollar³⁸ og har 1,8 milliard brukere globalt.³⁹ Mer enn 500 timer med video er lastet opp til YouTube hvert minutt og brukere ser mer enn 1 billion timer av videoer hver dag⁴⁰. En betydelig andel av innholdet som lastes opp består av opphavsrettslig vernet innhold hvor opplasteren i de fleste tilfeller ikke har lisens eller annen autorisering for bruken.

1.6.4 Verdigaphensyn

I diskusjonen rundt brukeropplastet innhold og delingsplattformers ansvar, dukker ofte begrepet “verdigap” opp. Dette er ment som en betegnelse på misforholdet som eksisterer mellom inntekten delingsplattformer frembringer på store mengder opphavsrettslig vernet innhold som lastes opp urettmessig av brukere, kontra inntekten som tilfaller opphavere til dette innholdet.

Denne ubalansen er problematisk med tanke på insentiv hensyn til skapere av åndsverk og de som investerer i dette. Det er viktig at disse personene blir rettferdig økonomisk kompensert for sitt arbeid. En følge av at digitale plattformer ikke blir holdt ansvarlig for bruk av åndsverk ved for eksempel urettmessig bruk av musikk i brukeropplastede videoer er at det vil skape urettferdige konkurranseforhold innad for andre rettmessig lisensierte tjenester, som for eksempel Spotify eller Apple Music.⁴¹ Undersøkelser gjort av IFPI⁴² i 2017, anslo at Spotify i snitt betalte rettighetshavere 20 amerikanske dollar per bruker av deres strømmetjeneste. Til sammenligning ble det anslått at Youtube betalte rettighetshavere mindre enn 1 amerikansk dollar per bruker.⁴³

³⁸ Antatt statistikk fra analytikere, Daisuke Wakabayashi “YouTube Is a Big Business. Just How Big Is Anyone’s Guess”, The New York Times, 24. Juli 2019 <https://www.nytimes.com/2019/07/24/technology/youtube-financial-disclosure-google.html> (sist sjekket 13. Mars 2020)

³⁹ Statista sine tall fra 2020, <https://www.statista.com/statistics/805656/number-youtube-viewers-worldwide/> (sist sjekket 14. Mars 2020)

⁴⁰ Tall fra 2019, <https://kinsta.com/blog/youtube-stats/> (sist sjekket 14. Mars 2020)

⁴¹ IFPI Global Music Report 2018 s. 29

⁴² Internasjonal non-profit organisasjon som fremmer musikkbransjen og rettighetshaveres interesser

⁴³ IFPI Global Music Report 2017, s. 25

Verdigapet som beskriver den økende ubalansen mellom hva delingsplattformene tjener og hva som returneres til rettighetshavere, anslås å være den største trusselen mot musikkbransjens fremtidige bærekraft og overlevelse.⁴⁴

Det er derfor naturlig at større aktører i musikkbransjen og lignende bransjer har deltatt i debatten og kjempet for det nye digitalmarkedsdirektivet, mens teknologigiganter i stor grad har drevet lobbyisme mot vedtagelse og gjennomføring av det nye digitalmarkedsdirektivet.⁴⁵

⁴⁴ IFPI Global Music Report 2017, s. 25

⁴⁵ Corporate Europe Observatory, "Copyright Directive: how competing big business lobbies drowned out critical voices", Corporate Europe, 10. Desember 2018, <https://corporateeurope.org/en/2018/12/copyright-directive-how-competing-big-business-lobbies-drowned-out-critical-voices> (sist sjekket 18.mai 2020)

2. Gjeldende rett for delingsplattformenes ansvarsgrunnlag

2.1 Lovgivning med opphavsrettslig relevans

2.1.1 Kort om åndsverksloven og opphavsrettens formål

Åndsverksloven er den sentrale norske loven innenfor rettsområdet opphavsrett. Loven regulerer den egentlige opphavsretten og nærstående rettigheter.

Spørsmålet om hva som er opphavsrettens formål er sammensatt og komplekst, men lovgiver har likevel intatt en formålsbestemmelse i åndsverksloven for å gi informasjon om hvilke sentrale formål og hensyn loven ivaretar.⁴⁶ Formålsbestemmelsen ordlegger tre hensyn; insentivhensynet, hensynet til balanse og formål om å tilrettelegge for avtaleinngåelse. Hensynene bærer preg av et overordnet belønnings- og rettferdighetssynspunkt.

Åndsverksloven § 1 litra a, uttrykker at formålet med loven delvis er å “gi rettigheter til de som skaper, fremfører eller investerer i åndsverk eller nærstående prestasjoner, og slik også gi insentiv til kulturell produksjon. Dette belønningssynspunktet har stått sterkt i europeisk opphavsrett og bunner ut i to hensyn; at opphavsretten på den ene siden skal gi opphaveren kompensasjon for den innsats som ligger til grunn for det åndsverk han har skapt, og at ikke en annen berike seg på opphaverens bekostning.⁴⁷ Hensynet har dessuten en samfunnsøkonomisk begrunnelse ved at rettighetene skaper og opprettholder en kulturell produksjon.

Rettighetene skal videre avgrenses “med sikte på å ivareta en rimelig balanse mellom rettighetshavernes interesser på den ene siden og brukernes og allmennhetens interesser på den andre siden, slik at åndsverk og nærstående prestasjoner og arbeider kan brukes der dette ut fra samfunnsmessige hensyn er rimelig.”⁴⁸ Hensynet kan man se lovfestet iblant annet åndsverksloven § 43 som gir fri bruk av verk ved undervisningsøyemed, med gitte unntak.

⁴⁶ Prop. 104 L (2016-2017) s. 25

⁴⁷ Weincke (1976) s. 27 ; Rognstad (2019) s. 35

⁴⁸ Åndsverksloven § 1 litra b).

Det siste hensynet i formålsbestemmelsen, at loven skal “legge til rette for at det på en enkel måte kan avtales bruk av åndsverk og nærstående prestasjoner og arbeider”.⁴⁹ Dette fremstår kanskje ikke som et typisk utformet lovformål, men plasseringen fra lovgiver er likevel vel avveid og et viktig poeng for å legge til rette for eksempelvis lisensavtaler for bruk og dermed fremme insentivhensynet.

Et spørsmål som går igjen i oppgaven er om digitalmarkedsdirektiv artikkel 17 gir et for sterkt vern av rettighetshavers enerett og at det ikke er tilstrekkelig balansert mot motstående hensyn.

Hensynet til balansering av rettighetshaveres vern og brukeres rettigheter har EU-domstolen vektlagt i blant annet *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.”*⁵⁰

2.1.2 Forholdet mellom åndsverksloven og EUs opphavsrettsdirektiv

Den digitale utviklingen har ført med seg en streben etter EØS-rettslig homogenitet på rettsområdet. De siste 20 årene har EU utvist stor aktivitet på opphavsrettsfeltet og det er blitt vedtatt en rekke direktiver med formål om å harmonisere reglene innenfor det indre marked.

Opphavsrettsdirektivet er et av disse direktivene som er gjort til en del av EØS-avtalen⁵¹ og er gjennomført i sin helhet i norsk rett dagens åndsverklov.⁵²

Hovedmålsettingen bak opphavsrettsdirektivet var å harmonisere beskyttelsesnivået for digital utnyttelse av vernede åndsverk og arbeider.⁵³

⁴⁹ Åndsverksloven § 1 litra c)

⁵⁰ Sak C-360/10 (*Sabam/Netlog*) premiss 43

⁵¹ Opphavsrettsdirektivet er innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVII ved EØS-komiteens beslutning nr. 110/2004 - 09. juli 2004

⁵² Direktivet ble for en stor del gjennomført i norsk rett ved lov om endringer i åndsverkloven 17. juni 2005 nr. 97, jf. Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) og Innst. O.nr.103 (2004–2005), med en fullstendig gjennomføring i 2018, jf. Prop. 104 L (2016–2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven) s. 12–13.

⁵³ St.prp. nr. 6 (2004–2005) Kapittel 4 - *Forholdet til norsk rett*

Norge er også bundet av forpliktelsen til å gi EU-rettens regler forrang der de er i kollisjon med nasjonale regler på EU-rettens områder.⁵⁴

Tilgjengeliggjøringsretten, og herunder overføringsretten etter åndsverksloven § 3(2) litra d), skal derfor tolkes i lys av opphavsrettsdirektivets art. 3 nr. 1 og tilhørende praksis fra EU-domstolen. EU-domstolens praksis har de siste årene utviklet visse kriterier for krenkelsesvurderingen av overføringsretten, disse gjennomgås nedenfor under oppgavens punkt 2.3.

2.1.3 Opphavers overføringsrett etter åndsverksloven § 3 (2) litra d)

Innholdet av opphavers enerett til å råde over åndsverket sitt fremgår av åndsverksloven § 3.

Opphaverens enerett til å gjøre verket *tilgjengelig for allmennheten* reguleres av § 3 (1) litra b). Som en underkategori av denne tilgjengeliggjøringsretten, finner man *overføringsretten*; opphaver eller innehaver av opphavsrett har enerett til å autorisere *overføring av verket til allmennheten* jf. § 3 (2) litra d) som stadfester at verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når,

“verket overføres til allmennheten, i tråd eller trådløst, herunder når verket kringkastes eller stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.”

Ved lovrevisjonen av åndsverksloven i 2005 valgte man å gjennomføre overføringsretten som en underkategori av fremføringsretten. Departementet ønsket at sentrale begreper i direktiv også bør benyttes i norsk lovgivning, slik at det ble enklere å relatere EU-domstolens praksis til norsk rett. På denne måten skulle den norske lovteksten samsvare bedre med begrepet “communication to the public” i opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1.⁵⁵

Gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1 ble ordrett oversatt ved åndsverksloven § 3 (2) litra d).

⁵⁴ Lov av 27. november 1992 gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v, nr. 109 (EØS-loven) § 2 ; Eidsvold-Tøien & M. Viken (2019) s. 4

⁵⁵ Prop. 104 L (2016-2017) punkt. 3.4.5.3

Det fremgår ingen definisjon av hva som menes med “communication to the public” i opphavsrettsdirektivet. Det er lagt opp til at innholdet i begrepet skal utvikles gjennom rettspraksis fra EU-domstolen.⁵⁶

Rettighetshaver sin overføringsrett medfører at rettighetshaver bestemmer både *om* og *når* verket eventuelt skal overføres til allmennheten, og rettighetshaver kan *nekte andre* å overføre verket til allmennheten. Dersom en annen urettmessig laster opp et beskyttet verk på en delingsplattform, vil opphavers tilgjengeliggjøringsrett etter denne bestemmelsen krenkes og vedkommende kan sanksjoneres på et sivil- eller strafferettslig grunnlag.

Spørsmålet videre blir i hvilken grad også en nøytral delingsplattform kan holdes direkte ansvarlig for handling utført av en tredjeperson, etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1.

2.2 Utviklingen fra et medvirkeransvar til et selvstendig ansvar

I nordisk og europeisk rett har den alminnelige rettsoppfatningen lenge vært at plattformene ikke selv tilgjengeliggjør innhold, men at brukerne av plattformene står ansvarlig for egne opphavsrettslige krenkelser. Dersom en delingsplattform etter omstendighetene skulle holdes ansvarlig, har dette skjedd etter et medvirkeransvar.⁵⁷

Dette var for eksempel tilfellet i den svenske Høyesterettsdommen om fildelingsplattformen “The Pirate Bay”. Her ble bakmennene som drev fildelingssiden holdt strafferettslig ansvarlige for medvirkning til opphavsrettslige krenkelser.⁵⁸

Utviklingen i EU-domstolens praksis har likevel gått mot å anse plattformene som at de selvstendig overfører verk til allmennheten slik at de holdes direkte ansvarlig for opphavsrettskrenkelser.

Ziggo-saken⁵⁹ er til nå, den eneste dommen fra EU-domstolen, som omhandler plattformansvaret direkte. EU-domstolen la her til grunn at nettstedet The Pirate Bay, som indekserte torrentfiler og ga mulighet til å søke i disse filene for brukere av plattformen, måtte anses som å foreta en “overføring til allmennheten”.

⁵⁶ Prop. 104 L (2016-2017) punkt 3.4.2

⁵⁷ Jf. den generelle medvirkningsbestemmelse i lov 20. Mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 15 og erstatningsmessig medvirkningsansvar etter åndsverksloven § 81(4)

⁵⁸ Svea hovrätts dom av 26.november 2010, sak 4041/09 B (*Pirate Bay*)

⁵⁹ C-610/15 (*Ziggo*)

Utviklingen er i tråd med EUs målsetting om et felles digitalt indre marked med homogen lovgivning.

Siden medvirkningsreglene i stor grad er basert på nasjonale sivil- og strafferettslige prinsipper, er disse vanskelige å harmonisere over landegrensene.

Vi kan derfor se at EU-domstolen gjennom sin rettpraksis har funnet det mer hensiktsmessig å bevege seg mot en harmonisering ved bruk av begrepet “overføring til allmennheten” og heller inkorporere elementer fra medvirkningsansvaret i dette.⁶⁰

På denne måten vil man kunne forholde seg til et eget EU-rettslig grunnlag for formidlingsansvaret.

Utviklingen bort fra medvirkeransvaret påvirker dessuten også ansvarsfrihetsreglene, som behandles nedenfor⁶¹, slik at disse blir vanskeligere å anvende dersom formidlere selv anses for å tilgjengeliggjøre innhold på nett. Juridisk teori har argumentert for at både medvirkeransvaret og ansvarsfrihetsreglene vil få mindre relevans enn de hadde i internett sin første fase grunnet denne problematikken.⁶²

Det er viktig å bemerke at momentene i vurderingen som skal gjennomgås nedenfor i punkt 2.3, i hovedsak utdypes av rettspraksis hvor det er piratdelingsplattformer som utgjør part i rettstvisten. Spørsmålet blir om også en nøytral delingsplattform kan holdes ansvarlig etter momentene i krenkelsesvurderingen etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1.

2.3 Krenkelsesvurderingen – vilkår utviklet gjennom EU-domstolens rettspraksis

Ved tolkningen av opphavsrettsdirektivets artikkel 3 nr. 1 er det tre hovedmomenter som må utdypes. Nemlig rekkevidden av selve overføringsbegrepet, hva som menes med “allmennheten” og innholdet i og rekkevidden av begrepet “ny allmennhet” som EU-domstolen har innfortolket som et kriterium for at en overføringshandling skal kunne falle inn under eneretten.⁶³

⁶⁰ Ginsburg (2017) s. 1 ; Rognstad (2019) s. 248

⁶¹ Oppgavens punkt 3.

⁶² Rognstad 2019 s. 525

⁶³ Jf. b.la C- 117/15 *Reha Training* premiss 45

I tillegg redegjøres det for supplerende kriterier som EU-domstolen har vektlagt. Spesielt spørsmålet om det foreligger en kunnskapspresumsjon også for nøytrale delingsplattformer, utdypes nedenfor.⁶⁴

Det fremgår av artikkelens ordlyd at begrepet “communication to the public” omfatter to kumulative vilkår, nemlig at det må ha skjedd en overføring av et verk og at denne overføringen skjer til en allmennhet.⁶⁵

2.3.1 Overføringsbegrepet

Artikkel 3 nr. 1 i opphavsrettsdirektivet presiserer ikke begrepet “communication to the public” nærmere. Det følger av EU-domstolens praksis at betydningen og rekkevidden av begrepet fastlegges av hensyn til de målsettinger direktivet søker å oppnå og den sammenheng som bestemmelsen inngår i.⁶⁶

I opphavsrettsdirektivets fortale punkt 23 uttrykkes det at overføring til allmennheten er en enerett som skal oppfattes bredt, “(...) som omfattende enhver overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted.” EU-domstolen fremhever også at dette innebærer en individualisert vurdering.⁶⁷

EU-domstolen har dessuten uttalt at overføringsbegrepet omfatter “enhver overføring af de beskyttede værker, uafhængigt af hvilket middel eller hvilken teknisk proces der anvendes”.⁶⁸

Ved en slik bred forståelse, er det klart at også de nøytrale delingsplattformer utfører en overføringshandling.

2.3.2 Overføring til en “ny allmennhet” (new public)

EU-domstolen uttalte I *Filmspeler*-dommen at uttrykket “allmennheten” angir et ubestemt antall potensielle mottakere og at begrepet innebærer et betydelig antall personer.⁶⁹

⁶⁴ Punkt. 2.3.3.2

⁶⁵ C-466/12 *Svensson* premiss 16

⁶⁶ *GS Media* premiss 29, *Filmspeler* premiss 26, *Ziggo* premiss 21

⁶⁷ C-610/15 *Ziggo* premiss 23

⁶⁸ C 403/08 ; C-429/08 *Premier League* premiss 193

⁶⁹ C-527/15 *Filmspeler* premiss 31

At begrepet innebærer en viss minimumsgrense fremgår også at EU-domstolens uttalelser i *Ziggo*-dommen som viser til at begrepet “udelukker en for lille eller endog ubetydelig gruppe af personer fra dette begrep”.⁷⁰

Med “potensielle” mottakere menes det at det avgjørende er hvor mange som har mulighet til å se eller høre, ikke hvor mange sin rent faktisk ser eller hører overføringen.⁷¹

At overføringer over internett møter dette kriteriet om et betydelig antall personer som potensielle mottakere, er sikker rett.⁷²

Det er tilstrekkelig at vernet innhold er gjort tilgjengelig for allmennheten, slik at allmennheten vil ha adgang til innholdet på tid og sted som de selv velger. Det kreves ikke at de faktisk benytter seg av muligheten.⁷³

At også nøytrale delingsplattformer som muliggjør for deling til millioner av potensielle mottakere over internett, utfører en slik overføring til allmennheten, er derfor klart.

Inntolket i begrepet “communication to the public” har EU-domstolen også satt som vilkår at overføringen også må nå et “nytt publikum”.

Begrepet henviser til en juridisk term og er ikke en betegnelse for “andre personer”.⁷⁴

Kriteriet ble for første gang presentert av EU-domstolen i sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*). I denne saken kommer EU-domstolen frem til at tilrådighetsstillelse av TV- og radioapparater på hotellrom anses som overføring til allmennheten etter artikkel 3 nr. 1, begrunnet i at en overføring under disse omstendigheter er utført av en annen retransmisjonsorganisasjon enn den opprinnelige.

En slik transmisjon foretas derfor for et annet publikum enn det publikum som den opprinnelige overføring av verket var rettet mot, og dermed overført til en ny allmennhet.⁷⁵

⁷⁰ *Ziggo* premiss 41

⁷¹ Jf. *Svensson* premiss 21-22

⁷² Jf. *Svensson* premiss 22

⁷³ *Ziggo* premiss 31

⁷⁴ *Schønning* (2017) s. 251

⁷⁵ *Rafaeles Hoteles* premiss 40

“.. a communication made by a broadcasting organisation other than the original one. Thus, such a transmission is made to a public different from the public at which the original act of communication of the work is directed, that is, to a new public.”

I *Rafael Hoteles*-saken er dermed grunntanken at siden TV- og radioutstyret er tilgjengeliggjort på hotellrommet, vil gjestene utgjøre et “nytt publikum” i og med at dersom hotellet ikke hadde stilt dette til disposisjon, hadde gjestene ikke sett på TV eller hørt på radio på det aktuelle tidspunktet.⁷⁶

På denne måten kan man si at denne overføringen når et “nytt publikum”.

I opphavsrettdirektivets fortale punkt 27 bemerkes det dog “at en blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, der muliggør eller bevirker overføring, udgør dog ikke i sig selv overføring i henhold til dette direktiv.”

Med andre ord trekkes det en nedre grense for hva som kan anses som “overføring til allmennheten”, og en ren tilrådighedsstillelse av fasiliteter er ikke tilstrekkelig. I *Rafael Hoteles* ble det gjort en samlet vurdering hvor det ble vektlagt at tilrådelighetsstillelsen var kombinert med tilgang på signaler, og at dette hadde avgjørende vekt.⁷⁷

En annen, noe enklere formulering ble benyttet av domstolen i *Ziggo*-saken for å utdype innholdet i vilkåret.

Her uttalte domstolen at det følger av fast praksis, at for å kunne kvalifisere som “overføring til allmennheten” må et beskyttet verk enten overføres ved anvendelse av en særlig teknisk fremgangsmåte som skiller seg fra den som tidligere har vært anvendt *eller* være rettet mot et nytt publikum.

Med et “nytt publikum” utdyper domstolen at det nås et publikum som rettighetshaver ikke tok i betraktning da han tillot den første overføringen til allmennheten;

“The Court has also noted that, according to a settled line of case-law, in order to be categorised as a ‘communication to the public’, a protected work must be communicated using specific technical means, different from those previously used or, failing that, to a ‘new public’, that is to say, to a public that was not already taken into

⁷⁶ *Rafael Hoteles* premiss 40-42

⁷⁷ *Rafael Hoteles* premiss 46

account by the copyright holders when they authorised the initial communication of their work to the public.”⁷⁸

Det kan således stilles spørsmål ved hva som menes med anvendelse av en særlig teknisk fremgangsmåte som skiller seg fra den som tidligere har vært anvendt.

Tanken bak dette prinsippet er at rettighetshaver med enerett til verket må separat autorisere hver individuell overføring av dette. Dersom en annen teknisk fremgangsmåte benyttes, enn den originale, må denne bruken av verket også autoriseres av rettighetshaver.

Dersom dette er tilfelle, at det er anvendt en annen særlig teknisk fremgangsmåte, er det ikke nødvendig å vurdere om overføringen treffer et nytt publikum for å fastslå at det er skjedd en overføring til allmennheten.⁷⁹

Ved overføring av momentet til en vurdering av om også nøytrale delingsplattformer overfører til et “nytt publikum” må dette svares bekreftende. Dersom noen urettmessig laster opp en vernet video, treffer videoen et nytt publikum som rettighetshaver ikke har hatt i tankene ved førstegangs autorisering.

Også vilkåret om at det benyttes en annen teknisk fremgangsmåte kan i slike tilfeller være oppfylt.

2.3.3 Supplerende kriterier

Etter EU-domstolens praksis skal det, når man vurderer om en bruker har foretatt en “overføring til allmennheten” etter artikkel 3 nr.1, tas hensyn til flere supplerende kriterier. Kriteriene kan anvendes både individuelt og i samspill med hverandre, ettersom kriteriene i ulike konkrete situasjoner kan være til stede i svært varierende omfang.⁸⁰

2.3.3.1 Vinnings hensikt

EU-domstolen har en rekke ganger i praksis fremhevet at overføringen til allmennheten “sker med vinding for øje, ikke er uden relevans”.⁸¹ I *Rafael Hoteles*-saken ble det uttrykt at

⁷⁸ *Ziggo* premiss 28

⁷⁹ Sak C-607/11 (*ITV Broadcasting*) premiss 39

⁸⁰ *Ziggo* premiss 25

⁸¹ *Ziggo* premiss 29, *Filmspeler* premiss 34, *GS Media* premiss 38

overføring med økonomisk formål ikke er noen betingelse for at det skal foreligge en overføring til allmennheten, men at det er et moment som er av relevans.⁸²

Også nøytrale delingsplattformer, eksempelvis YouTube, tilbyr sin tjeneste med vinnings hensikt, så dette momentet er også klart oppfylt.

Momentet i vurderingen som derimot skaper usikkerhet rundt spørsmålet om også en nøytral delingsplattform kan holdes ansvarlig etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1, er det supplerende kriteriet om kunnskap og nødvendighet, se nedenfor.

2.3.3.2 Kunnskaps- og nødvendighetskriteriet

Ved krenkelsesvurderingen har EU-domstolen fremhevet brukerens avgjørende rolle og det forhold at brukerens handling er bevisst.

En bruker foretar en overføring når han “med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger medvirker til at give sine kunder adgang til et beskyttet værk, og navnlig når den pågældendes kunder ikke ville kunne få adgang til værket, eller ville have haft vanskelig ved at få adgang til værket, hvis han ikke havde foretaget denne handling”⁸³

Domstolen vektlegger altså betydningen av at brukeren handler bevisst og med kunnskap om konsekvensene av sine handlinger. I tillegg stilles det opp et kriterie om at handlingen er *nødvendig* for at andre brukere vil få tilgang til verket.

I *GS Media*-saken ble det oppstilt en “kunnskapspresumsjon” av EU-domstolen under kunnskap- og nødvendighetsvilkåret.⁸⁴

GS Media -saken gjaldt utlegging av lenker til ulovlig innhold på en nettside.⁸⁵

Dersom det lenkes til materiale som viser seg å være ulovlig lastet opp i tillegg til at dette gjøres med et formål om profitt, slår en kunnskapspresumsjon inn.

⁸² *Rafael Hoteles* premiss 44

⁸³ *Filmspeler* premiss 31

⁸⁴ *GS Media* premiss 51

⁸⁵ Lenker til nakenbilder av nederlandsk kjendis, klart uten rettighetshaverens samtykke.

Argumentasjonen bak presumsjonen går ut på at dersom det lenkes til ulovlig innhold med profittformål, kan det forventes at personen som publiserte lenken, også utfører nødvendig forhåndssjekk om at innholdet ikke er ulovlig lastet opp på nettsiden.

I disse tilfellene blir det med andre ord forutsatt at publiseringen har skjedd med full kunnskap om det vernede innholdet og den potensielle manglende autoriseringen for bruken.

Hvis denne presumsjonen ikke kan tilbakevises⁸⁶, vil publiseringen utgjøre en overføring til allmennheten etter art. 3 nr. 1.

I *GS Media*-saken dreide det seg dog om manuelt utlagte lenker, slik at den som legger ut også har mulighet til å sjekke lovligheten at innholdet, det er derfor usikkert om denne kunnskapspresumsjonen er ment å gjelde for andre handlinger enn lenking.

Juridisk teori har stilt spørsmål om en slik kunnskapspresumsjon også er tillagt delingsplattformene under dette vilkåret.

Det kan ved EU-domstolens uttalelser i *Ziggo*-dommen⁸⁷, virke som om en slik kunnskapspresumsjon også kan legges til grunn for delingsplattformer.

I dommen, som utdypes nedenfor⁸⁸, klarifiserer EU-domstolen under hvilke forutsetninger operatører av digitale delingsplattformer kan holdes ansvarlige for opphavsrettslige krenkelser gjort av tredjepersoner.

Det ble formulert at det ikke er nødvendig med faktisk kunnskap om at opplastningene er av rettslig krenkende karakter. Det var tilstrekkelig at operatørene “could not be unaware” om at innholdet var krenkende.⁸⁹

Det var med andre ord tilstrekkelig at drifterne bak delingsplattformen ‘The Pirate Bay’, på bakgrunn av den store mengden filer som ble delt, ikke kunne være uvitende om at det ble delt ulovlig innhold på plattformen.

Ziggo-dommen er her i tråd med utviklingen innad i Europakommisjonen. Et av de store målsettingene innenfor immaterialretten har vært å rette opp den økende ubalansen mellom

⁸⁶ Ved at det fremlegges bevis for at slik kunnskap ikke foreligger jf. Rognstad (2019) s. 247

⁸⁷ Sak C-610/15

⁸⁸ Punkt 2.4

⁸⁹ *Ziggo* premiss 45

verdiene som de store digitale delingsplattformene erverver fra tredjepersons bruk av vernet innhold og inntektene som rettighetshaverne av verkene får tilbake av dette.⁹⁰

Det er uenighet innen den rettslige litteraturen om formuleringen i *Ziggo* legger til grunn for en generell kunnskapspresumsjon for delingsplattformer. Rosati argumenterer for en slik forståelse.⁹¹

Rognstad argumenterer imot at nøytrale delingsplattformer, som ikke i samme grad oppfordrer til deling av ulovlig innhold, overfører verk til allmennheten etter art. 3 nr. 1. Dette på bakgrunn av at nettopp tilskyndelseselementet⁹² mangler og Generaladvokat Szpunar sin uttalelse om at det kunnskapspresumpsjonen ikke bør anvendes på plattformene.⁹³

Generaladvokat Szpunar begrunner uttalelsen med at anvendelse av kunnskapspresumpsjonen for delingsplattformer vil føre til at plattformene må innføre en generell overvåkingsplikt, da disse ikke har mulighet til å konkret undersøke alt som lastes opp av brukerne sine ex ante.

En gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 vil uansett føre til en klargjøring av disse spørsmålene, ved at den fastslår at visse delingsplattformer, som YouTube, utfører en overføring til allmennheten.

2. 4 Sak C-610/15 (*Ziggo*)

I denne saken fremsatte Stichting Brein, en stiftelse for beskyttelse av opphavers rettigheter i Nederland, anmodning om en prejudisiell avgjørelse fra EU-domstolen, vedrørende tolkningen av artikkel 3 nr. 1.⁹⁴

Nettsiden som igjen var kilde til konflikt er 'The Pirate Bay', en online delingsplattform som indekserer torrent-filer som brukerne laster opp og deler seg imellom.

⁹⁰ Se punkt 1.6.4 om verditapshensyn

⁹¹ Rosati (2019) s. 9-10

⁹² I *Ziggo*-saken ble det vektlagt at plattformen "oppfordret" brukerne til å laste opp filer (premiss 45)

⁹³ Opinion of advocate general Szpunar – delivered 8. february 2017(1) in Case C-610/15

⁹⁴ Stiftelsen ønsket dessuten at det skulle pålegges internettleverandørene å blokkere domenenavn og IP-adresser for den nettbaserte delingsplattformen "The Pirate Bay" jf. opphavsrettsdirektivet art. 8 nr. 3.

Et flertall av filene på siden henviser til opphavsrettslige beskyttede verker hvor opphaver ikke har samtykket til bruken.

Grunnen til at denne dommen gjennomgås er at den klarifiserer innholdet i “overføring til allmennheten” etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1. For land som Norge, som ikke enda har inkorporert det nye digitalmarkedsdirektivet, må et eventuelt plattformansvar bygge på utviklingen av tolkningen av begrepet “overføring til allmennheten” som fremgår EU-domstolens praksis. Dommen blir således en pekepinn mot hva som er gjeldende rett.

Dommen ble i 2017 ansett som oppsiktsvekkende og gikk betydelig lenger i å etablere direkte opphavsrettslig ansvar for delingsplattformer, også lenger enn Generaladvokaten foreslo i saken.⁹⁵ Generaladvokatens forslag til avgjørelse er dog ikke bindende for EU-domstolen og tjener utelukkende som kilde til forståelse.⁹⁶

Første prejudisielle spørsmål som ønskes avgjort av EU-domstolen er; om operatøren av en nettside som muliggjør å finne filer med vernet innhold ved indeksering av filer og søkefunksjon – utgjør en “overføring til allmennheten” etter art. 3 nr. 1.

Generaladvokat M.Szpunar foreslo at en operatør av nettside som muliggjør å finne filer som inneholder opphavsrettslig vernet innhold og deling over et peer-to-peer-nettverk, utfører en overføring til allmennheten dersom operatøren

- (i) har kunnskap om at et verk er gjort tilgjengelig på nettverket uten autorisering fra rettighetshaver, og
- (ii) ikke har handlet for å gjøre tilgangen til det verket umulig.

Generaladvokat M.Szpunar uttaler at en nettsides operatør må inneha “actual knowledge of the facts”.⁹⁷

Altså at operatørene må ha en konkret og positiv kunnskap om filene med ulovlig innhold og at det ikke ville være riktig å anvende kunnskapspresumpsjonen fra *GS Media*-dommen.⁹⁸

⁹⁵ Rognstad (2017) NiP 2017-3 – “Ansvar for fildelingsplattformer”

⁹⁶ Jf. generelt prinsipp om rettskildefaktorer og Sejersted m.fl. s. 236.

⁹⁷ Dette for eksempel ved at operatøren har blitt varslet om ulovlig innhold på siden av rettighetshaver.

⁹⁸ Om kunnskapspresumpsjon; se ovenfor punkt 2.3.3.1

Argumentasjonen bak uttalelsen er at en slik presumpsjon, som nevnt ville ført til at man påførte operatørene bak slike sider en generell overvåkningsobligasjon av innholdet.⁹⁹

EU-domstolen valgte altså å se bort i fra Generaladvokatens anbefalinger og fastslo i *Ziggo*-dommen at det var tilstrekkelig med tilrettelegging for tilgang til vernet innhold for å anse at operatørene bak delingsplattformen utførte en overføring til allmennheten etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1.

Det ble i dommen påpekt at det i praksis er brukerne av plattformen som laster opp filene med vernet innhold, og ikke plattformen selv. Likevel ble det uttalt at det er operatørene bak delingsplattformen som gjør verkene tilgjengelige, ved at de indekserer filene og tilrettelegger for deling mellom brukerne.

Det ble her også vektlagt at plattformen hadde full kunnskap om konsekvensene av sine handlinger, nemlig å gi brukere tilgang til vernet innhold.

Også “nødvendighetskriteriet” ble ansett oppfylt da det påpekes at brukerne ikke ville kunnet nyte tilgang til innholdet uten plattformens tilgjengeliggjøring, eller i det minste uten betydelige vanskeligheter. Også det at plattformen hadde et profittformål ble vektlagt i vurderingen.¹⁰⁰

Vi ser med denne dommen at EU-domstolen beveger seg mot å holde delingsplattformene ansvarlig i større grad enn det som tidligere var tilfellet.

3. Gjeldende rett for delingsplattformenes ansvarsfrihet

3.1 Generelt om `safe-harbour` - regimet

Store delingsplattformer har lenge kunnet unngå rettslig ansvar for opphavsrettslige krenkelser ved å påberope seg de såkalte “safe harbour”-reglene som blant annet følger av det

⁹⁹ Opinion of advocate general Szpunar – delivered 8. february 2017(1) in Case C-610/15 premiss 52

¹⁰⁰ Fildelingsplattformen genererer betydelige annonseinntekter.

EU-rettslige ehandelsdirektivet og dermed også ehandelsloven som gjennomfører direktivet i norsk rett.

Flere juridiske rettsystemer globalt har unntatt tjenestetilbydere ansvar for urettmessig brukeropplastet innhold.¹⁰¹

Slike “safe harbour”-regler begrunnes på den ene siden av internettøkonomiske hensyn, slik at delingsplattformer, brukeraktivitet og internettverdier, muliggjøres og fremmes.

Reglene begrunnes dessuten også i de hensyn som bygger på fundamentale rettigheter for brukere av internett, slik som å ikke hindre eller begrense ytrings- og innholdsfrihet, mulighet for politisk deltagelse og lignende.¹⁰²

“Safe-harbour” reglene som fremgår av ehandelsdirektivet, søker å begrense situasjoner der nasjonale strafferettslige og erstatningsmessige regler kan holde en delingsplattform ansvarlig for brukeropplastet innhold.¹⁰³

Men reglene om ansvarsfrihet har også ført med seg stor juridisk usikkerhet for delingsplattformene. Flere saker har blitt overført fra nasjonale domstoler til den europeiske unions domstol¹⁰⁴ for avklaring.

Et eksempel er den allerede nevnte *Youtube*-saken¹⁰⁵. Dette er en sak forelagt CJEU 13. september 2018 fra den tyske høyesterett¹⁰⁶ angående spørsmål om en plattform er direkte ansvarlig etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr 1, men også spørsmål om hvilken aktivitet en plattform må utøve for å rammes av ehandelsdirektivet artikkel 14 nr 1. Saken er fortsatt under behandling.

3.2 Ehandelsloven

¹⁰¹ F.eks USA med “The Online Copyright Infringement Liability Limitation Act”

¹⁰² Sartor (2017) s. 16

¹⁰³ *Google/Google France* og *L’Oreal* avsnitt 107

¹⁰⁴ CJEU

¹⁰⁵ C-682/18 (*Youtube*) 2018

¹⁰⁶ Bundesgerichtshof (BGH)

Ehandelsloven gjelder for elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester og formålet bak loven er å sikre fri bevegelighet av informasjonssamfunnstjenester innenfor EØS.¹⁰⁷

Loven gjennomfører ehandelsdirektivet som har som formål å “bidra til det indre markeds virkemåte ved at det sikres fri bevegelighet for informasjonssamfunnstjenester mellom medlemsstatene.”¹⁰⁸

Med *fri bevegelighet* av informasjonssamfunnstjenester menes fri flyt av visse tjenester uten hinder av unødige offentlige inngrep eller varierende nasjonal lovgivning.¹⁰⁹

Reglene om ansvarsfrihet for visse mellommenn ble gjennomført i ehandelsloven ved endringslov.¹¹⁰

Ehandelsloven fikk her tilført paragraf §§ 15-18 som gjennomfører artikkel 12-15 i ehandelsdirektivet.

3.3 Ansvarsfrihet etter ehandelsloven

Ehandelsloven § 15 stiller opp en regel som stadfester generelt strafferettslig og erstatningsrettslig ansvar som bygger på øvrig nasjonal lov, men hjemler samtidig unntak for et slikt ansvar i gitte etterfølgende bestemmelser §§ 16-18.

Unntakene fra ansvaret er en gjennomføring av direktivets minimumsbestemmelser av hva som kreves av ansvarsfrihet for tjenestetilbydere av informasjonssamfunnstjenester.¹¹¹

Det pålegges medlemsstatene å begrense ansvaret for tjenesteytere angående ulovlig innhold som legges ut av en tredjeperson.¹¹²

¹⁰⁷ Jf. Ehandelsloven § 1 som inkorporerer ehandelsdirektivet art. 1 nr. 1 med tilhørende fortale nr. 3, 5, 6.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 31 (2002-2003) s. 5

¹⁰⁹ Ibid s. 69

¹¹⁰ EL20.02.2004 nr. 8 Lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)

¹¹¹ Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) punkt. 4.1

¹¹² Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) punkt. 4.1 ; *Google/Google France* sak C- 236/08/C-236/08 (premiss 107)

Med *minimumsbestemmelser* menes det at det ved implementering til nasjonal lov kan gis tjenesteyterne større ansvarsfrihet enn hva som uttrykkelig kreves av direktivteksten, men ikke mindre grad av ansvarsfrihet enn hva som følger av direktivets ordlyd. Ved den nasjonale gjennomføringen av ehandelsdirektivets bestemmelser har dermed medlemslandene mulighet til å gi tjenesteyterne større ansvarsfrihet enn det som følger av ehandelsdirektivet. I den norske lovgivningen ble ikke denne muligheten tatt i bruk.

Ved vår nasjonale gjennomføring, var det ment å regulere straffe- og erstatningsansvaret på en måte som lå nær opp til løsningen som fremgår av ehandelsdirektivet.¹¹³

Ved forståelsen av innholdet av reglene i ehandelsloven som gjennomfører direktivbestemmelsene, skal disse tolkes formålmessig i den retning at det fører til et innhold i tråd med de hensyn som direktivet sikter mot å ivareta.¹¹⁴

Ansvarsfriheten omfatter både erstatningsrettslig og strafferettslig ansvar. Ehandelsdirektivet fastslår imidlertid ikke i hvilke tilfeller en tjenesteyter kan, eller skal ilegges ansvar, dette vil reguleres av det enkelte medlemsland sin nasjonale lovgivning.

Bestemmelsene om ansvarsfrihet gjelder i hovedsak for tre ulike former for mellommenn etter hvilken funksjon disse har. Det følger av ehandelsloven § 1 (2) litra b) at disse enten kan “gi tilgang til et elektronisk kommunikasjonsnett,” “overføre informasjon over et elektronisk kommunikasjonsnett,” eller “være nettvært for informasjon som leveres av tjenestemottakeren.”

Siden oppgavens problemstilling og tema omhandler nettdelingsplattformer som lagrer og deler beskyttet innhold, er det spesifikt reglene for *nettværter*¹¹⁵ som skal gjennomgås videre, nemlig de tjenestetilbyderne som *lagrer* annen persons informasjon.

Ansvarsfrihet for nettværter reguleres av ehandelsloven § 18 som gjennomfører ehandelsdirektivet artikkel 14. Ved gjennomføringen ble det foretatt nasjonale tilpasninger, men de rettslige hensyn som ligger bak artikkelens minstekrav er reflektert i lovteksten.

¹¹³ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) punkt 9.3.1.3.1

¹¹⁴ Ibid punkt. 9.3.1.3.1

¹¹⁵ Omtalt som “hosting” i ehandelsdirektivet artikkel 14 nr. 1

3.4 Lagringstjenesters ansvarsfritak fra erstatning- og straffeansvar etter ehandelsloven § 18

3.4.1 Det generelle ansvarsfritaket etter ehandelsloven § 18 (1)

Ehandelsloven § 18 (1) er en inkorporering av ehandelsdirektivets minimumskrav om ansvarsfrihet for nettverter artikkel 14 nr. 1.¹¹⁶

Ordlyden i den norske bestemmelsen ligger nær ordlyden i direktivteksten, men lovgiver har valgt å benytte seg av begrepene “forsett” og “uaktsomhet” der direktivteksten bruker tilsvarende “actual knowledge” og “awareness”. Begrepet “actual knowledge” kan isolert sett trekke i retning av å forstås som et vilkår om sikker kunnskap, men tolker man artikkelen i tråd med ehandelsdirektivet fortale, taler det for at begrepet ikke gir anvisning på noe utover et alminnelig forsettskrav.¹¹⁷ Den norske bestemmelsen lyder som følger,

§ 18. Ansvarsfrihet for visse lagringstjenester

(1) En tjenesteyter som lagrer informasjon på oppfordring fra en tjenestemottaker, kan bare

*a) straffes for lagring av ulovlig informasjon eller medvirkning til ulovlig virksomhet ved lagring av informasjon, dersom han har utvist **forsett**, eller*

*b) holdes erstatningsansvarlig for lagring av ulovlig informasjon eller medvirkning til ulovlig virksomhet ved lagring av informasjon, dersom han har utvist forsett eller **grov uaktsomhet**.*

Bestemmelsen skiller mellom hvilken grad av skyld som kreves for henholdvis straffeansvar og erstatningsansvar. En tjenesteyter vil gå fri fra straffeansvar med mindre tjenesteyteren har utvist “forsett”. Tjenesteyteren vil på samme måte gå fri fra et erstatningsansvar, med mindre

¹¹⁶ Ehandelsloven § 1 (2) b og forarbeidene bruker begrepet “nettvert” for en tjenesteyter som lagrer en annens informasjon.

¹¹⁷ Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) s. 26

tjenesteyteren har utvist “grov uaktsomhet”. Innholdet i begrepene skal klarlegges i tråd med vanlige strafferettslige og erstatningsmessige prinsipper, men også tolkes i lys av direktivets formål og de hensyn og regulering som direktivet ønsker å ivareta.¹¹⁸

Skyldkravet for et eventuelt erstatningsansvar er “grov uaktsomhet”. Begrepet er innarbeidet i både juridisk praksis og teori, og disse rettskildene er sentrale også for tolkningen av begrepet i denne bestemmelsen. Det avgjørende for om man kan stadfeste at det foreligger “grov uaktsomhet” er generelt at avviket fra det forsvarlige må være markert.¹¹⁹

Det skal også tas hensyn til ytringsfriheten når man skal vurdere hvilke situasjoner som anses som grovt uaktsomme, det er med andre ord ikke en nettvirts ansvar å vite nøyaktig hvor den juridiske grensen går mellom lovlig og ulovlig innhold.

Det sentrale er at nettverten har foretatt en handling og vurdering av innholdet. Det nevnes i forarbeidene at dersom en nettvirt har henvendt seg til en aktør med spesiell kompetanse innenfor feltet som informasjonen gjelder, vil nettverten vanskelig anses for å ha handlet grovt uaktsomt.¹²⁰

Skyldkravet for et eventuelt straffeansvar er “forsett”. Gjennomføringen av ehandelsdirektivets absolutte vilkår i norsk lovgivning har på dette området ført til en innskrenkning av medvirkeransvaret for delingsplattformene.

Lovgiver har forsøkt å regulere straffeansvaret nært opp til løsningen i ehandelsdirektivet, samtidig er det ikke ment at direktivet skal harmonisere nasjonal strafferettslig lovgivning.¹²¹

Tolkningen av forsettkravet vil derfor avhenge av de hensyn som ehandelsdirektivet ønsker vektlagt. Men medlemsstatene har samtidig frihet til hvordan de ønsker å balansere hensynene og kan tolke direktivteksten i lys av nasjonale regler og praksis.¹²²

¹¹⁸ Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) s. 26

¹¹⁹ Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) s. 29

¹²⁰ Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) s. 30

¹²¹ Ehandelsdirektivets fortale punkt 8

¹²² Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) s. 26

Det er ikke ment noen større realitetsendring ved innføring av begrepet “forsett” istedenfor direktivtekstens begrep om “actual knowledge”. Endring begrunnes av hensyn til å lette forståelsen og anvendelsen av begrepet.¹²³

Innholdet i forsettbegrepet klarlegges av rettspraksis og juridisk teori. Generelt foreligger forsett “*dersom følgen av handlingen er tilsiktet eller dersom gjerningsmannen har regnet en følge som sikker eller overveiende sannsynlig*”¹²⁴

Ordlyden “*lagring av ulovlig informasjon eller medvirkning til ulovlig virksomhet ved lagring av informasjon*” bringer opp to ulike alternativer for hva tjenesteyteren kan holdes strafferettslig eller erstatningsmessig ansvarlig for. “Ulovlig informasjon” sikter til det innholdet som en tjenestemottaker ønsker lagret, eks en bruker av Youtube som laster opp en video med opphavsrettslig vernet musikk. “Ulovlig virksomhet” sikter til de tilfeller der tjenestemottakeren driver en virksomhet som ikke er lovlig, eller som han ikke har bevilling til å drive.¹²⁵

3.4.2 Notice and takedown-prosedyre etter § 18 (2)

Ehandelsloven § 18 (2) oppstiller en mulighet for en nettvært å fri seg fra ansvar også *etter* at tidspunkt for erstatnings- eller straffeansvar etter § 18 (1) er inntruffet.

Ehandelsloven § 18 (2)¹²⁶ lyder slik;

*Tjenesteyteren er i alle tilfelle straffri eller fri fra erstatningsansvar dersom han 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.*

Det kreves altså at tjenesteyteren treffer nødvendige tiltak for å enten *fjerne* eller *sperre* tilgangen til informasjonen. Tiltakene må være foretatt uten “ugrunnet opphold”, altså må det ha skjedd en handling innen relativ kort tid etter at nettverten har fått en tiltakspflicht ved at

¹²³ Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) s. 26

¹²⁴ Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) s. 26

¹²⁵ Ot.prp. nr. 4 (2002-2003) punkt 4.4.

¹²⁶ Gjennomføring av ehandelsdirektivet artikkel 14 nr. 1 litra b

forsett eller grov uaktsomhet foreligger. Formuleringen tar høyde for at nettvorten skal få en viss tid til å kunne selv undersøke lovligheten av den aktuelle informasjonen.¹²⁷

Konkret hvilken tidsramme som utgjør “ugrunnet opphold” kan ikke fastsettes på generelt grunnlag, det må foretas en vurdering med utgangspunkt i de konkrete omstendighetene. Momenter som inngår i vurderingen, er blant annet rutinene nettvorten har etablert for å motta beskjed om ulovlig innhold og rutiner for vurdering og stansing av eventuell ulovlig informasjon.¹²⁸

3.5 Lagringstjeneste-begrepet og delingsplattformene

Problemstillingen som oppstår er om nøytrale delingsplattformer omfattes av begrepet “lagringstjeneste” i lovens forstand. Ehandelsloven § 18 omhandler de mellommenn som lagrer en annen persons informasjon.

Med “lagringstjenester” menes det tjeneste som innebærer utleie av lagringsplass via en server¹²⁹. Nettdelingsplattformer som eksempelvis YouTube fungerer nemlig som en *lagringstjeneste*; hver eneste video som lastes opp på plattformen, blir også lagret i et av Google¹³⁰ sine 14 datasentre som er lokalisert globalt. Slike datasentre innehar tusenvis av servere¹³¹ som lagrer både den originale videoen i tillegg til en sikkerhetskopi av denne.¹³²

Forarbeidene til ehandelsloven nevner dessuten at tjenestetilbydere som tilbyr brukere “en elektronisk oppslagstavle” omfattes av begrepet lagringstjeneste.¹³³ Det utdypes videre at dette er ment som en “internettjeneste som tilbyr brukerne å ta del i det materiale andre her har lagt ut, eller brukeren kan selv legge ut eget materiale.”

Selv om arbeidet med å utrede både ehandelsdirektivet og ehandelsloven foregikk lenge før de større nettdelingsplattformene som YouTube og Facebook slo massiv rot i internettøkonomien

¹²⁷ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 40

¹²⁸ Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) s. 31

¹²⁹ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) punkt 3.4 om tilsvarende “hosting”-begrep i ehandelsdirektivet artikkel 14

¹³⁰ Google er eier av nettsiden YouTube

¹³¹ Store norske leksikon sin definisjon; *datamaskin eller dataprogram som leverer tjenester til klienter i et nettverk*

¹³² <https://www.howitworksdaily.com/how-does-youtube-work/>

¹³³ Tilsvarende ehandelsdirektivet artikkel 14 om “hosting” omtalt i ot.prp. nr. 4 (2003-2004) punkt. 3.4.

og vår hverdag, er det likevel sikker rett at nettdelingsplattformer som YouTube og Facebook omfattes av denne beskrivelsen.

Med andre ord kan delingsplattformer som Youtube kunne påberope seg ansvarsfrihet dersom de oppfyller ehandelsloven § 18 sine vilkår.

Det nye digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 vil dog utgjøre en endring i denne rettstilstanden og frata visse delingsplattformer mulighet for å holde seg ansvarsfri etter ehandelsdirektivet artikkel 14 nr. 1 og følgende nasjonale gjennomføringer. Se mer om dette nedenfor, punkt 4.6

4. Digitalmarkedsdirektivet

4.1 Hvorfor er det behov for en modernisering av opphavsrettslig lovgivning

Digital teknologi og utvikling har endret hvordan man produserer, distribuerer og tilgjengeliggjør kreativt innhold. Brukere av internett har gått fra å inneha en passiv rolle til å aktivt delta i deling og publisering av både bilder, tekster, musikk, videoer og politiske meninger. Dette er muliggjort og effektivisert ved fremveksten av sosiale medier og forum de siste 10-15 årene. Med denne utviklingen fulgte det også et enormt økonomisk potensiale og nye forretningsmodeller. Disse forretningsmodellene baserer seg på brukerdelt innhold og bidrar til det stadig økende verdigapet mellom rettighetshavere og delingsplattformene.

Vår opphavsrettslige hovedlovgivning ble utformet for nesten to tiår siden, på en tid hvor digitale tjenester og plattformer var fullstendig ulike dagens forhold med tanke på utforming, teknologi, størrelse, økonomisk evne og politisk innflytelse og makt.¹³⁴

Når det digitale landskapet endres, må også lovverket henge med.

En følge av at lovreglene ikke oppdateres i tråd med utviklingen, er at det oppstår juridisk usikkerhet, definisjons- og tolkningsproblemer og påfølgende rettstvister.

Denne juridiske usikkerheten kan igjen føre til en stagnering i den kreative utviklingen og virke mot insentivhensynet som preger den opphavsrettslige lovgivningen.

¹³⁴ Plattformansvaret har til nå bygget på bestemmelsene i opphavsrettsdirektivet fra 2001.

Som en følge av den digitale utviklingen de siste tiår vokst frem flere nye forretningsmodeller og teknologigiganter, slik som blant annet videodelingsplattformen YouTube.

Det har her oppstått en ujevn fordeling av internettøkonomiske verdier på grunn av det utilfredsstillende lovverket. Den opphavsrettslige lovgivningen har tillatt delingsplattformer å gjemme seg bak regler for ansvarsfrihet som i stor grad gjør at de ikke holdes ansvarlig for hva brukere laster opp, samtidig som de profiterer på bruk av opphavsrettslig vernet innhold uten å godtgjøre de egentlige rettighetshaverne.

Digitalmarkedsdirektivet og spesifikt artikkel 17 er ment å forsterke posisjonen til rettighetshavere og rettighetsorganisasjoner, slik at disse kan stå sterkere i forhandlinger og motta riktig vederlag for den, til nå i stor grad urettmessige, utnyttelsen av innhold som deles på nettplattformer. Samtidig stadfester artikkel 17 at visse delingsplattformer kan stå direkte ansvarlige for krenkelser ved brukerdelt innhold på plattformene.

Målsettingen om en mer balansert og rettferdig fordeling av internettøkonomi og et økt ansvar for de store delingsplattformene, har vært av stor prioritet innad i EU.¹³⁵

4.2 Digital Single Market-strategien

Digitalmarkedsdirektivet er en del av en “opphavsrettspakke” foreslått Kommisjonen den 14. september 2016¹³⁶, ment for å følge opp og delvis gjennomføre en *strategi for det digitale indre marked*.

Målet på sikt var å modernisere og harmonisere lovgivningen innad i Europa og tilpasse lovverket den pågående digitalteknologiske utviklingen.

Et *digitalt indre marked* blir beskrevet som et marked der fri flyt av goder, personer, ytelser og kapital er sikret og hvor individer og virksomheter sømløst kan få tilgang til og utøve online aktiviteter under forhold som fremmer en rettferdig konkurranse, og hvor det er et høyt nivå av forbruker- og personlig databeskyttelse, alt uavhengig av nasjonalitet eller bosted.¹³⁷

¹³⁵ Frosio (2017) s. 1

¹³⁶ Posisjonsnotat Digitalmarkedsdirektivet – regjeringens EØS-notatbase

¹³⁷ COM(2015) 192, punkt 1: Introduction; Why we need a digital single market

Strategi for det digitale indre marked ble først presentert som “DSM-strategien” av EU-kommisjonen i 2015.¹³⁸ Da ble det varslet en reform av de opphavsrettslige reglene for å oppnå en mer homogen lovgivning for den digitale teknologien.

Digitalmarkedsdirektivet har som formål å gjennomføre en ytterligere harmonisering av lovgivningen om opphavsrett i det indre marked, særlig når det gjelder digital og grensekryssende bruk av beskyttet innhold.¹³⁹

Bruk og deling av vernet innhold utføres effektivt på tvers av landegrenser, spesielt ved hjelp av større delingsplattformer. Det blir i rettsakten fra EU-kommisjonen formulert et ønske om å bryte opp nasjonale opphavsrettslige “siloeer” som skaper unødvendige hindre for at man kan utnytte den digitale teknologiens optimalt, i tillegg til å modernisere den opphavsrettslige lovgivningen i lys av den digitale revolusjonen og endret forbrukeroppførsel.¹⁴⁰

Allerede i 2015 ble det av kommisjonen uttrykkelig uttalt en intensjon om spesifikt å regulere delingsplattformene.¹⁴¹

Det ble her ytret at en forutsetning for et velfunksjonerende indre marked for opphavsrett, er muligheten for rettighetshavere å lisensiere og få betalt for bruken av deres verk. Videre ble det anført en økende bekymring for om den nåværende opphavsrettslige lovgivningen ikke tilstrekkelig sikrer at verdier som er generert via de nye formene for online distribusjon, deles rettferdig. I senere tid har dette hensynet blitt omtalt som et hensyn til verdigap.

4. 3 Bakgrunnen for digitalmarkedsdirektivet

Da EU-kommisjonen først presenterte sitt forslag til direktiv i 2016, skapte daværende artikkel 13, nå revidert artikkel 17, betydelig debatt.¹⁴²

Dette spesielt siden artikkelen stilte uttrykkelig krav til at delingsplattformene skulle inkorporere filtreringsteknologi. Dette kravet ble senere revidert og fjernet.

17. mai 2019 ble den offisielle versjonen av det nye digitalmarkedsdirektivet publisert. Dette markerte slutten på en kontroversiell og krevende legislativ prosess på EU-rettens område.

¹³⁸ COM(2015) 192, med tiltak videreført i COM(2016) 593 og COM (2016) 594.

¹³⁹ EØS-notatbase; digitalmarkedsdirektivet; *sammendrag*

¹⁴⁰ Forord av Jean-Claude Juncker, COM/2015/192 final s.1

¹⁴¹ COM/2015/626 s. 10

¹⁴² COM/2016/0593; Se nedenfor, punkt 5.4

Prosessen var preget av stor lobbyvirksomhet med rettighetshavere og deres representerende organisasjoner på den ene siden og tech-giganter på den andre.

EU sine medlemsstater får 2 år på seg til å implementere direktivet i nasjonal lovgivning etter at direktivet er publisert.¹⁴³ Fristen for gjennomføring er satt 7. Juni 2021.¹⁴⁴ EØS-komiteen vil fastsette en egen frist for EØS/EFTA-landene.¹⁴⁵

Direktivets artikkel 17 er en av artiklene som har vært mest omstridt. Kort fattet holder artikkelen plattformer i større grad juridisk ansvarlige for innholdet som lastes opp av brukerne, dersom innholdet utgjør en opphavsrettslig krenkelse.

Digitalmarkedsdirektivet er et komplekst stykke lovgivning og direktivet i sin helhet rekker over 34 sider.

Kun artikkel 17 er introdusert ved 11 avsnitt i direktivets fortale¹⁴⁶ og selve artikkelen består av 10 ordrette ledd som pålegger forpliktelser for de delingsplattformene som er ment rammet av direktivet. Direktivteksten har mottatt kritikk for å være både vag og tvetydig.

Det forutsees på dette grunnlaget at, selv om EU-kommisjonens målsetting har vært å minke fragmentering og oppnå et modernisert og harmonisert EU-lovverk, det er sannsynlig at vi i de neste årene vil se vidt sprikende former for nasjonal implementering og tiår med henvisninger til EUs domstol for å oppklare tolkning av innhold og bruk av direktivteksten.

4.4. Digitalmarkedsdirektivets forhold til norsk opphavsrettslig lovgivning

Rettsakten har vært behandlet i spesialutvalget for immaterialrett, som har funnet den EØS-relevant og akseptabel. Digitalmarkedsdirektivet vil altså innlemmes i EØS-avtalen og dette vil føre til endringer i norsk lovgivning, fortrinnsvis åndsverkloven.¹⁴⁷

Når det gjelder direktivets artikkel 17, finnes det ikke tilsvarende bestemmelser i dagens åndsverkslov, noe som mest sannsynlig vil føre til utforming av en ny regel som

¹⁴³ Publisering i the Official Journal of the EU.

¹⁴⁴ Digitalmarkedsdirektivet artikkel 29 jf. 31

¹⁴⁵ Regjeringens EØS notatbase – digitalmarkedsdirektivet

¹⁴⁶ Fortale premiss 61-71

¹⁴⁷ EØS-notatdatabase; *digitalmarkedsdirektivet*

gjennomfører kravene som fremgår av artikkelteksten. Derfor vil en tolkning av artikkel 17 være relevant også for det fremtidige norske rettsbildet.¹⁴⁸

Artikkel 17 er som nevnt en lang og komplisert artikkel. Derfor vil ikke artikkelen gjennomgå i sin helhet. Det synes mer hensiktsmessig å trekke frem visse problemstillinger som artikkelen reiser.

Flere av disse problemstillingene bygger igjen på usikkerhet som Sverige har støtt på i sitt arbeid med inkorporering av direktivet til svensk rett. Dette sees relevant siden Sverige har en lignende opphavsrettslig lovgivning som Norge, som en konsekvens av det nordiske samarbeidet på rettsområdet.¹⁴⁹

4.5 Digitalmarkedsdirektivet artikkel 17

4.5.1 Hvilke plattformer vil rammes av digitalmarkedsdirektivets artikkel 17

Det reises problemstilling om hvordan man avgjør hvilke plattformer som vil rammes av det opphavsrettslige ansvaret etter artikkel 17, og hvilke som ikke gjør det.

Artikkel 17 gjelder kun bruk av opphavsrettslig beskyttet innhold gjort av “online content-sharing service providers”. Begrepet refererer til definisjonen i digitalmarkedsdirektivets artikkel 2 nr. 6,

“online content-sharing service provider” means a provider of an information society service of which the main or one of the main purposes is to store and give the public access to a large amount of copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by its users which it organises and promotes for profit-making purposes.

Det kreves altså at plattformen er

¹⁴⁸ Tolkningen har preg av rettspolitisk metode da artikkelen ikke kan tolkes i lys av EU-dosmtolens praksis, men heller bygger på juridiske fagartikler.

¹⁴⁹ Promemoria Justitiedepartementet “Underlag för inhämtning av synpunkter rörande genomförandet av artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv” NB! Ikke et rettslig dokument, men et dokument der aktører innenfor bransjer som påvirkes av direktivet, kan dele synspunkter om hvordan artikkel 17 bør gjennomføres i svensk rett.

- (i) en tilbyder av en informasjonssamfunnstjeneste,
- (ii) som har som en av sine hovedformål å lagre og gi allmennheten tilgang til en større mengde av opphavsrettslig vernet innhold som er lastet opp av plattformens brukere
- (iii) og at plattformene både organiserer og promoterer innholdet for profittformål.

Hva som menes med “Information society service” utdypes i digitalmarkedsdirektivets artikkel 2 nr. 5 “*information society service`means a service within the meaning of point (b) of Article 1(1) of Directive (EU) 2015/1535*”.

Vi blir altså henvist til et annet direktiv som definerer begrepet “tjeneste” som noe som vanligvis ytes mot vederlag, over avstand, og som formidles elektronisk og på individuell anmodning fra en mottaker av tjenester” ^{150 151}

Oppsummert skal altså “information society service” forstås som en tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag, over avstand betydende at tjenesten er tilbudt uten at begge parter er til stede samtidig, som formidles elektronisk og på individuell anmodning fra en mottaker av tjenester.

Disse vilkårene for når en plattform skal rammes av direktivteksten, karakteriserer essensen i mange delingsplattformers forretningsmodell. Vilrårene i definisjonen omfatter også de nøytrale delingsplattformene.

Plattformen må ha som et av sine hovedformål å lagre og gi allmennheten tilgang til en større mengde av vernet brukeropplastet innhold. Hva som utgjør *en større mengde* skal vurderes i hvert konkret tilfelle og det skal i vurderingen tas hensyn til en kombinasjon av elementer, som blant annet tjenestens publikum og antallet av opphavsrettslig beskyttede filer som lastes opp av brukerne. ¹⁵²

¹⁵⁰ 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

¹⁵¹ Den norske oversettelsen av “informasjonssamfunnstjenester” Ot.prp.nr. 31 (2002-2003) punkt. 9.1.

¹⁵² Digitalmarkedsdirektivets forale premiss 63

Det siste vilkåret om at plattformen må organisere og promotere innhold for profittformål viser til at det må finnes noen form for kategorisering på plattformen. Hva som kreves av grad av organisering og promotering utdypes heller ikke i direktivteksten.

Artikkel 2 nr. 6 (2) gir eksempler på tjenestetilbydere som faller utenfor delingsplattformsbegrepet i digitalmarkedsdirektivets betydning.¹⁵³

Eksempelvis vil ikke nettbaserte kostnadsfrie leksikon, nettbaserte markeds plasser eller skytjenester som tilbyr lagring for eget bruk, reguleres av artikkel 17. Nettsteder som finn.no, datingsider og wikipedia er med andre ord ikke ment å reguleres av direktivet.

Man kan stille spørsmål ved hensikten med en definisjon dersom denne stiller opp slike nokså vage begreper og vilkår.¹⁵⁴

Dersom man leser definisjonen i lys av digitalmarkedsdirektivets fortale avsnitt 61 og 62 fremgår det klart at YouTube og lignende delingsplattformer har vært i tankene ved utformingen av definisjonen. Det blir her poengtert at delingsplattformer som deler innhold med formål om å tjene på å organisere og promotere innholdet for å tiltrekke et større publikum, inkludert kategorisering og plassering av målrettet reklame, er ment omfattet av definisjonen. Det uttales også at definisjonen “should target only online services that play an **important role** on the online content market by competing with other online content services, such as online audio and video streaming services..”

Selv om det derfor er nokså klart at YouTube er ment omfavnet av definisjonen, kan det stilles spørsmål ved hvor stor rolle en delingsplattform må inneha og hvor stor mengde vernet innhold som må deles, for å rammes av definisjonen og artikkel 17. Selv om definisjonen er inntatt for å begrense rekkevidden til artikkel 17 sin anvendelse, er direktivteksten kritisert allerede her for å utgjøre usikkerhet på et essensielt punkt.¹⁵⁵

En slik juridisk, og potensielt økonomisk, usikkerhet om hvilke delingsplattformer som rammes av artikkel 17 er klart uheldig.

¹⁵³ Listen er ikke uttømmende.

¹⁵⁴ Kritisert i b.la *Grisse* (2019) s. 888

¹⁵⁵ *Grisse* (2019) s. 888

4.6 En sammenligning av ansvarsgrunnlaget før og etter digitalmarkedsdirektivet – *Communication to the public*

Som redegjort for tidligere i oppgaven, er hva som ligger i begrepet “communication to the public” etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1 og nr. 2 ikke definert i direktivet. Innholdet i rettighetshavers enerett har derfor blitt utformet av utvikling i rettspraksis.

En følge av artikkel 17 er den slår fast at en plattform etter digitalmarkedsdirektivets definisjon, alltid utfører en *tilgjengeliggjøring for allmennheten* (communication to the public), når den gir allmennheten tilgang til opphavsrettslig beskyttet brukeropplaget innhold.

156

Derfor er det i slike situasjoner alltid nødvendig for en delingsplattform å inneha en rettmessig autorisering fra opphaver for å unngå å bli holdt ansvarlig. Direktivteksten foreslår en lisensavtale som et eksempel på slik autorisering.¹⁵⁷

Med andre ord vil en delingsplattform kunne holdes direkte ansvarlig for krenkelse av rettighetshavers enerett, dersom plattformen mangler autorisasjon fra rettighetshaver. Dette medfører en utvidelse av vernet til rettighetshaver.

Ved at det nå stadfestes at visse delingsplattformer selv utfører en *overføring til allmennheten* etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1, når de gir tilgang til opphavsrettslig vernet innhold, vil rettighetshavere kunne rettsforfølge delingsplattformene direkte.

Rettighetshavere vil da unngå individuell rettsforfølging av brukere som har lastet opp opphavsrettslig vernet innhold. Sistnevnte fremgangsmåten har, ikke overraskende, vist seg å være problematisk i praksis.¹⁵⁸

Problemstillingen som oppstår er hvordan begrepene skal forstås i forhold til hverandre – er innholdet i begrepet “communication to the public” det samme i begge direktiver eller foreligger det ulikheter – vil tolkningen som fremgår av EU-domstolens rettspraksis angående opphavsrettsdirektivet artikkel 3 også påvirke forståelsen av begrepet i artikkel 17?

¹⁵⁶ Jf. Digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 nr. 1

¹⁵⁷ Jf. Digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 nr. 2

¹⁵⁸ Av økonomiske og praktiske hensyn; det kan lastes opp innhold via flere, til en viss grad, anonyme brukere. I tillegg er det lite som hindrer en bruker å laste opp det samme venede innholdet på nytt ved et senere tidspunkt. I tillegg vil det for en skaper eller artist følgelig være lite gunstig å rettsforfølge sine tilhengere.

I det svenske arbeidet med å inkorporere digitalmarkedsdirektivet har rettighetshavere ytret usikkerhet om direktivteksten kun henviser til bruk av eksisterende regler i opphavsrettsdirektivet eller om det oppstår en ny og særskilt rettighet etter direktivet, som gjelder istendenfor, eller utvider, den eksisterende eneretten etter opphavsrettsdirektivet.¹⁵⁹

Dersom det skulle oppstå en særskilt rettighet etter direktivteksten, vil man bevege seg mot å tolke artikkelen etter allmenne prinsipper om *lex specialis* for visse delingsplattformer.¹⁶⁰

Akademikere er uenige i oppfatningen av om artikkel 17 skal tolkes dit hen at det oppstår en ny eksklusiv rettighet eller ikke. Noen tolker bestemmelsen slik at den kun er ment å bygge på opphavsrettsdirektivets artikkel 3 slik at den ikke utgjør en ny eksklusiv rettighet. Dette basert på den grunn at artikkelen i seg selv ikke oppstiller andre krav enn at plattformen har gitt allmennheten tilgang til vernet innhold ved sin tjeneste.¹⁶¹

Andre argumenterer for at bestemmelsen utgjør en sui generis “communication to the public”.¹⁶²

Som tidligere nevnt må artikkel 17 tolkes etter direktivets formål. Fortalen til direktivet forsøker å klargjøre;

*“It is appropriate to **clarify** in this Directive that online content-sharing service **providers** perform an act of communication to the public or of making available to the public when they give the public access to copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by their users. (...) This does **not affect the concept of communication to the public** or of making available to the public elsewhere under Union law, nor does it affect the possible application of Article 3(1) and (2) of Directive 2001/29/EC to other service providers using copyright-protected content”.*¹⁶³

Det uttrykkes her at det er hensynsmessig å “klargjøre” i direktivet at digitale delingsplattformer utfører en overføring til allmennheten, og at dette ikke påvirker “*the*

¹⁵⁹ Justitiedepartementet (2019) s. 11

¹⁶⁰ Justitiedepartementet (2019) s.11

¹⁶¹ Se *Grise* (2019) s. 890

¹⁶² Husovec (2019) punkt 2.2

¹⁶³ Digitalmarkedsdirektivet fortale premiss 64

concept of communication to the public”. Det er likevel ikke helt tydelig hva som konkret forsøkes klargjort.

Bruken av ordet “clarification” har blitt kritisert for å være misledende.

Det argumenteres for at det ikke foreligger grunnlag for å besvare spørsmålet, *om en delingsplattform utgjør en overføring til allmennheten*, bekreftende på bakgrunn av den eksisterende rettstilstanden før vedtakelsen av artikkel 17 og at det derfor ikke foreligger “clarification”.¹⁶⁴

Ved å tolke dette avsnittet i fortalen i den retning at hensikten med artikkel 17 nr. 1 er å klargjøre *eksisterende rettsbilde* har det oppstått uenighet i om artikkelteksten i praksis faktisk oppnår en slik klargjøring.¹⁶⁵

Et argument mot at direktivteksten klargjør eksisterende lovgivning, er at artikkel 17 ikke samsvarer med det eksisterende rettsbilde som er utviklet gjennom EU-domstolens praksis.¹⁶⁶

Artikkel 17 nr. 1 går derimot heller et steg videre, ved å slå fast at visse plattformer alltid vil utføre en “overføring til allmennheten” når de gir adgang til brukeropplaget innhold, enn hva som følger av nåværende rettspraksis fra EU-domstolen.¹⁶⁷

Det stilles videre ingen øvrige vilkår i artikkel 17 nr. 1 for at en delingsplattform skal regnes for at den foretar en overføring til allmennheten, annet at den gir tilgang. På denne måten må man også kunne fastslå at direktivet går ett skritt lenger enn å kun klargjøre eksisterende lovgivning etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3.

En annen tolkning av fortalen avsnitt 64 er at direktivteksten ikke er ment å klargjøre de lege lata, men heller den *rettslige usikkerheten* vedrørende om og når visse delingsplattformer utgjør en overføring til allmennheten.¹⁶⁸

Artikkel 17 nr.1 kan etter dette tolkes slik at visse plattformer vil kunne holdes direkte ansvarlig etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1 og 2, uavhengig av en

¹⁶⁴ Quintais (2019) s. 18

¹⁶⁵ Husovec (2019) – punkt 2.2

¹⁶⁶ Selv om artikkel 17(1) unektelig følger trenden som har utviklet seg i EU-domstolens rettspraksis, se *Montagnani* (2019) s. 12

¹⁶⁷ Artikkelen vil dessuten endre reglene for ansvarsfrihet etter ehandelsdirektivet, som behandles nedenfor punkt 4.6

¹⁶⁸ Det står jo ikke noe sted i fortale (64) at hensikten er å klargjøre “eksisterende lovgivning”, men dette utgjør et eksempel på misforståelse som kan oppstå på bakgrunn av en vag og flertydig ordlyd i direktivet.

krenkelsesvurdering.¹⁶⁹

Denne tolkningen samsvarer også med fortalens uttalelse om at direktivteksten ikke skal påvirke anvendelsen av opphavsrettsdirektivet art. 3 nr. 1 og 2, på delingsplattformer som ikke omfattes av direktivet.

Forbeholdt at denne tolkningen er riktig, er ansvaret for nøytrale delingsplattformer klart utvidet, hvis man sammenligner med ansvaret de mest sannsynlig¹⁷⁰ ikke ville hatt etter en krenkelsesvurdering etter opphavsrettsdirektivet.

Man kunne så langt tolket ansvaret for plattformene absolutt etter artikkel 17 nr. 1 og nr. 2.

I artikkel 17 nr.4 og nr. 5 begrenses derimot ansvaret. Her oppstiller nemlig artikkelen et eget “*safe harbour*-regime”. Endringene som artikkel 17 medfører for delingsplattformenes regler for ansvarsfrihet behandles nedenfor.

4.7 En sammenligning av reglene for ansvarsfrihet før og etter digitalmarkedsdirektivet – *et nytt safe harbour regime*

4.7.1 Ansvarsfrihet etter artikkel 17

En annen essensiell følge av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17, er som nevnt at plattformene som er ment rammet av direktivteksten, blir avskrevet muligheten til å påberope seg ansvarsfrihet etter ehandelsdirektivet artikkel 14 nr. 1 jf. digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 nr. 3.

Det er likevel ikke ment at det skal fjernes all mulighet for ansvarsfrihet for delingsplattformene. Man må lese overstående ledd i lys av artikkel 17 nr. 4 og nr. 5.

Artikkel 17 nr. 4 innfører nemlig et slags eget `safe harbour`-reglement. Dersom autorisering ikke har latt seg gjøre, for eksempel i situasjoner der rettighetshaver er ukjent, kan delingsplattformene holdes ansvarsfrie på visse vilkår. Følgelig må delingsplattformene

¹⁶⁹ Jf. oppgavens punkt 2.

¹⁷⁰ Spørsmålet om også nøytrale delingsplattformer kan foreta en overføring til allmennheten, har ikke vært avgjort av CJEU, men det er forelagt spørsmål om dette i sak C-682/18 (*Youtube*) (2018)

demonstrere at de har oppfylt tre kumulative vilkår. Følgende at plattformen, (a) etter beste evne har forsøkt å skaffe autorisering til bruk av innholdet, og (b) etter beste evne og etter høy bransjestandard av aktsomhet, sørget for at flagget¹⁷¹ vernet innhold er utilgjengelig på plattformen, og (c) handlet uten ugrunnet opphold for å fjerne eller nekte tilgang til flagget vernet innhold og etter beste evne forsøkt å forhindre fremtidige opplastninger av slikt innhold.¹⁷²

Leddet tar hensyn til at det i praksis er usannsynlig at delingsplattformene klarer å skaffe autorisering for alt innhold som lastes opp av brukere til plattformen, og det er derfor nødvendig med en regel om ansvarsfrihet.¹⁷³

Denne regelen om ansvarsfrihet gjelder dog kun for de nøytrale delingsplattformene.¹⁷⁴

At bestemmelsen skal tolkes som en regel for ansvarsfrihet støttes av direktivets fortale som omtaler leddet som en “liability exemption”.¹⁷⁵

Artikkel 17 nr. 4 kan derfor forstås som en *lex specialis* regel i forhold til ansvarsfrihetsregelen etter ehandelsdirektivet artikkel 14 nr. 1.¹⁷⁶

Vilkårene for ansvarsfrihet etter artikkel 17 nr. 4 punkt (a) og (b) krever at delingsplattformen har gjort “best efforts” for å skaffe autorisering og forsikre utilgjengelighet for vernet innhold.

Direktivet utdyper ikke forventningene til innsats og det legges opp til at det skal foretas en konkret vurdering og utdypning av vilkårene ved hjelp av EU-domstolens fremtidige rettspraksis. Det legges med andre ord opp til en viss proporsjonalitetsvurdering.

Ved vurderingen om delingsplattformen kan holdes ansvarsfri stilles det opp en rekke momenter som det skal tas hensyn til. Man skal balansere delingsplattformen sin størrelse og den konkrete typen vernet innhold som er lastet opp, mot den økonomiske byrden og mulighetene delingsplattformene faktisk har hatt for å handle.¹⁷⁷

¹⁷¹ Rettighetshaver har gitt plattformen beskjed om at innholdet er vernet

¹⁷² Artikkel 17 nr. 4

¹⁷³ Digitalmarkedsdirektivet fortale premiss 66

¹⁷⁴ Digitalmarkedsdirektivets fortale premiss 62

¹⁷⁵ Premiss 62 – piratdelingsplattformer kan også omfattes av delingsplattform-definisjonen i direktivet og dermed artikkel 17(1).

¹⁷⁶ Grisse (2019) punkt 3.

¹⁷⁷ Jf. artikkel 17 nr. 5

Eksempelvis vil det nok ikke kreves at delingsplattformene å søke etter alle rettighetshavere, til mer eller mindre kjente verk. Men det kan nok i det minste forventes at delingsplattformene kontakter større musikkelskap og rettighetsorganisasjoner.

Ved innføring av slik skjønsmessig ordlyd oppnår man en fleksibel og fremtidsrettet lovgivning, men dessverre også juridisk usikkerhet.

Det er spesielt punkt artikkel 17 nr. 4 (b) og (c) som kan tenkes problematisk, da en slik ex ante hindring av opplastninger i praksis vil kreve en form for innholdsfiltrering. For å kunne forhindre at flagget vernet innhold ikke lastes opp på nytt kreves det i praksis et filtreringssystem, som eksempelvis Content ID¹⁷⁸, og som nevnt før, ikke vil forstå kontekst. Dermed vil systemet heller ikke kunne avgrense mot lovlige unntak for sitat, kritikk, anmeldelser, karikaturer eller parodier.

Denne filtreringsproblematikken som artikkel 17 reiser, gjennomgås nedenfor.¹⁷⁹

En positiv endring med et eget “safe harbour”-regime innad i artikkel 17, er at lovgivningen innad i det indre marked harmoniseres. Den eksisterende lovgivningen etter e-handelsdirektivet, baserer seg på fragmentert nasjonal gjennomføring og nasjonale straffe- og erstatningsbestemmelser. Men etter gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 vil safe harbour-reglens vilkår harmoniseres.¹⁸⁰

5. Problemstillinger knyttet til gjennomføringen av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17

5.1 Implikasjoner av å innføre et eget “opphavsrettslig regime” spesifikt for Europa – kritikk fra et internasjonalt perspektiv

Digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 er som nevnt ovenfor ment å ramme de større delingsplattformene. Disse delingsplattformene eies igjen av teknologigiganter med enorme økonomiske ressurser og innflytelseskraft. Noen av teknologigigantene som vil rammes er USA-baserte virksomheter som Google, Youtube og Facebook.

¹⁷⁸ Youtube sitt system, se punkt.

¹⁷⁹ Punkt 5.2

¹⁸⁰ Dog kun for visse delingsplattformer, delingsplattformene som faller utenfor artikkelens rekkevidde vil forholde seg til den eksisterende lovgivningen.

Tolkningen og gjennomføringen av digitalmarkedsdirektivet er per dags dato preget av usikkerhet grunnet implementeringsprosessens tidlige stadie, men det kan likevel fastslås to essensielle virkninger av gjennomføringen;

(i) at direktivteksten tildeler delingsplattformene en mer aktiv rolle i å forhindre opphavsrettslige krenkelser, (ii) samtidig som at direktivteksten også begrenser muligheten for å påberope seg e-handelsdirektivets safe harbour- regler.

En potensiell virkning av digitalmarkedsdirektivets artikkel 17 er at det innføres et strengere regime innenfor Europa for både ansvarsgrunnlag og ansvarsfriehtsreglene for delingsplattformer, enn det som gjelder for resten av verden.

Et slikt “eget EU-rettslig regime” vil harmonisere dårlig med eksisterende lovgivning og rettspraksis *utenfor* EU.

Lovgivningen utenfor Europa har generelt ikke tildelt delingsplattformene en slik aktiv rolle i å måtte forhindre opphavsrettslige krenkelser og det er heller ikke anført begrensninger når det gjelder anvendelse av safe harbour-regler, på den måte som artikkel 17 nr. 3 oppstiller innenfor EU.¹⁸¹

Det har blitt hevdet i juridisk teori at gjennomføringen av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 vil skade de større globale delingsplattformene, eksempelvis Youtube.¹⁸²

Det argumenteres for at gjennomføringen av artikkel 17 i praksis vil føre til at delingsplattformene må iverksette ulike tekniske metoder og juridiske strategier for å møte forskjellene som oppstår mellom de globale lovgivningene.

Dette vil igjen kunne føre til et insentiv for disse delingsplattformene å redusere investeringer og drift i områder som pålegger delingsplattformene slike juridiske byrdefulle vilkår, primært for å unngå et rettslig ansvar.

¹⁸¹ Se vedlegg nr.1 for en skjematisk fremstilling og oppsummering av USA, Australia, Canada og Kina sin rettslige fremgangsmåte når det gjelder rettslig ansvarsgrunnlag, safe harbour-regler, notifikasjonssystemer og filteringsplikter for delingsplattformer. For utdypning av det rettslige grunnlaget bak skjemaet vises det til *Curto* (2019) s. 10-16

¹⁸² *Curto* (2019) s. 3

På denne måten kan lokal og global internettøkonomi potensielt skades.¹⁸³

At større plattformer potensielt reduserer eller unngår drift i Europa vil klart også ha en negativ konsekvens for vår fundamentale ytrings- og innholdsfrihet.

Det vil klart bli problematisk om innbyggere i EU-medlemsland får tilgang til et mer begrenset innhold via delingsplattformene, enn andre land, grunnet byrdefulle juridiske vilkår i form av et ex ante ansvar for delingsplattformene.

Det er derfor viktig at det ved nasjonale gjennomføringer av artikkel 17, ikke pålegges delingsplattformene et for strengt ansvar.

5.2 Filtreringsproblematikk i artikkel 17

5.2.1 Tidlig kritikk mot forslaget artikkel 13

Da EU-kommisjonen først presenterte sitt forslag til direktiv i 2016, skapte daværende artikkel 13, nå reviderte artikkel 17, betydelig debatt.¹⁸⁴

Det oppsto protester og dramatiske avisoverskrifter innad i Europa. Artikkel 13 ble karakterisert som en filtreringsartikkel og en “meme ban¹⁸⁵”.

I et brev til Europaparlamentets president, signert av blant annet Tim Berners-Lee som regnes som “oppfinneren av internett”, uttrykkes det stor bekymring for internettets fremtid.¹⁸⁶

I brevet har en rekke av internett sine originale skapere og pionerer, og deres etterkommere, gått sammen for å advare mot konsekvensene av artikkel 13. De påpeker at selv om direktivteksten er velmenende, vil artikkel 13 tvinge plattformer til å utføre automatisk filtrering av innhold som lastes opp av sine brukere.

Ved å samtidig begrense ansvarsfriheten som plattformene har hatt under ehandelsdirektivets regler, vil dette føre til at plattformene må betale byrdefulle kostnader for å innføre tilstrekkelig filtreringsteknologi.

Det blir videre kritisert at direktivteksten ikke er tydelig nok til å definere hvilke

¹⁸³ *Curto* (2019) s.2

¹⁸⁴ COM/2016/0593 final ; Se nedenfor, punkt 5.2

¹⁸⁵ At artikkelen vil forby “meme’s” – en form for humor/parodi. Navnet spiller på bekymring over at teknologien ikke vil ha evne til å forstå humor og at derfor også rettmessig bruk av opphavsrettslig innhold, vil filtreres.

¹⁸⁶ Justitiedepartementet (2019)

delingsplattformer som vil være bundet av artikkel 13 og hvilke som ikke er det.

Denne juridiske og forretningsmessige usikkerheten fryktes å ville kunne drive de digitale plattformene ut av Europa og hindre dem i å tilby tjenester til europeiske forbrukere.

Artikkelteksten ble etter motstanden revidert til dagens artikkel 17, hvor det stadfestes at vilkårene etter artikkel 17, ikke skal føre til en generell overvåkingsplikt.¹⁸⁷

Spørsmålet blir om problematikken rundt filtreringen forsvant ved endring av direktivteksten.

Legaliteten rundt artikkel 17 har blitt kritisert på bakgrunn av at artikkel 17 i praksis tvinger plattformer til å innføre teknologi som identifiserer og filtrerer alt brukeropplastet innhold før det lastes opp.

Polen har for eksempel klaget inn digitalmarkedsdirektivet til EU-domstolen på bakgrunn av at de mener artikkel 17 nr. 4 (b) og (c) tillater bruk av opplastningsfiltre, og dermed innebærer preventiv sensur. Det blir i klagen søkt om at artikkel 17 nr. 4 (b) og (c) annulleres, subsidiært, hvis dette ikke lar seg gjøre, en annullering av artikkel 17 i sin helhet.¹⁸⁸

Selv om artikkel 17 ikke spesifikt krever forhåndsfiltrering, er det likevel bekymring for at dette er den eneste måten i praksis for plattformene å kunne sikre seg at de ikke kan holdes juridisk ansvarlig.

Det er derfor forventet at plattformene vil måtte implementere teknologi for slik innholdsfiltrering, lignende YouTube sin "Content ID".

Utviklingen av dette vil koste plattformene dyrt, noe som åpner for at bekymring over at plattformene heller blokkerer innhold for å sikre seg, enn å utvikle avansert teknologi.

På et av møtene der rettighetshavere har møttes og diskutert innhold og gjennomføringen av artikkel 17, har blant annet YouTube presentert sitt "Content ID"-system¹⁸⁹.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Digitalamarkedsdirektivets fortale premiss 66.

¹⁸⁸ Sak C-401/19

¹⁸⁹ Youtube har både en manuell takedown-prosedyre hvor rettighetshavere kan rapportere misbruk og automatiske "innholdsmatchere" som registrer gjenopplastninger av opphavsrettslig vernet innhold i tillegg til Content-ID som oppdager bruk av vernet innhold som allerede er registrert.

¹⁹⁰ Stakeholders dialogue – 3rd meeting 25.november 2019

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/third-meeting-stakeholder-dialogue-art-17-directive-copyright-digital-single-market>

Det ble under dette møtet ytret at selv den mest oppdaterte og avanserte teknologi i bunn og grunn ikke forstår *kontekst*. Dette vil føre til automatisk filtrering som også vil blokkere lovlig bruk av vernet innhold. At manuell filtrering er uaktuelt er selvsagt med tanke på den enorme mengden innhold som lastes opp på delingsplattformene.

5.2.2 Påfører artikkel 17 en generell overvåkingsplikt for delingsplattformene

Flere akademikere har uttrykt bekymring for at artikkel 17 nr. 4 resulterer i en generell overvåkingsplikt for delingsplattformene.¹⁹¹

Dette på tross av at artikkel 17 nr. 8 uttrykkelig stadfester at anvendelsen av artikkelen ikke skal føre dette.

Spørsmålet blir hva som utgjør en generell overvåkingsplikt.

I *Netlog v Sabam-dommen*¹⁹² ble generelle overvåkingsplikt beskrevet som krav til tjenestetilbyder om å installere et system for filtrering av informasjon som er lagret på tjenestetilbyderes server av brukere. Denne filtreringen gjaldt alle brukere, som et preventivt tiltak, “exclusive at its expense and for an unlimited period”.¹⁹³

Også etter ehandelsdirektivets regulering er det uttrykt spesifikt at delingsplattformer ikke skal pålegges en generell plikt til å overvåke den informasjonen de overfører eller lagrer, eller en generell plikt til å aktivt søke etter fakta eller forhold som tyder på ulovlig virksomhet.¹⁹⁴

Men problemet med en generell overvåkingsplikt etter artikkel 17 vil ikke følge av uforenelighet med ehandelsdirektivet artikkel 15. Dette fordi digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 vil fungere som *lex specialis* overfor ehandelsdirektivet artikkel 15.¹⁹⁵

En generell overvåkingsplikt kan heller følgelig være uforenlig med EU sin primærrett.¹⁹⁶

¹⁹¹ *Grise* (2019) s. 896

¹⁹² C-360/10

¹⁹³ Dommens premiss 26

¹⁹⁴ Ehandelsdirektivet artikkel 15 nr. 1, også gjennomført i ehandelsloven § 19

¹⁹⁵ Jf. Ehandelsdirektivet artikkel 15 nr. 1 som stadfester at en generell overvåkingsplikt ikke må pålegges tjenestetilbydere som omfattes av direktivets artikkel 12-14. Jf. digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 nr. 3 er ikke delingsplattformene lenger omfattet av ehandelsdirektivet artikkel 14.

¹⁹⁶ *Grise* (2019) s. 896, *Frosio* (2018) s. 355

I rettspraksis har EU sin domstol basert avvisning av filtreringsplikter for tjenestetilbyder på bakgrunn av ehandelsdirektivet artikkel 15 nr. 1, men også direkte på fundamentale rettigheter.¹⁹⁷

I *Netlog v SABAM*, anførte SABAM¹⁹⁸ at Netlog, som er en sosial nettverksplattform, ga brukerne urettmessig tilgang til vernet innhold.

CJEU undersøkte derfor kompatibiliteten mellom de forespurte filtreringstiltakene og fundamentale rettigheter.

Herunder tjenestetilbyderes rett til å drive foretninger¹⁹⁹, siden filtreringsplikten ville medføre at tjenestetilbyderen måtte installere et komplisert, dyrt og komplisert teknologisystem på egen regning.²⁰⁰

CJEU kom i denne saken frem til at den aktuelle filtreringsplikten ville bryte med denne rettigheten i slik grad at det ikke kunne rettferdiggjøres av formålet bak filtreringstiltaket.²⁰¹

CJEU fremmet dessuten synspunktet at en filtreringsplikt potensielt kunne undergrave den fundamentale ytring-og informasjonsfriheten²⁰² grunnet at filtreringssystemet ikke tilstrekkelig kan skille mellom ulovlig og lovlig innhold. Dette ble fremhevet å kunne resultere i blokkering av lovlig kommunikasjon.²⁰³

Også uforenligheten mellom filtreringsplikt og fundamentale brukerrettigheter ble brakt frem i dommen.²⁰⁴ Herunder retten til personlig data og frihet til å motta eller avgi informasjon.²⁰⁵

Spørsmålet om digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 også vil være uforenlig med noen av disse rettighetene.

I 2011 og 2012, på den tiden overnevnte rettspraksis utspilte seg, ble delingsplattformene ansett som *rene videreformidlere* av innholdet. Den rettslige utviklingen har jo per i dag

¹⁹⁷ *Netlog v SABAM C-360/10* (premiss 34) og *Scarlet Extended v SABAM C-70/10* (premiss 39)

¹⁹⁸ Et managementfirma som representerer forfattere og musikkkomponiserte, for autorisering og lisensiering.

¹⁹⁹ "Freedom to conduct a business" jf. EUs Charter of Fundamental Rights artikkel 16.

²⁰⁰ Premiss 46

²⁰¹ Premiss 47

²⁰² Jf. EUs Charter of Fundamental Rights artikkel 11.

²⁰³ Premiss 50

²⁰⁴ Premiss 48

²⁰⁵ Jf. EUs Charter of Fundamental Rights artikkel 8 og 11.

utviklet seg til å anse delingsplattformene for å selv overføre til allmennheten og dermed direkte ansvarlige for brukerdelt vernet innhold. Ved en slik utvikling kan det rettferdiggjøres at det også forventes mer av dagens delingsplattformer.²⁰⁶

Vedrørende problematikken om overblokkering av lovlig kommunikasjon, må det dessuten bemerkes at artikkel 17 innfører flere tiltak for å ivareta den lovlige bruken av innhold.²⁰⁷

Medlemslandene skal ved gjennomføringen av artikkelen, sørge for at brukere kan dele lovlige unntak fra rettighetshavers enerett, som er spesielt viktig for å bevare innhold- og ytringsfriheten. Herunder sitater, kritikk og anmeldelser og innhold som bærer preg av karikatur, parodi eller pastisje.²⁰⁸

Juridisk litteratur løfter frem at det ikke nødvendigvis er et automatisk filtreringssystem som er det mest hensiktsmessige tiltaket for å innfri vilkårene i artikkel 17 nr. 4 og nr. 7. Det argumenteres for at man kan se hele artikkel 17 som en helhetlig bestemmelse som er ment å ivareta flere hensyn og interesser og at gjennomføringen kan skje ved flere løsninger.

Et forslag er å innføre en mulighet for opplaster å merke av at innholdet utgjør et lovlig unntak. På denne måten kan rettighetshaver bli varslet og gitt mulighet til å rapportere eventuell urettmessig bruk. Delingsplattformene kan dessuten sanksjonere gjentatt misbruk av denne muligheten. Denne løsningen vil motvirke automatisk forhåndsfiltrering av lovlig innhold og utgjør en videreutvikling av rapporteringssystemene til delingsplattformene.²⁰⁹

5.3 Avsluttende bemerkninger

Digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 gjør et forsøk på å balansere hensyn til både brukere, rettighetshavere og delingsplattformenes interesser.

Hovedformålet bak artikkelen er å fremme rettighetshavers posisjon ved å sikre at disse mottar en mer balansert og rettferdig økonomisk kompensasjon for sitt arbeid ved å kreve at

²⁰⁶ *Grisse* (2019) s. 896

²⁰⁷ Se digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 nr. 7

²⁰⁸ Eller øvrige lovlige unntak som følger av opphavsrettsdirektivet artikkel 5 litra d) og k).

²⁰⁹ *Grisse* (2019) s. 898

visse delingsplattformer sikrer seg lisenser for brukeropplastet innhold som er opphavsrettslig vernet, og holde de ansvarlige dersom slik autorisasjon ikke foreligger.

Spørsmålet er om ikke hensynet til rettighetshavere har gått på bekostning av delingsplattformenes og brukeres interesser.

Artikkel 17 vil holde delingsplattformene i større grad direkte ansvarlig, ved å regne disse som aktører som aktivt foretar selvstendige overføringer til allmennheten. Om denne rettslige ansvarliggjøringen vil føre til hindring av innovasjon eller filtrering av også lovlig innhold, er i dag usikkert.

Likevel åpner artikkel 17 opp for å formes av rettspraksis ved sine dynamiske rettslige standarder og vage begrep. Det er derfor høyt sannsynlig at artikkelens innhold vil måtte utdypes gjennom omfattende rettspraksis og prejudisielle avgjørelser fra EU-domstolen. Det stilles derfor et lite spørsmålstegn ved hvorfor rettstilstanden ikke kunne videre utvikles ved rettspraksis etter begrepet “communication to the public” jf. opphavsrettsdirektivet artikkel 3. Etter *Ziggo*-dommen var jo EU-domstolen godt i gang i retning av å holde delingsplattformer selvstendig ansvarlige for brukeropplastet vernet innhold.

Litteraturliste

Norske lover og forarbeider

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

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

Lov 20. Mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

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

Ot.prp. nr. 31 (2002-2003) - *Om lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)*

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

St.prp. nr. 6 (2004-2005) - *Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 110/2004 av 9. juli 2004 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2001/29/EF om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet*

Innst. O.nr.103 (2004–2005) - *Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven m.m.*

Prop. 65 L (2012-2013) - *Endringer i åndsverkloven (tiltak mot krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett)*

Prop. 104 L (2016-2017) - *Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)*

Posisjonsnotat:

Kulturdepartementet (2017)

EØS-notat: DSM-direktivet, 24. November 2017.

URL: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/des/dsm-direktivet/id2556742/> (sist sjekket 10.mai 2020)

Kulturdepartementet (2020)

EØS-notat: Digitalmarkedsdirektivet, 6. Februar 2020

URL: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/des/dsm-direktivet/id2556742/> (sist sjekket 20.mai .2020)

Nordiske rettsavgjørelser

Norsk Høyesteretts dom, HR-2005-133-A / Rt-2005-41-A
Rt. 2005 s.41 (*Napster*)

Svea hovrätts dom av 26.november 2010, sak 4041/09 B (*Pirate Bay*)

Direktiver

Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations - *OJ L 217*, 5.8.1998, p. 18–26 (ikke lenger i kraft)

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') - *OJ L 178*, 17.7.2000, p. 1–16

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 - *OJ L 167*, 22.6.2001, p. 10–19

Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC - *OJ L 130*, 17.5.2019, p. 92–125

EU- domstolens avgjørelser

C-306/05 (*Rafaeles Hoteles*) - Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA.

ECLI:EU:C:2006:764

C-236/08 / C-237/08 / C-238/08 (sammenslåtte saker) (*Google/Google France* og *L'Oreal*) - Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA / Google France SARL v Viaticum SA and Luteciel SARL / Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others

ECLI:EU:C:2010:159

C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*) (sammenslåtte saker) - Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others / Karen Murphy v Media Protection Services Ltd

ECLI:EU:C:2011:631

C-360/10 (*Sabam/Netlog*) - Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV.

ECLI:EU:C:2012:85

C-607/11 (*ITV Broadcasting*) - ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchUp Ltd

ECLI:EU:C:2013:147

C-466/12 (*Svensson*) - Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB

ECLI:EU:C:2014:76

C-117/ 15 (*Reha Training*) - Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH v Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)

ECLI:EU:C:2016:379

C-160/15 (*GS Media*) - GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others

ECLI:EU:C:2016:644

C-610/15 (*Ziggo*)- Stichting Brein v Ziggo BV and XS4All Internet BV

ECLI:EU:C:2017:456C-527/15 *Filmspeler*

Juridisk teori

Boe, Erik Magnus, “*Rettskildelære under debatt*”, Universitetsforlaget (2012)

Curto, Natalia E., “*EU on Copyright in the Digital Single Market and ISP Liability: What’s Next at International Level?*” 12. August (2019) URL:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3434061 (sist sjekket 27. April 2020)

Eidsvold-Tøien, Irina & Viken. Monica, “*Hvor effektive er de norske opphavsrettslige håndhevingsregler?*”, publisert i NIR: Nordiskt immateriellt rättsskydd, (2019), 40 (3) s. 318-356. URL: https://biopen.bi.no/bi-xmlui/bitstream/handle/11250/2637327/Eidsvold-T%C3%B8ien_Viken_2019.pdf?sequence=4&isAllowed=y (sist sjekket 20. Mai 2020)

Fleischer, Carl August, “*Rettskilder*”, Ad Notam Gyldendal (1995)

Frosio, Giancarlo (2017), “*The Death of ‘No Monitoring Obligations’: A Story of Untameable Monsters*”, publisert i (3) Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC) 212,

URL:https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2980786 (sist sjekket 6. Mai 2020)

Frosio, Giancarlo (2018), “*To Filter or Not to Filter?*”, publisert i 36(2) Cardozo Arts& Entertainment Law Journal 331-368, URL:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3116825 (sist sjekket 3. Mai 2020)

Ginsburg, Jane C. (2017), “*The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo [C-610/15]*”, URL:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3024302 (sist sjekket 13. Mai 2020)

Grise, Karina (2019), “*After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790*”, publisert i Journal of Intellectual Property Law & Practise, 2019, Vol. 14, No. 11, OXFORD Academic,

URL:<https://academic.oup.com/jiplp/article/14/11/887/5588517> (sist sjekket 10. Juni 2020)

Montagnani, Maria Lilla (2019) “*A New Liability Regime for Illegal Content in the Digital Single Market Strategy*”, publisert i G Frosio (ed), *The Oxford Handbook of Intermediary liability Online* (OUP 2019), URL: <http://ssrn.com/abstract=3398160> (sist sjekket 11. Mai 2020)

Rognstad, Ole Andreas (2017) “*Ansvar for fildelingsplattformer*” publisert i NiP, *Nytt i privatretten*, 2017-3, s. 13 flg. URL: <https://www.cappelendammundervisning.no/cdu/akademisk/nytt-i-privatretten/article158279.ece/BINARY/Nytt%20i%20privatretten%202017-3.pdf> (sist sjekket 9.mai 2020)

Rognstad, Ole Andreas (2019) “*Opphavsrett*”, Universitetsforlaget (2. utgave)

Rosati, Eleonora (2019) “*Copyright and the Court of Justice of the European Union*”, Oxford University Press

Sartor, Giovanni (2017) “*Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future*”, Analyse gjort for for European Parliament, Think Tank, URL: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/122382/PPT%20G%20Sartor.pdf> (sist sjekket 20.mai 2020)

Schønning, Peter (2017) “*EU-Domstolens praksis om begrepet “overføring til et nyt publikum”*”, publisert i NiR 3/2017

Sejersted mfl. (2011) – “*EØS-rett*”, Fredrik Sejersted; Finn Arnesen; Ole Andreas Rognstad; Sten Foyen; Olav Kolstad – Universitetsforlaget 3. Utgave.

Weincke, Willi (1976) “*Bemærkninger om ophavsretten til musikkværker*”, publisert i NIR 1975

Quintais, Joao Pedro (2019) “*The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look*” URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3424770 (sist sjekket 20. Mai 2020)

EU- dokumenter

COM/2016/0593 final –

Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on copyright in the Digital Single Market. Tilgjengelig på: <https://eur->

[lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593) (sist sjekket 8. Mai 2020)

COM/2015/192 final -

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Tilgjengelig på:

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/digital-single-market-strategy-europe-com2015-192-final> (sist sjekket 9. Mai 2020)

COM/2015/0626 final - COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS Towards a modern, more European copyright framework. Tilgjengelig på: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A626%3AFIN> (sist sjekket 9. Mai 2020)

Opinion of advocate general Szpunar – delivered 8. february 2017(1) in Case C-610/15, URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CC0610> (sist sjekket 6.juni 2020)

Øvrige kilder

IFPI Global Music Report 2017, URL: <https://www.ifpi.org/downloads/GMR2017.pdf> (sist sjekket 6.juni 2020)

IFPI Global Music Report 2018, URL: https://www.ifpi.org/downloads/GMR2018_ValueGap.pdf (sist sjekket 6.juni 2020)

Justitiedepartementet (2019) Regeringskansliet, Promemoria 2019-09-23, “*Underlag för inhämtning av synpunkter rörande genomförandet av artikel 17 i EU:s nye upphovsrättsdirektiv*”

Vedlegg

Vedlegg nr. 1 – *Curto* (2019) s. 15

	U.S	Australia	Canada	China
ISPs liability	Secondary	Secondary	Secondary	Secondary
Safe Harbours (activities included)	Transmission, caching, hosting and hyperlinking	Transmission, caching, hosting and hyperlinking	Transmission, caching and hosting	Transmission, caching and hyperlinking
Notice of Infringement	Notice and take down procedure	Notice and take down procedure	Notice and take down procedure	Notice and take down procedure
General Filtering Obligations	No	No	No	No