

Fildeling i et opphavsrettslig perspektiv

Kandidatnr: 185 241

Til sammen 14 238 ord

Veileder: Thomas Rieber-Mohn

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	EMNE	1
1.2	OM OPPHAVSRETT	1
1.3	AVGRENSNINGER/FORUTSETNINGER	3
1.4	RETTSKILDER OG METODE	4
2	<u>FENOMENET FILDELING – TEKNISK BAKTEPPE</u>	7
2.1	HVA ER FILDELING?	7
2.2	TEKNOLOGI	9
2.2.1	INTERNETT	9
2.2.1.1	Innledning	9
2.2.1.2	Teknologi	10
2.2.2	VERDENSVEVEN (WORLD WIDE WEB)	11
2.2.3	PEER-TO-PEER	11
2.2.4	BITTORRENT	12
3	<u>HVEM KRENKER OPPHAVSRETTE</u>	13
3.1	OPPHAVSMANNENS ENERETTER	13
3.1.1	INNLEDNING	13
3.1.2	DE ØKONOMISKE ENERETTENE	14
3.1.2.1	Innledning	14
3.1.2.2	Eksemplarfremstilling	15
3.1.2.3	Tilgjengeliggjøring til allmenheten	16
3.1.2.4	Innskrenkninger i eneretten	17
3.1.3	DE IDEELLE ENERETTENE	17
3.2	NÆRMERE OM OPPLASTERENS HANDLEMÅTE	17
3.2.1	INNLEDNING	17
3.2.2	HVORVIDT OPPLASTEREN KRENKER EKSEMPLARFREMSTILLINGSRETTE	18
3.2.3	HVORVIDT OPPLASTEREN KRENKER ENERETTEN TIL Å GJØRE ET VERK TILGJENGELIG FOR ALLMENHETEN	20

3.2.3.1	Innledning	20
3.2.3.2	Tilgjengeliggjøring ved fildeling	21
3.3	NEDLASTEREN	22
3.3.1	INNLEDNING	22
3.3.2	OM NEDLASTERENS EKSEMPLARFREMSTILLING	23
3.4	INTERNETTLEVERANDØREN	24
3.4.1	INNLEDNING – INTERNETTLEVERANDØRENS FUNKSJON	24
3.4.2	MIDLERTIDIG EKSEMPLARFREMSTILLING	25
3.4.3	EHANDELSLOVENS REGLER OM ANSVARFRITAK	27
3.4.3.1	Innledning	27
3.4.3.2	Ren videreformidling	28
3.4.3.3	Mellomlagring	29
3.4.3.4	Lagringstjenester	30
4	<u>HÅNDHEVING AV OPPHAVSRETTIGHETER VED ULOVLIG FILDELING</u>	31
4.1	INNLEDNING	31
4.2	SANKSJONER VED BRUDD PÅ OPPHAVSRETTE	32
4.2.1	INNLEDNING	32
4.2.2	STRAFF	32
4.2.2.1	Generelt	32
4.2.2.2	Skyldkravet	33
4.2.2.3	Medvirkning	33
4.2.3	ERSTATNING	34
4.2.4	INNDRAGNING	36
4.3	FORFØLGELSE AV DEN ENKELTE RETTIGHETSKRENKER	37
4.3.1	INNLEDNING	37
4.3.2	OM ISPENS BEHANDLING AV IP-ADRESSER OG MULIGHETENE FOR TILGANG TIL INFORMASJON OM RETTIGHETSKRENKERE	37
4.3.3	PRIVATE AKTØRERS TILGANG TIL BEVIS	41
4.3.4	PRIVATE AKTØRERS BEHANDLING AV IP-ADRESSER	42
4.4	KRAV MOT MELLOMLEDD	43
4.4.1	INNLEDNING	43
4.4.2	FORHOLDET TIL FRITAKSREGLENE I EHANDELSLOVEN	44
4.4.3	VILKÅRENE FOR MIDLERTIDIG FORFØYNING	46
4.4.3.1	Innledning	46
4.4.3.2	”Sikringsgrunn”	46

4.4.3.3	”Krav” – om internettleverandørens medvirkning	48
4.5	DATALAGRINGSDIREKTIVET	52
5	<u>ALTERNATIVE LØSNINGER</u>	54
5.1.1	INNLEDNING	54
5.1.2	LEGALISERING	54
5.1.3	LOVLIGE TJENESTER	55
5.1.4	ALTERNATIVE SANKSJONER	56
5.1.4.1	Innledning	56
5.1.4.2	Cease and desist	56
5.1.4.3	Graduated response	58
5.1.4.4	IPRED-direktivet	60
5.1.4.5	ACTA	62
5.1.5	NEMND FOR INTERNETT	63
6	<u>AVSLUTNING</u>	64
7	<u>LITTERATURLISTE</u>	67
7.1	LITTERATUR	67
7.1.1	BØKER	67
7.1.2	ARTIKLER	68
7.1.3	DIGITAL TILGANG	68
7.2	LOVER OG FORSKRIFTER	69
7.2.1	NORGE	69
7.2.2	SVERIGE	69
7.2.3	DANMARK	69
7.2.4	FRANKRIKE	70
7.2.5	STORBRITANNIA	70
7.2.6	EU-DIREKTIVER	70
7.2.7	TRAKTATER/KONVENSJONER	70
7.3	FORARBEIDER	70
7.4	RETTSPRAKSIS	71
7.4.1	NORGE	71
7.4.1.1	Høyesterett	71
7.4.1.2	Lagmannsrettene	71

7.4.1.3	Tingrettene	71
7.4.2	SVERIGE	71
7.4.3	DANMARK	71
7.4.4	IRLAND	71
7.4.5	EF-DOMSTOLEN	71
7.4.6	EMD	72
7.5	BREV OG ANDRE DOKUMENTER	72
7.6	NETTSIDER	72

1 Innledning

1.1 Emne

Emnet for denne avhandlingen er fildeling. Med fildeling menes her deling av opphavsrettsbeskyttet innhold i digitale miljøer uten opphavsrettshaverens tillatelse, i hovedsak over internett. Målet med oppgaven er for det første å undersøke når fildeling er ulovlig fra et opphavsrettslig perspektiv, og hvilke parter i prosessen som i så fall gjør seg skyldige i opphavsrettskrenkelser. I denne sammenheng vil jeg også ta for meg spørsmålet om en internettleverandør hefter som medvirker til opphavsrettskrenkelser. For det andre vil jeg undersøke hvilke muligheter rettighetshaverne har til å håndheve sine opphavsrettigheter i digitale miljøer. Til slutt vil jeg se om det finnes alternativer til dagens regelverk som kan bidra til å gjøre håndhevelsen lettere.

1.2 Om opphavsrett

Opphavsretten er en del av immaterialretten, og derfor nært beslektet med rettsområder som patentretten, varemerkeretten og designretten. Felles for disse rettsområdene er at de beskytter det vi gjerne kaller ”åndelig produksjon” og omtales derfor også gjerne

som Åndsretten.¹ Karakteristisk for opphavsretten er at det ikke er et fysisk eksemplar av verket som er beskyttet, men selve den immaterielle frembringelsen. Dette reflekteres også av et av de grunnleggende vilkår for at noe kan regnes for å være et åndsverk slik det er formulert av Knoph, det må dreie seg om et "...uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side".²

Den første lov som beskyttet en opphavsmanns rettigheter, var Dronning Anne av Englands forfatterlov av 1709. Før denne tid var det kun boktrykkere som var beskyttet gjennom såkalte privilegier.³ Det virkelig store gjennombruddet kom imidlertid med den franske revolusjonen, som resulterte at først Frankrike, i 1791, og deretter øvrige land i Europa fikk vedtatt opphavsrettslover utover 1800-tallet. Dette gjaldt også i Norge, hvor vi i denne perioden fikk en rekke lover som beskyttet forskjellige aspekter ved opphavsretten. Denne utviklingen av opphavsmannens vern førte etterhvert til vedtakelsen av Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk i 1886, tiltrådt av Norge i 1896. Deretter kom Åndsverkloven av 1930, i stor grad Ragnar Knophs verk, som igjen ble avløst av vår nåværende åndsverklov i 1961.

Opphavsretten bygger på en rekke hensyn. Det som gjerne blir trukket frem er hensynet til rettferdighet eller rimelighet, det er ansett som rimelig og rettferdig at den som

¹ Knoph s. 1 flg.

² Knoph s. 64

³ Rognstad s. 20 flg.

skaper noe får eierskapet til dette.⁴ I samme gate finner vi det såkalte belønningssynspunktet, opphavsmannen har krav på kompensasjon for den innsats han har lagt ned. Videre kan man se opphavsretten som et utslag av den alminnelige retten til eiendom, en såkalt åndelig eiendomsrett. Gjennom de økonomiske enerettene som tilfaller opphavsmannen, søker åndsverkloven å være et incentiv for ny kulturell produksjon.⁵ På den annen side har loven enkelte bestemmelser som gjør innskrenkninger i enerettene, blant annet begrunnet i hensynet til allmenhetens tilgang til kulturen.⁶ Åndsverklovens regler bidrar til å balansere opphavsmannens rettigheter mot allmenhetens rett til kulturutnyttelse.

1.3 Avgrensninger/Forutsetninger

Avhandlingen omhandler digitale filer som er eksemplarer av opphavsrettslig beskyttede åndsverk. En forutsetning for drøftelsene i oppgaven er at det ikke foreligger noe samtykke fra rettighetshaveren til fildelingen. Det foregår helt klart også fildeling av lovlig materiale, men slik lovlig fildeling faller utenfor avhandlingens tema. Jeg vil i hovedsak forholde meg til fildeling av musikk- og filmverker, da det er fildeling av disse verkstypene som har fått mest oppmerksomhet i media og allmenheten forøvrig. En avgrensning til enkelte filtyper gjør også den språklige fremstillingen

⁴ Rognstad s. 31

⁵ Rognstad s. 32

⁶ Se lånereglene i åvl. kap. 2

enkler. Synspunktene som fremkommer vil imidlertid også ha relevans for andre verkstyper, som for eksempel bilder, bøker og dataprogrammer.

Jeg vil ikke behandle verkshøydekriteriet eller andre problemstillinger knyttet til spørsmålet om hva som er et åndsverk, og jeg vil heller ikke behandle spørsmålet om den opphavsrettslige stillingen til lenker i sin alminnelighet. Kun de sider ved lenking som har direkte betydning for avhandlingens tema vil bli omtalt. Av plasshensyn vil jeg heller ikke ta stilling til om nettsider eller programvareleverandører kan sies å medvirke til opphavsrettskrenkelser, drøftelsen omkring medvirkningsproblematikken er forbeholdt internettleverandørenes situasjon.

Nærstående rettigheter, for eksempel de rettighetene som tilfaller en fonogramprodusent etter åvl. § 45 eller en artist etter åvl. § 42, vil heller ikke bli behandlet direkte.

Imidlertid vil synspunktene som frekommer ha relevans også for disse rettigheter, idet disse nærstående rettighetene i stor utstrekning bygger på opphavsretten.

1.4 Rettskilder og metode

Denne avhandlingen er i all hovedsak en rettsdogmatisk fremstilling av norsk rett, åndsverkloven av 12. mai 1961 vil derfor være det naturlige utgangspunktet. I tillegg vil en rekke andre norske lover være sentrale i en eller flere deler av oppgaven. Etter

alminnelig juridisk metode vil også forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur tilknyttet de ulike rettsområdene bidra til å belyse spørsmålene som blir behandlet.

En utfordring med oppgavens tema er beskrivelsen av de tekniske og faktiske fenomener som ligger til grunn for en fildelingshandling. Dette er ikke juss, og juridisk metode er således ikke egnet for beskrivelse av slike tekniske fenomener. Generelt vil jeg tilstrebe et presisjonsnivå og nyanseringer som muliggjør de relevante rettslige analyser.⁷ Nedenfor under punkt 2 vil jeg forsøke å plassere hovedelementene i en fildelingshandling inn i tradisjonelle opphavsrettslige begreper.

Opphavsretten er videre et svært internasjonalisert rettsområde. For det første er åndsverkloven et resultat av et nordisk lovsamarbeid, slik at det på enkelte punkter vil være naturlig å trekke inn argumenter fra øvrig nordisk litteratur og praksis.⁸ Først og fremst vil det være aktuelt i forhold til spørsmål som i liten eller ingen grad er behandlet av norske domstoler, men det vil også være aktuelt å belyse eventuelle forskjeller mellom de forskjellige landenes regelverk.

Videre er opphavsretten regulert av flere internasjonale konvensjoner.

⁷ Såkalt analytisk-deskriptiv metode

⁸ Rognstad s. 41 flg.

Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk ble første gang forfattet i 1886, og har siden den gang gjennomgått en rekke revisjoner, sist i 1971. Konvensjonen er nært knyttet til World Copyright Treaty (WCT).⁹ Norge har enda ikke tiltrådt WCT, men da traktaten er grunnlaget for EF-direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet, som Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen, er Norge indirekte bundet av WCT.¹⁰

TRIPS-avtalen er en del av WTO-avtalen og stiller opp minimumskrav som har mange likhetstrekk med Bernkonvensjonen. Karakteristisk for TRIPS-avtalen er sanksjonsmulighetene som følger av WTO-avtalen, for eksempel handelsrestriksjoner.

Av særlig stor betydning er lovgivningen i EU. En rekke EU-direktiver omhandler forskjellige sider ved opphavsrett, digitale miljøer, e-handel og personvern. Gjennom EØS-avtalen er Norge bundet av mange av disse direktivene på lik linje med EU-land, og vi har derfor fått en lovgivning på dette rettsområdet som har mange likhetstrekk i hele Europa.

Slikt internasjonalt rettsstoff vil i noen grad trekkes inn i drøftelsene. I den grad det skulle skape særlige metodiske spørsmål, vil det bli kommentert underveis.

⁹ WCT artikkel 1
¹⁰ Rognstad s. 47

2 Fenomenet fildeling – teknisk bakteppe

2.1 Hva er fildeling?

Fildeling vil si at en som besitter digitale filer gjør disse filene tilgjengelig for andre, typisk gjennom internett. Formålet er gjerne at man ønsker å dele disse filene med andre brukere. Deling er et noe upresist uttrykk, da det ikke er noen egentlig deling som finner sted, men en kopiering. Fildeling er uansett et allment akseptert begrep.¹¹

Den første fildelingen skjedde ved hjelp av fysiske medier som for eksempel disketter, mens deling av filer på internett ble populært med fremveksten av internett på 90-tallet. Med utbredelsen av internett over hele verden har også fildelingen spredt seg i samme hastighet.¹² Den teknologiske utviklingen med stadig raskere internettlinjer og forbedret programvare har gjort deling av filer enklere. En rapport fra World Internet Institute i Sverige viser at 18% av den svenske befolkningen benyttet seg av fildelingstjenester i 2009, for aldersgruppen 16-25 år er tallet hele 49%.¹³ Det er ikke grunn til å tro at en tilsvarende undersøkelse i Norge vil gi et vesentlig forskjellig resultat.

En fildelingshandling på internett kan ha alt fra tre til flere tusen deltagere. De enkelte tekniske løsningene blir beskrevet nedenfor under punkt 2.2, jeg nøyer meg her med å

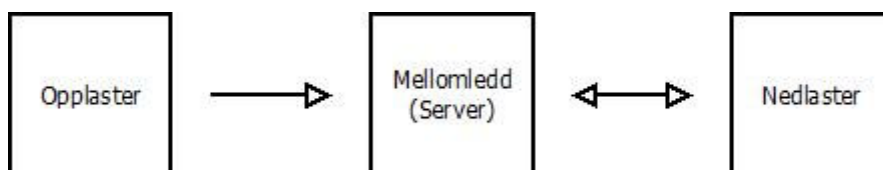
¹¹ Store norske leksikon

¹² http://en.wikipedia.org/wiki/File_sharing

¹³ http://www.wii.se/publicerat/rapporter/doc_download/78-svenskarna-och-internet-2009.html

definere tre roller som er sentrale i den videre fremstillingen: Opplaster, mellomledd og nedlaster.

Opplasteren er den personen som gjør et åndsverk tilgjengelig for andre på internett, mens nedlasteren er den som skaffer seg tilgang til verket gjennom opplasterens tilgjengeliggjøring, typisk ved å fremstille et eksemplar av verket på sin egen datamaskin. Denne prosessen blir muliggjort ved hjelp av et eller flere mellomledd, typisk en internettleverandør eller en sentralt plassert server. Figuren under viser en fildelingssituasjon i sin enkleste form. Opplasteren gjør en fil tilgjengelig på en server, nedlasteren kontakter serveren med en forespørsel om nedlasting av den aktuelle filen, filen blir deretter lastet ned til nedlasterens datamaskin. Sagt med åndsverklovens begreper er opplasteren i dette skjemaet den som gjør åndsverket tilgjengelig for allmenheten i strid med opphavsmannens eneretter i åvl. § 2, og nedlasteren er den som fremstiller eksemplar av åndsverket i strid med samme bestemmelse.



Det er vanskeligere å si noe generelt om mellomleddet, men som vi skal se av den videre fremstillingen er det i hovedsak en medvirkning til tilgjengeliggjøringen og eksemplarframstillingen som vil være mellomleddets bidrag til fildelingen.

Underveis i den videre fremstillingen vil jeg forsøke å plassere faktiske fenomener i kjente juridiske begreper som en integrert del av oppgaven for øvrig.

2.2 Teknologi

2.2.1 Internett¹⁴

2.2.1.1 Innledning

Internett er en verdensomspennende infrastruktur som muliggjør transport av elektronisk data. En rekke tjenester, som blant annet World Wide Web og E-mail, er avhengige av denne infrastrukturen for å kunne fungere. Tilblivelsen av internett startet på 1960-tallet som et forskningsprosjekt, formålet var først og fremst å muliggjøre kommunikasjon mellom universiteter og andre forskningsmiljøer ved hjelp av datamaskiner. Nettverket ble ikke veldig populært, men hadde allikevel en viss vekst utover 70-tallet. Den mest populære tjenesten var e-post. Norge var faktisk det første landet som knyttet seg til det såkalte ARPAnet i 1973, gjennom forsvarets forskningsinstitutt på Kjeller.

¹⁴ Kilden i dette avsnittet er i hovedsak Hannemyr s. 1 flg.

I 1990 begynte utviklingen å skyte fart, med fremveksten av World Wide Web (WWW) og deretter lanseringen av den første nettleseren i 1993. Det var først med WWW at internett sakte men sikkert ble allemannseie, nettet hadde nå langt flere bruksområder enn bare overføring av filer og e-post. I 2009 hadde 86% av norske husholdninger tilgang til internett.¹⁵

2.2.1.2 Teknologi

Internett er et globalt nettverk av datamaskiner som er koblet sammen på ulike måter, for eksempel trådløst eller ved hjelp av ledninger. Kommunikasjonen mellom disse datamaskinene foregår ved at informasjonene deles opp i nummererte ”datapakker” som sendes via nettverket og settes sammen igjen når alle pakkene har nådd frem til brukeren.¹⁶¹⁷ En internettbruker skaffer seg normalt tilgang til internett gjennom avtale med en internettleverandør (ISP).¹⁸ Leverandøren sørger for at brukeren får tilgang til den ønskede informasjonen gjennom sitt nettverk.

Alle maskiner som kobles til internett blir tildelt en såkalt IP-adresse.¹⁹²⁰ Denne adressen får vanlige brukere som oftest tildelt automatisk av internettleverandøren. For datamaskiner som er lagringsplass for en tjeneste, for eksempel en nettside, vil adressen

¹⁵ <http://www.ssb.no/ikt/>

¹⁶ Hannemyr s. 21

¹⁷ Internettstandarden betegnes som TCP/IP, se Hannemyr s. 48

¹⁸ Internet Service Provider

¹⁹ Hannemyr s. 49

²⁰ IP = Internet Protocol

på sin side være statisk. Gjennom det såkalte Domain Name System (DNS) kan IP-adresser knyttes til et såkalt domenenavn, som gjør kommunikasjonen enklere for brukerne.²¹ I skrivende tidspunkt er for eksempel adressen www.uib.no knyttet til IP-adressen 129.177.30.204.

2.2.2 Verdensveven (World Wide Web)

World Wide Web er kanskje den teknologien folk flest forbinder med internett. World Wide Web er basert på at filer tildeles en såkalt URL.²² En URL er en adresse til en bestemt fil som er tilgjengelig på internett, og består av en henvisning til et domenenavn, etterfulgt av adressen til den aktuelle filen som befinner seg på dette domenet.²³ Dersom disse filene inneholder en kode som kan tolkes av en nettleser, for eksempel HTML,²⁴ vil innholdet i filen vises i nettleseren som brukes. For andre typer filer, for eksempel en MP3-fil, vil filen i stedet lastes direkte ned på brukerens datamaskin og eventuelt åpnes i et egnet program

2.2.3 Peer-to-peer²⁵

Såkalt peer-to-peer, gjerne forkortet P2P, er den teknologien som først og fremst er knyttet til fenomenet fildeling i dag. Peer-to-peer kan enkelt oversettes med bruker-til-

²¹ Hannemyr s. 50

²² Uniform Resource Locator

²³ Hannemyr s. 55-56

²⁴ HyperText Markup Language, se f.eks. <http://www.w3.org/standards/webdesign/htmlcss> for mer informasjon

²⁵ Kilden i dette avsnittet er i hovedsak Bing 2008 s. 241 flg.

bruker,²⁶ og systemet fungerer slik at alle brukere kobler seg til samme nettverk, for deretter å kunne søke etter og laste ned filer direkte fra hverandres datamaskiner. Filene kan også lastes ned fra flere datamaskiner samtidig, noe som gjør overføringen mer effektiv. Den første generasjonen P2P-systemer var blant annet representert ved programmet Napster.²⁷ Karakteristisk for dette systemet var at det fantes en sentral tjenermaskin (server) som inneholdt informasjon om alle filer som brukerne av Napster delte med hverandre.

Andregenerasjons P2P-systemer er representert ved programmer som for eksempel Kazaa,²⁸ som bygger på det såkalte Gnutella-systemet. Forskjellen fra Napster er at i et Gnutella-nettverk finnes det ingen sentral tjenermaskin, slik at all kommunikasjon i nettverket skjer direkte mellom brukerne.

2.2.4 BitTorrent²⁹

BitTorrent-teknologien er også en form for peer-to-peer-system, men skiller seg fra de tradisjonelle variantene på flere måter. En som ønsker å dele en fil i et BitTorrent-system må først lage en såkalt torrent-fil som inneholder informasjon om filen han ønsker å dele. Denne filen, som er svært liten, kan så distribueres gjennom nettsider eller lignende. Ved å bruke et egnet program til å åpne torrent-filen, for eksempel

²⁶ Peer = likemann

²⁷ <http://en.wikipedia.org/wiki/Napster>

²⁸ <http://en.wikipedia.org/wiki/Kazaa>

²⁹ Bing 2008 s. 246 flg.

µTorrent,³⁰ vil brukerne få informasjon om hvilke andre brukere som tilbyr den samme filen. Deretter kan den lastes ned fra flere datamaskiner som ved annen P2P-teknologi. Det må understrekes at P2P-teknologi i seg selv ikke er ulovlig, teknologien brukes også i stor utstrekning til lovlig distribusjon av filer. Blant annet har NRK brukt teknologien til å tilby nedlasting av egenproduserte TV-programmer.³¹

3 Hvem krenker opphavsretten

3.1 Opphavsmannens eneretter

3.1.1 Innledning

For å kunne vurdere hvilke deltagere i en fildelingsprosess som krenker opphavsretten, må det først gjøres rede for hva det innebærer å ha opphavsrett til et åndsverk, nærmere bestemt hvilke rettigheter opphavsmannen har.

Utgangspunktet for opphavsretten er at ”Den som skaper et åndsverk har opphavsrett til verket”.³² Dette innebærer at opphavsretten oppstår i det øyeblikk åndsverket blir skapt, åndsverkloven har ingen krav om registrering slik tilfellet for eksempel er i

³⁰ <http://en.wikipedia.org/wiki/Utorrent>

³¹ <http://nrkbeta.no/bittorrent/>

³² åvl. § 1

patentretten.³³ Så lenge det som skapes er å regne som et åndsverk, får opphavsmannen automatisk en rekke eneretter knyttet til verket.³⁴ Disse enerettene kan grovt sett deles inn i de økonomiske rettighetene i åvl. § 2 og de ideelle rettighetene i åvl. § 3. Brudd på opphavsmannens rettigheter, både de økonomiske og de ideelle, er sanksjonert med både erstatnings- og straffeansvar samt inndragning.³⁵

3.1.2 De økonomiske enerettene

3.1.2.1 Innledning

Opphavsmannens økonomiske eneretter finner vi i åvl. § 2. Her slås det fast at opphavsmannen har eneretten til å råde over verket ved å fremstille eksemplarer, og ved å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten. Det er inngrep i disse rettighetene som kommer på spissen ved ulovlig fildeling. I de økonomiske enerettene ligger også at opphavsmannen kan nekte andre å utnytte verket, den såkalte forbudsretten, og videre at han eventuelt kan kreve vederlag for en utnyttelse av verket.³⁶ Denne utnyttelsen må avgrenses mot den bruk av et verk som medfører at nye og selvstendige åndsverk oppstår etter åvl. § 4.³⁷

³³ patl. § 1

³⁴ For en grundig gjennomgang av verksbegrepet og vilkårene for beskyttelse, se f.eks. Rognstad s. 75 flg.

³⁵ Se punkt 4.2

³⁶ Stray Vyrje, note 3

³⁷ For mer om dette, se Rognstad s. 133 flg.

3.1.2.2 Eksemplarfremstilling

For det første har altså rettighetshaveren eneretten til eksemplarfremstilling.

Bernkonvensjonens tilsvarende uttrykk er ”Right of reproduction”.³⁸ Dette innebærer at ingen kan lage nye eksemplarer av et eksisterende åndsverk uten rettighetshaverens samtykke. Eneretten gjelder etter åvl. § 2, første ledd, både ”varige” og ”midlertidige” eksemplarer. Et midlertidig eksemplar er typisk et eksemplar som fremstilles for å muliggjøre overføring i digitale miljøer.³⁹

Eksemplarfremstillingsbegrepet er teknologinøytralt.⁴⁰ Det innebærer at alle former for nye eksemplarer er omfattet av bestemmelsen, en fotokopi av en roman er likestilt med en digital kopi av samme roman. For denne avhandlingens vedkommende er det viktig å merke seg at overføring fra et fysisk medium til et digitalt medium også innebærer at det fremstilles et nytt eksemplar,⁴¹ typisk når en CD-plate kopieres til en datamaskin i MP3-format. I motsetning til hva som er tilfellet for retten til tilgjengeliggjøring, som behandles nedenfor, har ikke eksemplarfremstillingsretten noen begrensning som gjør at den bare gjelder ovenfor allmenheten eller utenfor det private området. Retten må imidlertid sees i sammenheng med retten til eksemplarfremstilling til privat bruk i åvl. § 12.⁴²

³⁸ Bernkonvensjonen artikkel 9

³⁹ Ot.prp. Nr. 46 (2004-2005) s. 16

⁴⁰ Rognstad s. 157

⁴¹ Åvl. § 2, andre ledd

⁴² Se punkt 3.2.2

3.1.2.3 Tilgjengeliggjøring til allmenheten

For det andre har opphavsmannen eneretten til å gjøre et åndsverk tilgjengelig for allmenheten. Etter åvl. § 2, tredje ledd, kan denne retten deles inn i a) spredningsretten, b) visningsretten og c) fremføringsretten. Etter sin ordlyd gjelder litra a) og b) kun for fysiske eksemplarer, jfr. ordet ”eksemplar”.⁴³ Fremføringsretten er derimot ikke knyttet spesielt til fysiske eksemplarer, og omfatter også det som en gjerne kaller indirekte fremføring - fremføring ved hjelp av tekniske hjelpemidler - for eksempel ved hjelp av en datamaskin.⁴⁴

Det følger videre av bestemmelsens fjerde ledd at overføring ”...i tråd eller trådløst til allmenheten...” også er å regne som en fremføring. Dette leddet er en direkte konsekvens av implementeringen av opphavsrettsdirektivets⁴⁵ artikkel 3(1) som slår fast at opphavsmannen har eneretten til såkalt ”...communication to the public...”. I Norge og Danmark valgte man å legge til det nevnte fjerde ledd,⁴⁶ mens en i svensk og finsk rett valgte å ta inn ordlyden ”...överförs til allmänheten...”⁴⁷ som en underkategori av eneretten til tilgjengeliggjøring i tillegg til spredning, visning og fremføring.

⁴³ Stray Vyrje, note 3

⁴⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 20

⁴⁵ Direktiv 2001/29/EF

⁴⁶ Åvl. § 2 og OHL. § 2

⁴⁷ Upphovsrättslagen § 2

Eneretten til fremføring går ikke tapt etter at verket er fremført for første gang. Retten gjelder all fremføring i løpet av verkets vernetid, i motsetning til sprednings- og visningsretten som er underlagt visse konsumpsjonsregler.⁴⁸

3.1.2.4 Innskrenkninger i eneretten

Åndsverkloven kapittel 2 slår fast enkelte innskrenkninger i opphavsmannens eneretter, for eksempel er det tillat å fremstille enkelte eksemplarer til privat bruk etter § 12. De innskrenkningene som har betydning for problematikken rundt fildeling vil bli behandlet på de punkter i oppgaven hvor dette anses hensiktsmessig.

3.1.3 De ideelle enerettene

I tillegg til de økonomiske enerettene i åvl. § 2, har opphavsmannen viktige ideelle rettigheter som følger av åvl. § 3, herunder retten til å bli navngitt i henhold til god skikk.

3.2 Nærmere om opplasterens handlemåte

3.2.1 Innledning

Med opplaster menes den som gjør en fil tilgjengelig på internett. Det kan grovt sett skje på tre forskjellige måter. En fil kan lastes opp på en server og dermed bli tilgjengelig for direkte nedlasting, eller filen kan gjøres tilgjengelig gjennom et peer-to-peer-nettverk eller gjøres tilgjengelig ved BitTorrent-teknologi. Det er utvilsomt at disse

⁴⁸ Se om dette Rognstad 2009 s. 186-187

handlingene objektivt sett innebærer at opplasteren deler filer med andre, spørsmålet er om opplasteren ved en eller flere av disse handlingene krenker opphavsretten til den som innehar rettighetene til det aktuelle åndsverket.

3.2.2 Hvorvidt opplasteren krenker eksemplarframstillingsretten

For det første kan det tenkes at opplasteren gjør inngrep i opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling.

En situasjon som er svært praktisk, er at en som eier en eller flere fysiske CD-plater ønsker å kopiere disse til sin datamaskin i digital form, for deretter å distribuere platen på internett. Som vi har sett ovenfor, innebærer digitaliseringen av CD-platen en eksemplarframstilling, da eksemplarbegrepet er teknologinøytralt. I utgangspunktet er altså opphavsretten krenket allerede på dette tidspunktet. Her er vi imidlertid i en situasjon som gjør innskrenkninger i opphavsmannens eneretter. Etter åvl. § 12 er det nemlig tillatt å fremstille enkelte eksemplarer til privat bruk, så fremt kopieringsgrunnlaget ikke er ulovlig.⁴⁹ Denne anledningen til å kopiere til privat bruk må sees i sammenheng med den avgrensningen som finnes i åvl. § 2 om tilgjengeliggjøring til ”allmenheten”.

Å kopiere en lovlig kjøpt CD-plate uten teknisk beskyttelsessystem til digitalt format er dermed fullt innenfor retten til privatkopiering i åvl. § 12 så lenge ”...det ikke skjer i

⁴⁹ Se Rieber-Mohn s. 27 flg.

ervervsøyemed”. Regelen kan blant annet begrunnes i hensynet til forbrukerne, det skal være mulig for en forbruker å nyttiggjøre seg av et lovlig ervervet åndsverk ved bruk av flere medier, for eksempel ved å kopiere en CD til en bærbar MP3-spiller.⁵⁰⁵¹

Bestemmelsen i åvl. § 12 kan imidlertid ikke påberopes i tilfeller hvor formålet med kopieringen ikke er kun privat bruk. Etter åvl. § 12 kan de digitale kopiene ”...ikke utnyttes i annet øyemed”. Dersom digitaliseringen er gjort i den hensikt å kunne gjøre filene tilgjengelig på internett, er vi dermed utenfor den situasjonen som reguleres av åvl. § 12, og eksemplarframstillingen må da anses for å være et inngrep i opphavsmannens eneretter etter åvl. § 2.

En annen situasjon hvor det kan bli spørsmål om eksemplarframstilling er når filene lastes opp på en server koblet til internett. Serveren vil i prinsippet være en annen datamaskin, så når en fil lastes opp fra opplasterens datamaskin til en server vil det oppstå et nytt eksemplar av filen på serveren.⁵² Som vi skal se nedenfor skal imidlertid en slik opplasting på en server også regnes som en tilgjengeliggjøring for allmenheten, nærmere bestemt en fremføring, såfremt serveren faktisk *er* tilgjengelig for allmenheten.⁵³

⁵⁰ Se Opphavsrettsdirektivet artikkel 5(2b)

⁵¹ Se også Rieber-Mohn s. 58 flg.

⁵² Torvund s. 426

⁵³ Om begrepet ”allmenheten”, se punkt 3.2.3.2

Dersom serveren ikke er tilgjengelig for allmenheten, typisk ved at tilgangen er passordbeskyttet, vil denne opplastingen naturligvis ikke medføre en tilgjengeliggjøring for allmenheten. Som en følge av at stadig større båndbredde blir tilgjengelig, har det blitt mer og mer aktuelt å benytte internettbaserte tjenester som lagringsplass.⁵⁴ Dersom en laster opp et lovlig eksemplar av et åndsverk til en slik lagringsplass som ikke er tilgjengelig for allmenheten, må det etter mitt syn være mest naturlig å ikke regne denne handlingen som en offentlig fremføring, et syn som også støttes av Rognstad.⁵⁵

3.2.3 Hvorvidt opplasteren krenker eneretten til å gjøre et verk tilgjengelig for allmenheten

3.2.3.1 Innledning

Krenkelse av eneretten til å gjøre et åndsverk tilgjengelig for allmenheten er langt mer praktisk i forbindelse med en ulovlig fildelingshandling sett fra opplasterens side, ettersom overføringer til allmenheten i digitale miljøer som nevnt skal klassifiseres som en tilgjengeliggjøring, nærmere bestemt en fremføring.

⁵⁴ F.eks. www.box.net

⁵⁵ Rognstad s. 236

3.2.3.2 Tilgjengeliggjøring ved fildeling

Distribusjon av åndsverk på internett er altså en fremføring i åndsverklovens forstand. Spørsmålet er om, og eventuelt når, fremføringen er et inngrep i opphavsrettshaverens eneretter. Det beror på om opplastingen medfører at åndsverket ”fremføres offentlig”.⁵⁶

Det rettslige innholdet av begrepet offentlig er identisk med uttrykket ”allmenheten” som brukes andre steder i paragrafen. Tidligere ble uttrykket ”utenfor privat område” benyttet, men de ulike begrepene medfører ingen realitetsforskjell.⁵⁷ I teorien viser en gjerne til ”Knophs maksime” som slår fast at det må være en viss nærhet og eksistere visse bånd mellom personene for at vilkåret skal være oppfylt.⁵⁸

I forhold til en fildelingssituasjonen vil uttrykket gjerne bli satt på spissen når en opplaster hevder at alle som hadde tilgang til filene han delte er å regne som hans venner. Dette var et av spørsmålene som ble behandlet av Oslo Tingrett i Direct Connect-dommen.⁵⁹ Tiltalte hadde driftet en rekke såkalte ”hubs”, noen av disse var tilgjengelig for en begrenset gruppe personer og han hevdet at disse var å regne som hans venner. Tingretten kom til at et internettbasert forhold ikke uten videre kunne avvises som vennskap, men at det i den konkrete saken ”...med enkelte unntak – ikke

⁵⁶ Åvl. § 2, tredje ledd litra c.

⁵⁷ Rognstad s. 188

⁵⁸ Knoph s. 89

⁵⁹ Rg. 2005 s. 1627

foreligger slike personlige bånd som må forutsettes foreligge for straffefri deling av filer.” Retten behandlet spørsmålet i forbindelse med eksemplarframstilling til privat bruk etter åvl. § 12, men argumentasjonen er aktuell også i forhold til offentlig fremføring etter § 2 som er temaet her.⁶⁰ Med mindre filer gjøres tilgjengelige for et svært begrenset antall personer som i tillegg har de tilstrekkelige nære bånd til opplasteren, kan det derfor ikke være tvil om at opplasterens rolle i en fildelingsprosess medfører at et åndsverk ”fremføres offentlig” etter åvl. § 2.

Dette må gjelde uavhengig av hvilken teknologi som blir benyttet: Både ved direkte opplasting til en server, ved vanlig peer-to-peer-teknologi og ved BitTorrent-teknologi vil opplasterens handlinger medføre at allmenheten får tilgang til åndsverket.

3.3 Nedlasteren

3.3.1 Innledning

Nedlasteren er i denne sammenhengen en person som enten laster en fil direkte ned fra en server, som laster ned en fil i et peer-to-peer-nettverk eller med BitTorrent-teknologi. Nedlasting fra server vil skje ved at vedkommende enten trykker på en link på en nettside eller søkemotor, eller ved at en adresse skrives direkte inn i en nettlesers adressefelt dersom denne er kjent fra før. I et peer-to-peer-nettverk vil nedlastingen skje ved at nedlasteren gjennom et søk i sin programvare finner frem til andre brukere som

⁶⁰ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 31

tilbyr en aktuell fil. Deretter blir filen lastet ned fra en eller flere av disse brukerne. Det samme er tilfellet ved BitTorrent-teknologi, men her må selve torrentfilen først fremskaffes, typisk gjennom en søkemotor eller nettside dedikert til denne type filer.⁶¹ BitTorrent-teknologien medfører også at en som laster ned deler en fil samtidig laster opp andre deler av den samme filen til andre brukere. Dermed vil en som laster ned en fil ved hjelp av BitTorrent-teknologi alltid gjøre den samme filen tilgjengelig for allmenheten.⁶²

3.3.2 Om nedlasterens eksemplarfremstilling

Det er inngrep i eksemplarfremstillingsretten som i hovedsak er aktuelt på nedlasterens side i en fildelingsprosess. Situasjonen er den at en opplaster har gjort en fil tilgjengelig på internett, og nedlasteren velger å laste denne ned på sin egen datamaskin. Det skapes dermed et nytt eksemplar av filen på nedlasterens maskin. Som vist over er det et viktig unntak fra opphavsmannens eneretter at det er tillatt å fremstille enkelte eksemplarer til privat bruk etter åvl. § 12. Imidlertid følger det av bestemmelsens femte ledd at det ikke er tillatt å fremstille slike eksemplarer dersom kopieringsgrunnlaget er blitt til i strid med åvl. § 2. Dette er typisk tilfellet hvor nedlasterens eksemplarfremstilling skjer med grunnlag i et eksemplar som er gjort tilgjengelig i strid på opphavsmannens eneretter. Med mindre kopieringsgrunnlaget er lovlig etter åvl. § 2, jfr. § 12 vil altså nedlasterens eksemplarfremstilling være i strid med opphavsmannens eneretter etter åvl. § 2.

⁶¹ Som for eksempel den kjente siden www.piratebay.org

⁶² Tilgjengeliggjøring er behandlet under punkt 3.2.3.

Enkelte fildelingsprogrammer gjør at nedlasteren også kan få stilling som opplaster, og dermed potensielt krenke tilgjengeliggjøringsretten. I det et eksemplar av filen er fremstilt på nedlasterens datamaskin, kan nemlig andre brukere av samme fildelingsnettverk laste filen ned derfra. Den enkelte bruker kan unngå at dette skjer, men dette krever som oftest at brukeren aktivt endrer innstillinger i sin programvare.

3.4 Internettleverandøren

3.4.1 Innledning – internettleverandørens funksjon

Internett er basert på at de som ønsker å benytte seg av internett, gjør dette ved å abonnere på tjenesten hos en leverandør (ISP).⁶³ Når en bruker benytter seg av forskjellige internettjenester, gjøres dette ved at brukeren kommuniserer med internettleverandørens datamaskiner – som igjen formidler de tjenester brukeren ønsker å benytte. Mot denne bakgrunn kan det derfor raskt konkluderes med at ingen fildelingshandlinger, lovlige eller ulovlige, er mulige å gjennomføre uten at en internettleverandør objektivt sett tar del i overføringene. Alle handlinger på opplaster eller nedlasters side vil nødvendigvis måtte gå via internettleverandørens datamaskiner.

Dette medfører for det første at digitale eksemplarer av alle filer som leverandørens kunder har befordring med på internett, blir fremstilt på leverandørens servere. Dette er

⁶³ Internet Service Provider

en forutsetning for at internett skal fungere. For det andre medfører det at internettleverandøren, ved å stille infrastruktur til rådighet, er en nødvendig betingelse for at opplastere eller nedlastere skal kunne ta del i en fildelingsprosess, noe som objektivt sett må kunne regnes som en fysisk medvirkning.

I det følgende vil jeg først behandle den midlertidige eksemplarframstillingen på internettleverandørens datamaskiner, deretter vil jeg ta for meg spørsmålet om leveransen av digital infrastruktur er å regne som en strafferettslig eller erstatningsrettslig medvirkning til ulovlig fildeling. Jeg legger til grunn at internettleverandøren aldri vil være den aktive part i fildelingen, selv om det selvfølgelig kan tenkes teoretiske unntak.

3.4.2 Midlertidig eksemplarframstilling

Når en internettabonnet besøker en nettside, blir kopier av filene som representerer nettsiden først fremstilt på internettleverandørens datamaskiner, deretter fremstilles de samme filene på abonnentens datamaskin. Lagringen på leverandørens tjenermaskiner representerer en midlertidig eksemplarframstilling.⁶⁴ Slik eksemplarframstilling er i utgangspunktet også omfattet av rettighetshaverens eneretter etter åvl. § 2, bestemmelsen nevner uttrykkelig ”midlertidig eksemplar”.

⁶⁴ Bing 2008 s. 212

Blant annet for at internettleverandører ikke skal pådra seg straffe- og erstatningsansvar ved å tilby internettjenester, har vi fått bestemmelsen i åvl. § 11a etter modell av opphavsrettsdirektivet artikkel 5.1.⁶⁵ Dersom vi ser disse to bestemmelsens i sammenheng kan vi slå fast at ”tilfeldig eller forbigående” eksemplarframstilling som utgjør en ”integrrert og vesentlig del av en teknisk prosess”, er unntatt fra enerettene så fremt formålet er å muliggjøre ”lovlig bruk av et verk” eller en overføring ”på vegne av tredjeparter”. For vårt vedkommende er det overføring på vegne av tredjeparter som er det sentrale vilkåret. Dette vil typisk kunne være en overføring av en MP3-fil mellom to personer i et peer-to-peer-nettverk. Når internettleverandøren fremstiller et midlertidig eksemplar av filen som et ledd i denne overføringen, er den alltid ansvarsfri, da en slik overføring nettopp er i kjernen av det direktivet og åndsverksloven retter seg mot. Det skal bemerkes at i dansk rett forutsetter også denne type eksemplarframstilling at kopieringsgrunnlaget er lovlig, mens dette ikke er tilfelle i norsk rett.⁶⁶

Åndsverklovens bestemmelse om midlertidig eksemplarframstilling i § 11a må sees i sammenheng med ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven. Bestemmelsene i denne loven har også betydning for internettleverandørens eventuelle medvirkningsansvar.

⁶⁵ Se Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 16-17

⁶⁶ OHL. § 11a

3.4.3 Ehandelslovens regler om ansvarsfritak

3.4.3.1 Innledning

Ehandelsloven trådte i kraft i 2003, og er basert på ehandelsdirektivet.⁶⁷ Loven ble til i tett samarbeid med de andre nordiske landene for å sikre enhetlig lovgivning på et rettsområde som er svært internasjonalt. De aktuelle reglene om ansvarsfritak som behandles nedenfor var i første omgang ikke med i loven, men kom til ved en lovendring i 2004.

For denne avhandlingens vedkommende merker vi oss at loven etter § 1 i tillegg til å gjelde elektronisk handel, også omhandler ”informasjonssamfunnstjenester”. Begrepet informasjonssamfunnstjeneste er definert i andre ledd, hvor det slås fast at det omfatter alle tjenester som ”vanligvis ytes mot vederlag og som formidles elektronisk” etter litra a, eller som gir tilgang til, formidler eller er vertskap for slike ytelser etter litra b. En internettilgang vil typisk falle inn under definisjonen i § 1 andre ledd litra b, noe som også er uttrykkelig nevnt i forarbeidene.⁶⁸ Videre følger det av definisjonen i ehl. § 3 at en internettleverandør må regnes som en ”tjenesteyter”, da leverandøren nettopp tilbyr en informasjonstjeneste, internett.

⁶⁷ Direktiv 2000/31/EF

⁶⁸ Ot.prp. nr. 31 (2002-2003) s. 55

Utgangspunktet for en tjenesteyters ansvar er etter ehl. § 15 at alminnelige regler om straffeansvar og erstatningsansvar kommer til anvendelse hvis ikke annet følger av unntakene i ehandelsloven. Som vi skal se er imidlertid unntakene svært vidtgående, og omhandler tre situasjoner som en internettleverandør kan komme opp i; formidling av overførings-/tilgangstjenester, mellomlagringstjenester og alminnelige lagringstjenester.

3.4.3.2 Ren videreformidling

Ehandelsloven § 16 fritar en tjenesteyter fra både straffeansvar og erstatningsansvar som eventuelt kunne inntre på grunn av formidling av overførings-/tilgangstjenester, såkalt ren videreformidling eller ”mere conduit”.⁶⁹ Et typisk eksempel på en slik tjeneste er en alminnelig tilgang til internett.⁷⁰ Vilkårene for ansvarsfritak følger videre i bestemmelsen; overføringene må ikke starte hos tjenesteyteren, tjenesteyteren må ikke selv velge mottakeren av overføringen og tjenesteyteren kan ikke selv bestemme eller endre innholdet i informasjonen som overføres. Kort sagt må tjenesteyteren kun opptre som mellomledd.⁷¹ Dersom en MP3-fil overføres i et peer-to-peer-nettverk, ved BitTorrent-teknologi eller lastes direkte ned fra en server ved hjelp av internettleverandørens datamaskiner, er leverandøren derfor ansvarsfri så lenge den ikke selv velger mottakeren av filen, innholdet av filen eller selv tar initiativ til overføringen.

⁶⁹ Ehandelsdirektivet art. 12

⁷⁰ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 7

⁷¹ Bing 2008 s. 212

I ehl. § 16 andre ledd følger videre en bestemmelse som i store trekk tilsvarende den allerede omtalte bestemmelsen om midlertidig eksemplarframstilling i åvl. § 11a, da det slås fast at den type framstilling som er nødvendig for å gjennomføre de tekniske prosessene forbundet med internett også regnes som overførings-/tilgangstjenester etter første ledd, og medfører dermed også fritak fra eventuelt ansvar. Det vil neppe oppstå situasjoner hvor ikke begge disse bestemmelsene kan brukes ved siden av hverandre.⁷²

3.4.3.3 Mellomlagring

Ehandelsloven § 17 omhandler såkalt mellomlagring eller ”caching”.⁷³ I følge forarbeidene foregår caching på tre forskjellige måter;⁷⁴ Servercaching, minnescaching og klientcaching. Servercaching vil si at populære nettsider med mange besøk blir lagret lokalt på internettleverandørens servere, såkalte proxyservere. Formålet med en slik lagring er å effektivisere internettbruken til abonnentene ved at brukeren kommuniserer med en server som ligger nærmere sin egen datamaskin.⁷⁵ Slik lagring medfører også ansvarsfrihet for internettleverandøren. De to andre typene mellomlagring, klientcaching og minnescaching, reguleres ikke av loven.⁷⁶ Denne typen mellomlagring er imidlertid av en slik forbigående karakter at de reguleres av åvl. § 11a, og medfører altså heller ikke ansvar.

⁷² Bing 2008 s. 218

⁷³ Ehandelsdirektivet art. 13

⁷⁴ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 7

⁷⁵ Bing 2008 s. 219 flg.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 7

Det er etter ehl. § 17 en forutsetning for ansvarsfrihet at leverandøren ikke selv bestemmer hvilken informasjon som lagres, og at lagringen har en passiv karakter som bare tjener til å effektivisere internettbruken. Videre er det etter andre ledd et krav om at tilgangen til den lagrede informasjonen fjernes uten ugrunnet opphold, dersom tjenesteyteren får kjennskap om at tilgangen til de aktuelle filene er sperret eller det er fattet vedtak om slik sperring, eventuelt om filene er fjernet fra internett. Typisk vil denne situasjonen kunne oppstå dersom det oppdages at ulovlige eksemplarer av et åndsverk er lagret på en server på internett, og det blir gjort vedtak av en domstol eller forvaltningsmyndighet om at tilgangen til den aktuelle filen skal sperres.

3.4.3.4 Lagringstjenester

Den siste tjenesten som omhandles av fritaksbestemmelsen er såkalt lagring eller ”hosting”⁷⁷ etter ehl. § 18. Dette vil typisk være en tjeneste som gir abonnentene tilgang til lagringsplass på en av internettleverandørens servere, for eksempel for å lagre en privat hjemmeside.⁷⁸ Dersom en abonnent bruker denne lagringsplassen til å lagre ulovlig materiale, for eksempel et åndsverk, kan tjenesteyteren bare straffes dersom han har utvist forsett, eventuelt grov uaktsomhet hvis det kun er snakk om en erstatningssak.

⁷⁷ Ehandelsdirektivet artikkel 14

⁷⁸ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 8

Ordlyden er ikke helt i overenstemmelse med ordlyden i ehandelsdirektivet som omhandler skyldkravet som henholdsvis ”actual knowledge” og ”knowledge”.⁷⁹ Begrepene forsett og grov uaktsomhet ble valgt da dette er innarbeidede begreper i straffe- og erstatningsretten, i motsetning til ordvalget i direktivet. Det er imidlertid forutsatt i forarbeidene at begrepene må tolkes i lys av den aktuelle bestemmelsen i direktivet.⁸⁰ Dersom en tjenesteyter får kjennskap til at et ulovlig eksemplar av et åndsverk er lagret på en slik server, foreligger det derfor i utgangspunktet forsett. Etter andre ledd kan han imidlertid unngå straffansvar dersom den ulovlige informasjonen fjernes eller sperres uten ugrunnet opphold så snart han har kunnskap om rettighetskrenkelsene.

4 Håndheving av opphavsrettigheter ved ulovlig fildeling

4.1 Innledning

I et miljø som er så anonymt og har så stor geografisk spennvidde som internett, er det ofte vanskelig, om ikke umulig, for en rettighetshaver å vite hvem som står bak en ulovlig fildeling. Dette kan både være en konsekvens av lovverk som vanskeliggjør tilgangen til bevis, og en konsekvens av at rettslig forfølgelse medfører uforholdsmessig

⁷⁹ Ehandelsdirektivet artikkel 14

⁸⁰ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 23 flg.

ressursbruk. I denne delen av oppgaven vil jeg se på hvilke muligheter opphavsmannen har til å håndheve sine opphavsrettigheter i digitale miljøer og hvilke utfordringer som er forbundet med dette.

4.2 Sanksjoner ved brudd på opphavsretten

4.2.1 Innledning

Det er tre aktuelle sanksjoner ved brudd på åndsverkloven: Straff, erstatning og inndragning. Hjemmelen for disse finner vi i åvl. kapittel 7.

4.2.2 Straff

4.2.2.1 Generelt

Åndsverklovens hjemmel for straff finner vi i § 54. Det følger av denne bestemmelsen at straff kan idømmes både for brudd på de rettighetene som tilfaller opphavsmannen og de som tilfaller innehavere av nærstående rettigheter. Dette innebærer typisk at den som uten rettighetshaverens samtykke fremstiller eksemplarer av åndsverk eller gjør et åndsverk tilgjengelig for allmenheten, kan straffes etter åvl. § 54 jfr. § 2. En rekke andre bestemmelser er også sanksjonert med straff, men det faller utenfor oppgavens tema å gå nærmere inn på disse. Grunnvilkårene for straff er imidlertid de samme uavhengig av hvilken rettighet som krenkes.

4.2.2.2 Skyldkravet

Etter åvl. § 54, første ledd er skyldkravet forsett eller grov uaktsomhet. Forsett er det alminnelige skyldkravet i straffeloven,⁸¹ og en opererer gjerne med tre forskjellige forsettsbegreper. For det første er det forsett når det er gjerningsmannens hensikt å overtre det aktuelle straffebudet, for det andre er det forsett når overtredelsen fremstår som en sannsynlig konsekvens av gjerningsmannens handling og for det tredje når gjerningsmannen har godtatt følgen av handlingen i sin bevissthet.⁸² Grov uaktsomhet vil på sin side foreligge når gjerningsmannen handler på en måte som kan sies å være ”kvalifisert klanderverdig”.⁸³ Det er viktig å merke seg bestemmelsen i åvl. § 54 andre ledd som slår fast at forbrudd på bestemmelsen om eksemplarframstilling til privat bruk i § 12 fjerde ledd, er det kun forsettlige handlinger som er ilagt straff.

4.2.2.3 Medvirkning

Det følger av åvl. §54 tredje ledd at for inngrep i rettighetshaverens eneretter, jfr. litra a og b, er det også straffbart å medvirke til straffbare handlinger. Dette medfører i praksis at straffebestemmelsen får et noe bredere nedslagsfelt, ved at handlinger som ikke i utgangspunktet omfattes av den egentlige gjerningsbeskrivelse også blir ilagt

⁸¹ Strl. § 40

⁸² Andenæs s. 232 flg.

⁸³ Mæland s. 132

straffesanksjoner.⁸⁴ Straffbar medvirkning kan grovt sett deles inn i tre typer handlinger: fysisk medvirkning, psykisk medvirkning og passiv medvirkning.

Til tross for åndsverklovens klokkeklare straffebestemmelse, er det påfallende få opphavsrettssaker som resulterer i straff. I 2008 ble det for eksempel kun idømt straff i én sak om opphavsrett.⁸⁵

4.2.3 Erstatning

Åndsverklovens erstatningsbestemmelse finner vi i § 55. Bestemmelsen viser til § 54, noe som innebærer at alle opphavsrettskrenkelsker som er straffesanksjonerte, også kan medføre erstatningsplikt. Hovedregelen er at erstatning kan kreves etter alminnelige erstatningsregler, det vil si det generelle skyldansvaret eller culpaansvaret i erstatningsretten.⁸⁶ Skyldkravet har i så måte mange likhetstrekk med skyldkravet i straffebestemmelsen, men det er sikker rett at det kun kreves simpel uaktsomhet for at erstatningsplikt skal inntre. En skiller ikke mellom grov uaktsomhet, simpel uaktsomhet og forsett, det er tilsrekkelig med en vurdering av om skadevolder burde handlet annerledes. Dersom dette må besvares bekreftende, foreligger det erstatningsansvar.⁸⁷

⁸⁴ Matningsdal s. 357

⁸⁵ Ljostad s. 581

⁸⁶ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 110

⁸⁷ For en gjennomgang av culpaansvaret i erstatningsretten, se f.eks. Nygaard s. 170 flg.

I tillegg til skyldkravet, må de øvrige vilkårene for erstatning være oppfylt; det må foreligge et økonomisk tap, det må være årsakssammenheng mellom tapet og forsettet/uaktsomheten og det må foreligge adekvans.

I erstatningsretten har man ikke noen egen lære om medvirkning. Det er imidlertid sikker rett at også medvirkning til opphavsrettskrenkelser kan medføre erstatningsansvar. Dette følger både av henvisningen til åndsverklovens straffebestemmelse, men også etter alminnelige erstatningsregler hvor medvirkning bedømmes etter det alminnelige culpaansvaret. Dersom medvirkeren har utvist tilstrekkelig skyld og det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng og adekvans, kan han idømmes erstatningsansvar.

Utgangspunktet ved erstatningsutmålingen er at skadelidte skal ha erstattet det tapet han har hatt. I immaterialretten sier en gjerne at erstatningen utmåles etter vederlagsprinsippet.⁸⁸ Den som bruker en annens eiendom med kjennskap om at bruken ikke er lovlig, må betale vederlag for bruken. I Napster.no-dommen,⁸⁹ hvor Høyesterett sluttet seg til tingrettens erstatningsutmåling, ble ikke prinsippet fulgt fullt ut. Erstatningen ble her satt til et skjønnsmessig beløp. Begrunnelsen var at det ikke med sikkerhet kunne slås fast hvor mange nedlastinger som var foretatt ved bruk av nettsiden, og en kunne heller ikke legge til grunn at alle som lastet ned et ulovlig

⁸⁸ Rognstad s. 403, se også Rt. 2009 s. 1568

⁸⁹ Rt. 2005 s. 41

eksemplarer av filen medførte et tapt platesalg. I Rt. 2009 s. 1568, som omhandlet retten til fotografisk bilde, kom Høyesterett imidlertid til at det ulovfestede vederlagsprinsippet gjelder, og at vederlaget skal settes til det som fremstår som rimelig. Det er derfor sikkert at vederlagsprinsippet gjelder i norsk rett.

I alle tilfelle kan erstatningen lempes etter alminnelig erstatningsrett, særlig aktuell er bestemmelsen i skadeserstatningsloven § 5-2.⁹⁰

4.2.4 Inndragning

Etter åvl. § 56 kan det også idømmes inndragning av ulovlige fremstilte eksemplarer eller utstyr som "...utelukkende kan tjene til ulovlig fremstilling eller bruk av verket". Denne bestemmelsen er ikke særlig praktisk i forhold til ulovlig fildeling, da inndragning av digitalt fremstilte eksemplarer ikke er en aktuell sanksjon. Digitale filer kan ikke "inndras", kun kopieres eller tilintegjøres. Datautstyr brukt i en fildelingshandling vil heller ikke kunne sies å "utelukkende" tjene til slike handlinger.⁹¹ Mer praktisk er bestemmelsens andre ledd som gir fornærmede en rett til å kreve at de ulovlige fremstilte eksemplarer blir tilintegjort.

⁹⁰ Bestemmelsen ble f.eks. brukt i Rt. 2005 s. 41 og TFRED-2006-177576, som begge omhandlet ulovlig fildeling

⁹¹ Rognstad s. 398

4.3 Forfølgelse av den enkelte rettighetskrenker

4.3.1 Innledning

For å begjære påtale eller gå til sivil sak mot en person som bedriver ulovlig fildeling, er rettighetshaverne avhengige av å kunne innhente bevis. I et så anonymisert miljø som internett er, vil dette i de fleste tilfeller være en vanskelig prosess. Datatrafikk på internett er en anonym prosess, internettbrukere er kun identifisert gjennom en IP-adresse. Denne adressen tildeles i utgangspunktet automatisk av internettleverandøren, og det er således kun denne som i utgangspunkt har mulighet til å skaffe informasjon om identiteten til personen bak en IP-adresse. I det følgende skal jeg se på hvilke muligheter rettighetshaverne har til å selv skaffe seg slik informasjon.

Når bevis først er innhentet, vil håndhevelsen bestå i saksanlegg mot den aktuelle fildeleren. Dette vil skje etter alminnelige prosessregler og reiser ikke særlige problemer.

4.3.2 Om ISPens behandling av IP-adresser og mulighetene for tilgang til informasjon om rettighetskrenkere

En IP-adresse er i utgangspunktet å regne som en personopplysning etter personopplysningsloven § 2, da det utvilsomt dreier seg om en opplysning ”...som kan knyttes til en enkeltperson”. Unntak kan tenkes for en adresse knyttet til en datamaskin

som brukes av mange personer,⁹² for eksempel en datamaskin plassert i et bibliotek. Som hovedregel kan vi imidlertid regne IP-adressen som en personopplysning, og de fleste som bedriver ulovlig fildeling vil nok også gjøre dette fra private datamaskiner.

At vi har å gjøre med en personopplysning i juridisk forstand, medfører videre at behandlingen av IP-adresser er underlagt sterke begrensninger av hensyn til personvernet. Formålet med personopplysningsloven er å beskytte enkeltpersoner mot at "...personvernet blir krenket ved behandling av en personopplysninger".⁹³ De nærmere vilkårene for å kunne behandle personopplysninger finner vi i popplyl. § 8. Med behandling menes her for eksempel loggføring eller annen lagring.⁹⁴ Det mest praktiske tilfellet i forhold til internettleverandører og IP-adresser er loggføring av adressene og identiteten til personene bak adressen.⁹⁵ Hovedregelen er at det kreves samtykke fra den personen som er registrert eller hjemmel i lov for at slik behandling av en personopplysning skal være tillat, med mindre behandlingen er nødvendig etter de alternative vilkårene i litra a til f. Samtykke er ikke spesielt praktisk for vårt formål, og aktuell lovhjemmel finnes heller ikke. Ingen av de alternative vilkårene i litra a til f kan heller sies å være oppfylt, slik at hovedregelen helt klart er at internettleverandører ikke har lov til å behandle personopplysninger.

⁹² Schartum note 3

⁹³ jfr. popplyl. § 1

⁹⁴ jfr. popplyl. § 2(2)

⁹⁵ Slik praksis blant annet har vært hos advokatfirmaet Simonsen DA, se www.ansvarliginternett.no

For sensitive personopplysninger er det et krav om konsesjonsplikt for behandling etter popplyl. § 33. Det følger videre av bestemmelsen at Datatilsynet kan bestemme at det skal gjelde konsesjonsplikt også for andre typer personopplysninger. Slik konsesjonsplikt gjelder nettopp for personopplysninger i telesektoren etter personopplysningsforskriften § 7-1. I praksis blir det gitt konsesjon til lagring av IP-adresser for faktureringsformål, slik at internettleverandører som hovedregel har tillatelse til å behandle personopplysninger i form av IP-adresser.⁹⁶ Nærmere regler om denne behandlingen er gitt i ekomloven.

Etter ekoml. § 2-7 skal trafikkdata slettes med en gang de ikke lenger er nødvendige for ”kommunikasjons- eller faktureringsformål”, og det følger videre av ekomforskriften § 7-1 at det kun er en begrenset krets av personer som har lov til å arbeide med denne behandlingen av personopplysninger. I brev av 13. mai 2009 fra Datatilsynet til IKT Norge slås det fast at opplysningene kan lagres inntil tre uker. Videre er det sentralt at internettleverandøren har taushetsplikt om innholdet i denne kommunikasjonen etter ekoml. § 2-9. Etter første ledd har internettleverandøren taushetsplikt om ”...innholdet av elektronisk kommunikasjon og andres bruk av elektronisk kommunikasjon”. De skal videre sørge for at ingen får tilgang til denne informasjonen, og har etter lovens ordlyd heller ikke lov til å bruke informasjonen hverken i egen eller andres virksomhet.

⁹⁶ Dette er forutsatt i brev fra Datatilsynet itl IKT-Norge av 13. mai 2009 vedrørende lagring av IP-adresse og abonnement, tilgang:
<http://www.datatilsynet.no/upload/tilsynsrapporter/2008/Microsoft%20Word%20-%202009-00699-1%20Lagring%20av%20IP-adresse%20og%20abonnement.pdf>

Det følger videre av ekoml. §2-9 tredje ledd at taushetsplikten ikke er til hinder for at enkelte opplysninger kan utleveres til politi eller påtalemyndighet. For vårt vedkommende er det sentralt at det kan gis opplysninger om ”elektronisk kommunikasjonsadresse”, noe som typisk omfatter IP-adresser.⁹⁷ Det er videre slått fast av Høyesterett i Rt. 1999 s. 1944 at politiet også har anledning til å få utlevert navn og kontaktinformasjon på personen som er tilknyttet adressen, så sant nøyaktig IP-adresse og tidspunkt for den ulovlige bruken kan presiseres. Avgjørelsen gjelder den tidligere loven, teleloven, men må anses for å være gjeldende rett også etter ekomloven.⁹⁸

For ordens skyld gjør jeg også oppmerksom på at politi og påtalemyndighet hadde hatt mulighet til å få tak i denne informasjonen også uten unntaket fra taushetsplikten i ekoml. § 2-9. Informasjonen måtte da bli fremskaffet med hjemmel i straffeprosessloven.

Etter strpl. § 118 kan ikke retten ”...ta i mot forklaring fra et vitne som vitnet ikke kan gi uten å krenke lovbestemt taushetsplikt...” som han er pålagt som følge av jobb for leverandør som tilbyr tilgang til et elektronisk kommunikasjonsnett, altså typisk en ISP. Utgangspunktet er altså at informasjon om hvilken datamaskin som knytter seg til en gitt IP-adresse ikke kan være del av en forklaring i retten. Det er sikker rett at

⁹⁷ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 93

⁹⁸ Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) s. 93

denne bestemmelsen også gjelder fremleggelse av dokumenter som gir denne informasjonen.⁹⁹ Imidlertid kan rette departement samtykke i at forklaringen allikevel kan godtas. For ekomlovens vedkommende er denne kompetansen delegert til Post- og Teletilsynet. Påtalemyndigheten kan dermed anmode Post- og Teletilsynet om å frita et vitne fra slik taushetsplikt i den enkelte sak. Nærmere retningslinjer for slik anmodning har tilsynet gitt på sine nettsider.¹⁰⁰

4.3.3 Private aktørers tilgang til bevis

Dersom rettighetshaverne ønsker å gå til sivil sak mot en lovovertreder, for eksempel en erstatningssak, er det selvfølgelig også nødvendig å kjenne identiteten til vedkommende. Som regel vil dette måtte gjøres etter reglene om bevissikring utenfor rettssak i tvl. § 28-2. Det er to hovedvilkår for å kunne fremme en begjæring om bevissikring. For det første må beviset som søkes sikret kunne "...få betydning i en tvist..." og den som fremsetter begjæringen "...vil kunne bli part eller partshjelper...". Begjæringen vil i praksis bli fremsatt av rettighetshaveren eller dennes advokat, og det er utvilsomt at lovovertrederens identitet vil kunne få betydning i en tvist, disse vilkårene vil derfor som regel være oppfylt.

⁹⁹ Hustad note 715
¹⁰⁰

4.3.4 Private aktørers behandling av IP-adresser

Privatpersoner har i utgangspunktet ikke lov til å lagre informasjon om IP-adresser etter popplyl. § 8 med mindre det foreligger et samtykke, da dette vil være en behandling av personopplysninger, slikt samtykke vil neppe være praktisk. For internettleverandørene blir slik tillatelse som nevnt gitt ved konsesjon fra datatilsynet, dermed må det også gjelde en konsesjonsplikt for andre som ønsker å behandle personopplysninger i form av IP-adresser.

Slik konsesjon ble gitt advokatfirmaet Simonsen i et vedtak av november 2006, konsesjonen ble senere fornyet.¹⁰¹ Konsesjonen gjaldt behandling av IP-adresser, og Simonsen hadde dermed blant annet anledning til å overvåke nettrafikk og loggføre hvilke IP-adresser som deltok i forskjellige handlinger som et ledd i sitt antipiratarbeid.¹⁰² Dette førte blant annet til at firmaet, som representant for filmbransjen i Norge, anmeldte en ukjent innehaver av en IP-adresse som hadde gjort den norske filmen Max Manus tilgjengelig på internett. Politiet henla imidlertid saken, og filmbransjen gikk da til retten for å få den aktuelle internettleverandøren, Lyse, til å utlevere identiteten til innehaveren av den aktuelle IP-adressen med hjemmel i reglene om bevissikring.

¹⁰¹ Ved brev av 6. juni 2008, tilgang:

<http://www.datatilsynet.no/upload/Dokumenter/saker/2008/forlengelse%20simonsen.pdf>

¹⁰² Se <http://www.ansvarliginternett.no>

Post- og Teletilsynet fritok Lyse fra sin lovpålagte taushetsplikt etter forespørsel fra saksøkeren,¹⁰³ men avgjørelsens innhold er ikke kjent da denne er holdt hemmelig med hjemmel i tvisteloven § 28-3(4).¹⁰⁴

Simonsens konsesjon til å behandle personopplysninger gikk ut 1. juni 2009, og søknaden om forlengelse ble ikke fornyet. Begrunnelsen for avslaget var manglende politisk avklaring i forhold til hvilke virkemidler som skal være tilgjengelige for rettighetshavere.¹⁰⁵ Advokatfirmaet anket saken til Personvernemnda, hvor saken nå er til behandling. Saken er prinsipielt svært viktig, så det er knyttet stor spenning til avgjørelsen fra Personvernemnda. Dersom Simonsen mister konsesjonen, vil det være et klart tilbakeslag for rettighetshaverne. Uten en slik konsesjon kan ikke IP-adresser i fildelingsnettverk loggføres uten at det medfører brudd på personopplysningsloven, og en har da ingen reelle muligheter til å fremskaffe og føre bevis for ulovlig fildeling.

4.4 Krav mot mellomledd

4.4.1 Innledning

En løsning som kan fremstå som mer tjenlig enn å gå på den enkelte fildeler, er å gå på mellomleddene for å få disse til å forhindre den ulovlige fildelingen. Å gå til sak mot

¹⁰³ Ved brev av 17. april 2009, tilgang:

http://www.npt.no/ikbViewer/Content/110179/Fritak%20fra%20taushetsplikt_sladdet%20versjon.pdf

¹⁰⁴ Saken skal behandles av Høyesterett, men det er ikke kjent når behandling finner sted

¹⁰⁵ Jfr. brev fra Datatilsynet til Simonsen DA av 22. juni 2009, tilgang:

<http://datatilsynet.no/upload/simonsen.pdf>

hver enkelt fildeler er svært ressurskrevende, samtidig som mellomleddene gjerne vil ha bedre muligheter for å forhindre fildeling i stor skala. Jeg vil her nøye meg med å behandle spørsmålet i forhold til internettleverandører, men nevner kort at krav kan være aktuelle også ovenfor andre mellomledd, for eksempel nettsider.

Et virkemiddel som de senere årene er tatt mye i bruk, blant annet i Danmark, er krav om midlertidig forføyning mot internettleverandørene, med krav om at leverandøren skal stenge tilgangen til bestemte nettsider, blant annet den kjente siden Pirate Bay.¹⁰⁶ Den tekniske løsningen kan sammenlignes med det såkalte barnepornofilteret som er utarbeidet i samarbeid mellom KRIPOS og Telenor.¹⁰⁷ Dette filteret gjør at Telenors internettabonnenter ikke får tilgang til en rekke nettsider som finnes i KRIPOS' database over barnepornonettsider.

4.4.2 Forholdet til fritaksreglene i ehandelsloven

Vi skal se nedenfor at et grunnleggende vilkår for å kunne kreve midlertidig forføyning er at saksøkeren kan fremme et krav mot saksøkte. Som vist tidligere er en internettleverandør fritatt for både erstatnings- og straffeansvar etter bestemmelsene i ehl. §§ 16-18. Erstatnings- eller strafferegler kan derfor som utgangspunkt ikke være grunnlag for et slikt krav, spørsmålet i det følgende er derfor om det er mulig å kreve midlertidig forføyning til tross for fritaksreglene i ehandelsloven.

¹⁰⁶ Se f.eks. U.2006.1474H

¹⁰⁷ <http://www.telenor.no/privat/internett/tjenester/sikkerhet/barnepornofilter/index.jsp>

Etter ehl. § 20 er ansvarsfrihetsreglene ikke til hinder for at en domstol eller annen kompetent myndighet vedtar et pålegg om at en overtredelse skal opphøre. Det samme følger av opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 som slår fast at medlemsstatene skal påse at rettighetshavere har mulighet til å ”...apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right”, og det er forutsatt i fortalens artikkel 59 at det i mange tilfeller er slike tredjepersoner som er best plassert til å forhindre denne type krenkelser. Bestemmelsen i artikkel 8.3 ble ikke tatt inn i åndsverkloven ved gjennomføringen av direktivet, da en anså rettighetshaverne for å allerede ha en slik mulighet etter gjeldende lovgivning.¹⁰⁸

Dersom en så ser direktivbestemmelsen og ehl. § 20 i sammenheng, er det klart at ehandelsloven åpner for at en rettighetshaver skal kunne kreve midlertidig forføyning også overfor tredjemenn. Dette er også slått fast i forarbeidene til ehandelsloven.¹⁰⁹ Lagmannsretten i LB-2010-6542 (Telenorkjennelsen) kom frem til at den rette fremgangsmåten ved behandling av et krav om midlertidig forføyning vil være å tenke vekk fritaksreglene, for deretter å vurdere om det kunne fremmes et krav mot ISPen med bakgrunn i straffe- og erstatningsbestemmelsene i åndsverkloven.

¹⁰⁸ I brev fra Kulturdepartementet til Simonsen DA av 24. september 2007, tilgjengelig ved henvendelse til departementet

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 34

4.4.3 Vilkårene for midlertidig forføyning

4.4.3.1 Innledning

Bestemmelsene om midlertidig forføyning finner vi i tvisteloven kapittel 34, og enkelte alminnelige bestemmelser om midlertidig sikring generelt finner vi i kapittel 32. Da kravet som vil fremmes er et krav om forbud mot krenkelse av opphavsretten ved å gi abonnenter tilgang til en nettside, dreier det seg klart om et krav som ”går ut på annet enn betaling av penger” etter tvl. § 32-1(3), og det er derfor reglene om midlertidig forføyning som kommer til anvendelse. Hadde det dreid seg om et pengekrav, ville arrest vært det riktige middelet, jfr. tvl. § 32-1(2). At det er anledning til å gå til sak for å få stanset en opphavsrettskrenkelse følger implisitt av enerettene i åndsverkloven, og er også forutsatt i teori og praksis.¹¹⁰

4.4.3.2 ”Sikringsgrunn”

For å kunne kreve midlertidig forføyning må det for det første foreligge en sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 som stiller opp to alternative sikringsgrunner.

For det første kan forføyning kreves etter tvl. § 34-1 litra a, ”når saksøktes atferd gjør det nødvendig ... fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort”. Dette vilkåret vil være oppfylt hvis saksøkte, eller noen i hans tjeneste, handler på en måte som gjør det vanskelig å forfølge hovedkravet. Et typisk

¹¹⁰ Rognstad s. 400 flg.

eksempel fra teorien er saksøkte som vil starte byggearbeider som stenger en adkomstvei, hvor hovedkravet er saksøkerens veirett.¹¹¹ For vårt vedkommende kan vi tenke oss at internettleverandøren har en plikt til å sperre tilgangen til en nettside, men unnlater å gjøre dette til tross for henvendelser fra rettighetshaverne. Hvorvidt en slikt plikt foreligger vil bli behandlet nedenfor.

For det andre kan det etter tvl. § 34-1 litra b besluttes midlertidig forføyning når det er nødvendig for å ”avverge en vesentlig skade eller ulempe”. I Rt. 2002 s. 108 redegjorde Høyesterett nærmere for innholdet i dette vilkåret. Det må foretas en sammensatt vurdering, hvor det blant annet må legges vekt på viktigheten og behovet for saksøkeren og hvor inngripende en forføyning vil være for saksøkte. For rettighetshavere vil en nettside som for eksempel Pirate Bay kunne medføre store økonomiske tap i form av tapt platesalg, noe som utvilsomt vil kunne være en vesentlig skade.

Videre er det klart at det vil være av stor betydning for musikkbransjen dersom en har mulighet til å rette sine angrep mot de store aktørene. Etter mitt syn er det også tvilsomt om en kan si at en slik forføyning vil være spesielt inngripende overfor en internettleverandør. Det er snarere den enkelte kunde som vil merke en sperring av tilgangen, noe som er uvesentlig i denne vurderingen. Tingretten i Telenorkjennelsen slo derimot fast at rekkevidden av rettighetshavernes krav vil gi store konsekvenser for

¹¹¹ Falkanger m.fl. s. 1152

nettleverandører i form av en flom av lignende saker. Kjennelsen ble anket og senere rettskraftig avgjort av lagmannsretten, men tingrettens standpunkt er etter mitt syn allikevel interessant å diskutere. Etter min vurdering er dette standpunktet en overdrivelse av kravets konsekvenser. Å nekte Telenor å gi sine kunder tilgang til The Pirate Bay vil ikke ha noen virkning utover den enkelte sak. Det kan derfor ikke være tvil om at sperring av nettsted som muliggjør fildeling i stor skala vil kunne ”avverge en vesentlig skade eller ulempe” for rettighetshaverne. Saken stiller seg naturligvis annerledes dersom det er snakk om mindre grove overtredelser av opphavsrettsloven.

4.4.3.3 ”Krav” – om internettleverandørens medvirkning

Det andre vilkåret for å kunne kreve midlertidig forføyning er at det må sannsynliggjøres et ”krav” etter tvl. § 34-2 jfr. § 32-1. Konsekvensen av dette er at en domstol er nødt til å ta prejudisielt standpunkt til om det finnes et hovedkrav før den eventuelt kan idømme midlertidig forføyning.¹¹² Det første spørsmålet blir derfor om en rettighetshaver kan si å ha et krav mot en internettleverandør.

Utgangspunktet for denne vurderingen må være opphavsmannens eneretter etter § 2. Som vist ovenfor er det en antitetisk konsekvens av disse enerettene at opphavsmannen også har rett til å nekte andre den samme utnyttelsen av åndsverket. En naturlig konsekvens av dette må være at han må ha anledning til å kreve at krenkeren avstår fra

¹¹² Flock note 1804

slik utnyttelse av verket.¹¹³ Spørsmålet i det følgende er således om rettighetshaveren på grunnlag av dette kan fremme et selvstendig krav overfor ISPen fordi denne gir sine kunder tilgang til den aktuelle nettsiden.

Utgangspunktet for denne vurderingen må være de alminnelige sanksjonsbestemmelsene i åndsverkloven, og da først og fremst medvirkningsansvaret. Som nevnt ovenfor er det utvilstomt at internettleverandøren teknisk sett medvirker til opphavsrettskrenkelser ved å stille infrastruktur til rådighet for sine kunder. Spørsmålet i det følgende er om dette kan være grunnlag for et krav i åndsverklovens forstand, og da først og fremst om ISPens bidrag kan være å regne som en medvirkning i juridisk forstand.

Dette var sakens kjerne i Telenorkjennelsen. IFPI og Tono gikk, på vegne av en rekke plateselskaper, til sak mot Telenor med krav om midlertidig forføyning. Saksøker krevde at Telenor skulle sperre tilgangen til nettsiden Pirate Bay for sine kunder. Det var uomtvistet at nettsiden bidro til opphavsrettskrenkelser, og at også Telenors kunder benyttet nettsiden til ulovlig fildeling. Lagmannsretten var også enig med saksøkerne i at lovgiveren har forutsatt at Telenor er eksponert for krav om midlertidig forføyning etter ehl. § 20. På den annen side ble det slått fast at ehandelsloven og opphavsrettsdirektivet i seg selv ikke kunne være hjemmel for et slikt krav, slik det ble

¹¹³ Rognstad s. 400

hevdet av saksøkeren. Retten kom til at det riktige utgangspunkt for vurderingen ville være å tenke ansvarsfriheten etter ehandelsloven vekk, og deretter se om Telenors aktivitet faller inn under medvirkningsansvaret etter åndsverkloven. Dette måtte etter rettens syn besvares benektende, Telenors aktivitet kunne ikke ses som en straffbar medvirkning, både på grunn av de begrensningene som ligger i medvirkningslæren som sådan og også på grunn av den alminnelige rettsstridsreservasjonen i strafferetten.

Etter mitt syn er det grunn til å stille spørsmål ved lagmannsrettens avgjørelse i denne saken. Retten legger tilsynelatende til grunn et strafferettslig medvirkningsbegrep når den vurderer Telenors stilling, det kan ikke være riktig anvendelse av åndsverkloven. For det første er det ikke snakk om noen straffesak, slik at det i alle fall ville vært riktig å legge et erstatningsrettslig medvirkningsbegrep til grunn. Det er ikke gitt at det ville medført et annet resultat, men det er sikker rett at skyldkravet i erstatningsretten er mindre enn i strafferetten.

For dansk retts vedkommende har det også vært hevdet at det er tilstrekkelig å konstatere et objektivt lovbrudd for å kunne gi medhold i et krav om ”fogedforbud”.¹¹⁴ De danske reglene er ikke identiske med de norske, men jeg kan ikke se at en slik setning ikke kan innfortolkes i tvisteloven sett i lys av de forpliktelsene som følger av

¹¹⁴ Koftvedgaard s. 456

opphavsrettsdirektivet. Vi befinner oss ikke på strafferettens område, så legalitetsprinsippet kommer ikke til anvendelse.

Videre er det forutsatt både i opphavsrettsdirektivet og i forarbeidene til ehandelsloven at ansvarsfraskrivelsen ikke er til hinder for et krav om midlertidig forføyning mot mellommenn. Når lagmannsretten ikke i et tilfelle som dette godtar kravet om forføyning, er det vanskelig å se noen situasjoner hvor denne muligheten kan benyttes. I så fall er opphavsrettsdirektivet feil implementert i norsk rett, og rettighetshaverne er i praksis rettsløse.¹¹⁵

Endelig er det naturlig å se rettsutviklingen i de øvrige nordiske landene på dette området. Det må bemerkes at i de danske kjennelsene som har behandlet slike spørsmål, er kravet grunnet i internettleverandørenes midlertidige eksemplarfremstilling etter OHL § 11a, da det som nevnt i dansk rett er et krav om lovlig kopieringsgrunnlag også for slik eksemplarfremstilling. Men i en avgjørelse i Østre Landsret 26. november 2008 slo retten fast at internettleverandøren også gjør seg skyldig i medvirkning til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring.¹¹⁶¹¹⁷

¹¹⁵ Et standpunkt som støttes av Olav Torvund i hans blogg, tilgang: <http://blogg.torvund.net/2010/02/11/telenor-piratebay-kjennelsen/>

¹¹⁶ Frost

¹¹⁷ Højesteret sluttet seg til Landsrettens kjennelse og begrunnelse den 27. mai 2010. Kjennelsen fra Højesteret er tilgjengelig her: <http://www.domstol.dk/hojesteret/Documents/Domme/153-09.pdf>

Lagmannsretten i Telenorkjennelsen gir uttrykk for at medvirkningsbestemmelsen i åndsverkloven har et usikkert innhold, og at det finnes politiske signaler på at dette skal presiseres i en revisjon av åndsverkloven. I mellomtiden er det mitt synspunkt at lagmannsretten burde gitt rettighetshaverne medhold i kravet om midlertidig forføyning mot Telenor. Det er vanskelig å se at en slik avgjørelse ville vært spesielt inngripende overfor Telenor.

4.5 Datalagringsdirektivet¹¹⁸

Som nevnt ovenfor er det internettleverandørenes lagring av IP-adresser for faktureringsformål som gjør det mulig å innhente bevis for hvem som står bak en ulovlig fildeling. At det bare er tillatt å lagre informasjonen i tre uker er i seg selv en utfordring i denne sammenheng. I tillegg har den teknologiske utviklingen medført at denne typen lagring av IP-adresser blir stadig mindre vanlig.¹¹⁹

Situasjonen kan bli en helt annen dersom Norge velger å implementere Datalagringsdirektivet som ble vedtatt av EU i 2006, men enda ikke er gjennomført i norsk rett. Direktivet ble sendt ut på høring våren 2010, og har skapt sterke reaksjoner på tvers av politiske partier og samfunnslag. I korte trekk medfører direktivet at det innføres en lagringsplikt for trafikkdata, lokaliseringsdata, og abonnements-/brukerdata som er resultat av elektronisk kommunikasjon, men informasjon om innholdet av

¹¹⁸ Direktiv 2006/24/EF

¹¹⁹ Willassen

kommunikasjonen skal ikke lagres.¹²⁰ Dataene skal lagres mellom seks måneder og to år.¹²¹ Kritikken mot direktivet er i hovedsak begrunnet i personvern hensyn og frykten for en gradvis innføring av et overvåkingssamfunn, slik det blant annet fremgår av Datatilsynets høringsuttalelse.

Formålet med direktivet er å forebygge alvorlig kriminalitet, jfr. art. 1, men det er utvilsomt at den lagringen som det legges opp til også medfører økte muligheter for rettighetshavere til å innhente bevis med hjemmel i de alminnelige bevisreglene i tvisteloven. Dataene vil også kunne brukes i straffesaker om opphavsrettskrenkelser. Av denne grunn har både Norsk Videogramforening og IFPI stilt seg positive til direktivet i sine høringsuttalelser.¹²²

¹²⁰ Datalagringsdirektivet art. 1.2

¹²¹ Datalagringsdirektivet art. 6

¹²² Høringsuttalelser er tilgjengelig på

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/sd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horing---datalagring/Horningsuttalelser.html?id=590002>

5 Alternative løsninger

5.1.1 Innledning

Det kan synes som en umulig å oppgave å få slutt på all ulovlig fildeling med de virkemidlene rettighetshaverne har etter dagens regelverk. En av de viktigste oppgavene musikk- og filmbransjen, og politikerene, står overfor er derfor arbeidet med å utvikle alternative muligheter for å bekjempe fildelingen. De metodene som synes mest aktuelle i dag kan grovt sett skilles ut i tre kategorier, legalisering, utbygging av lovlige tjenester og alternative sanksjoner. I det følgende skal jeg kort se på hva disse løsningene vil innebære.

5.1.2 Legalisering

I den offentlige fildelingsdebatten blir ofte legalisering av all fildeling trukket frem som en mulig løsning. I Norge har særlige de to politiske partiene Venstre og Miljøpartiet de Grønne tatt til orde for en slik løsning, mens en i Sverige har et eget parti som kun beskjeftiger seg med spørsmål rundt fildeling, Piratpartiet.¹²³ Partiet fikk til alt overmål valgt inn en representant til EU-parlamentet i 2009.

En forutsetning for en slik legalisering er at en sørger for vederlag til rettighetshaverne. Blant mulighetene som er drøftet er en egen internettavgift eller betaling over statsbudsjettet etter samme modell som dagens vederlag for kopiering til privat bruk.

¹²³ <http://www.piratpartiet.se>

Slike vederlag vil imidlertid alltid representere kun en liten del av det rettighetshaverne hadde oppnådd ved lovlig salg av de samme åndsverkene. En legalisering av fildeling på generelt grunnlag vil også kreve endringer i internasjonale konvensjoner som beskytter opphavsmannens interesser.

5.1.3 Lovlige tjenester

Utbygging av lovlige musikk- og filmtjenester synes å være muligheten som i størst grad blir prøvd i dag. En rekke nettbaserte butikker som for eksempel iTunes Store sørger for at musikkfiler er lett tilgjengelige på internett, og betaling gjøres raskt og enkelt med kredittkort. IFPIs bransestatistikk viser at lovlig nedlasting/streaming av musikk økte med over 800% fra mars 2008 til mars 2009,¹²⁴ samtidig som mengden ulovlig nedlasting har falt kraftig fra 2008 til 2009 i følge tall fra en enda ikke publisert rapport fra opphavsrettsorganisasjonen Norwaco.¹²⁵ En nærliggende slutning fra disse tallene er at enklere tilgang til lovlig nedlasting av musikk har stor innvirkning på den ulovlige nedlastingen.

En tjenestetype som har skutt fart de siste årene er representert ved for eksempel Spotify. I motsetning til de tradisjonelle nettbutikkene, er Spotify en såkalt streaming-tjeneste, som medfører at det ikke fremstilles et nytt eksemplar på brukerens datamaskin. Tjenesten kan sammenlignes med en interaktiv nettradio, hvor brukeren

¹²⁴ Tilgang: http://ifpi.no/statistikk/2010/doc/STAT_IFPI_2010_03.pdf

¹²⁵ <http://www.ballade.no/nmi.nsf/doc/art2010050514285523663080>

selv velger musikken. En kan velge mellom en betaltjeneste eller en reklamefinansiert tjeneste. Gjennom disse inntektene kan eierene av tjenesten finansiere vederlag til rettighetshaverne. Spotify har blant annet en avtale med TONO i Norge. Denne typen tjenester har i en viss grad blitt akseptert av musikkbransjen, til tross for at inntektene opplyses å være begrensede.

5.1.4 Alternative sanksjoner

5.1.4.1 Innledning

På rettighetshaversiden omhandler diskusjonen stort sett nye og alternative sanksjonsmuligheter. Jeg skal her se på noen av mulighetene som finnes.

5.1.4.2 Cease and desist

Fra rettighetshavernes side er det naturlig at første skritt på veien er å sende en skriftlig henvendelse til lovovertrederen og be om at den ulovlige virksomheten stanses, det en på engelsk gjerne kaller for et "cease and desist-letter". Som vist over er det i praksis bare internettleverandøren som har tilgang til identiteten til vedkommende, dermed må en slik henvendelse nødvendigvis måtte gå via leverandøren. Rune Ljostad har fremhevet at en opphavsrettskrenkelse også vil være et kontraktsbrudd fra kunden overfor internettleverandøren, og en slik henvendelse vil dermed også kunne være en fordel sett fra leverandørens ståsted.¹²⁶ Samtidig vil denne type varsling være en fordel

¹²⁶ Ljostad s. 586

for lovovertrederen selv, da han vil bevare sin anonymitet og slippe unna rettslig forfølgelse og erstatningskrav.

Det kan hevdes at muligheten for en rettighetshaver eller et advokatfirma til å foreta en slik henvendelse via internettleverandøren vil blokkeres av leverandørens taushetsplikt etter den allerede omtalte ekomloven § 2-9, noe som også er slått fast av Post- og Teletilsynet.¹²⁷ Bestemmelsen slår uttrykkelig fast at taushetsbelagt informasjon ikke kan brukes i ”tjeneste eller arbeid for andre”.

Datatilsynet har på sin side slått fast at denne type henvendelse ikke er i strid med personopplysningsloven. Ljostad hevder at denne konklusjonen også bør medføre at ekomloven tolkes innskrenkende i tilsvarende tilfeller.¹²⁸ Personvernet vil gjerne være ivaretatt ved at kundens anonymitet aldri blir satt i fare.

På grunn av internettleverandørens nevnte taushetsplikt, er det altså mest hensiktsmessig at et slikt varsel blir sendt fra denne, siden det nettopp er ISPen som har mulighet til å bli kjent med identiteten bak en gitt IP-adresse. Prinsipielt sett vil imidlertid også rettighetshaveren kunne sende et slikt brev. Som nevnt følger det implisitt av opphavsmannens økonomiske eneretter at han kan kreve at krenkende handlinger skal opphøre. Dette forutsetter imidlertid at identiteten til fildeleren er kjent,

¹²⁷ Ljostad s. 587

¹²⁸ Ljostad s. 588

noe som i de fleste tilfeller krever samarbeid med ISPen, og det finnes ingen hjemmel for å fritta ISPen fra sin taushetsplikt i et slikt tilfelle.

Som utgangspunkt vil et cease- and desist letter først og fremst være et varsel om kontraktsbrudd i forholdet mellom den enkelte fildeler og hans internettleverandør, men dersom et varsel kan kombineres med såkalt ”graduated response” vil det fremstå som et enda sterkere virkemiddel.

5.1.4.3 Graduated response

Den typen henvendelse via ISP som beskrives over kan altså kombineres med en såkalt ”graduated response” eller gradert reaksjon. Dette er en reaksjonsform som det fokuseres mye på i film- og musikkbransjen, blant annet inspirert av en nylig vedtatt fransk lov.¹²⁹ Den franske loven gir hjemmel til å stenge en kundes internettilkobling etter gjentatte varsler fra leverandøren på grunn av ulovlig fildeling, blant kritikere kjent som ”three strikes and you’re out”.¹³⁰ Lignende lover er også vedtatt blant annet i Storbritannia.¹³¹

Det finnes enkelte nasjonale ulikheter, men fremgangsmåten er i grove trekk den samme fra land til land. Rettighetshaverne overvåker P2P-nettverk og formidler informasjon

¹²⁹ Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet

¹³⁰ Kutterer

¹³¹ Digital Economy Act 2010

om eventuell ulovlig aktivitet til fildelerens ISP. Deretter sender ISPen et ”cease and desist-letter” til fildeleren, og etter et visst antall varsler kan et organ vedta stenging av fildelerens internettilkobling.¹³²

Denne type reaksjon har møtt sterk motbør, særlig fra forbruker- og personvernsformkjempere. Motstanden er blant annet begrunnet i at graduated response forutsetter en potensiell overvåking av alle internettbrukere, og at sperring av internetttilgangen vil være en uforholdsmessig sanksjon som påvirker grunnleggende individuelle rettigheter, som retten til ytring og informasjon. Blant motstanderne er sjefen for EDPS, EUs personvernorgan.¹³³

Per i dag finnes det ikke noe system for graduated response i Norge, og det er heller ingen signaler som tyder på at lovgiver vurderer å innføre en slik ordning. Det kan allikevel tenkes at et slikt system kan innføres i en avtale mellom rettighetshaverne og internettleverandørene. En slik modell har man fått i Irland, gjennom en avtale mellom plateselskapet EMI og Irlands største ISP, Eircom. Avtalen regulerer et system med cease- and desist letters kombinert med graduated response. Etter et visst antall varsler som følge av opphavsrettskrenkelser vil Eircom stenge internetttilgangen til den aktuelle

¹³² Sookman & Glover

¹³³ Opinion of the European Data Protection Supervisor on the current negotiations by the European Union of an Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), tilgang: http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2010/10-02-22_ACTA_EN.pdf

filddeleren. Avtalen ble godkjent av Irlands High Court i April 2010.¹³⁴ Det spesielle med denne avtalen er at internettilgangen vil stenges uten innblanding fra offentlig myndighet. Vedtak fra et offentlig organ er en forutsetning for stenging av tilgang etter for eksempel den franske loven.

5.1.4.4 IPRED-direktivet

I EU-direktivet om håndheving av immaterialrettigheter, IPRED-direktivet,¹³⁵ er det forutsatt at medlemsstatene skal sørge for at rettighetshaverne kan få domstolens hjelp til å innhente informasjon om lovovertredere fra tjenesteytere og andre mellomledd, særlig viktig er retten til å kreve at en ISP utleverer informasjon om en rettighetskrenkers identitet.¹³⁶ Sverige har, som EU-medlem, implementert direktivet i sin lovgivning mens en i Norge ikke har ansett direktivet for å være EØS-relevant, og direktivet er da heller ikke en del av EØS-avtalen. Allikevel kan en etter min vurdering ikke utelukke lovendringer inspirert av direktivet som et ledd i kampen mot ulovlig fildeling.

IPRED-direktivet stiller seg i kjernen av den problematisk avveiningen mellom opphavsrett og personvern. Opphavsretten, den åndelige eiendomsretten, er beskyttet av EMK artikkel 1,¹³⁷ mens personvernet på sin side er beskyttet av EMK artikkel 8. En

¹³⁴ EMI Records & Ors –v- Eircom Ltd [2010] IEHC 108

¹³⁵ Direktiv 2004/48/EF

¹³⁶ Se IPRED-direktivet Section 2

¹³⁷ Kjølbros s. 786

plikt til å utlevere rettighetskrenkerens identitet vil være et inngrep i hans personvern, mens en plikt til å holde informasjonen hemmelig vil forringe rettighetshaverenes mulighet til å håndheve sine egne rettigheter.

EF-domstolen tok stilling til direktivet i Promusicae-saken fra 2008.¹³⁸ Bakgrunnen for saken var at Promusicae, en spansk organisasjon for produsenter og utgivere av musikk tilsvarende norske IFPI, anla sak mot internettleverandøren Telefónica for få utlevert identiteten og adressen til noen av selskapets kunder som de mente bedrev ulovlig fildeling. Internettleverandøren på sin side hevdet at slik informasjon bare kunne kreves i straffesaker eller for å beskytte nasjonale interesser. Den spanske domstolen var usikker på spørsmålet, og det ble derfor sendt EF-domstolen for prejudisiell avgjørelse. EF-domstolen går inn i en rekke direktiver som behandler personvern og immaterielle rettigheter, herunder IPRED-direktivet, og konklusjonen var at felleskapsretten ikke påla en plikt til å utlevere personopplysninger i den konkrete saken. Utover dette tok ikke domstolen stilling til avveiningen av de grunnleggende rettighetene, men nøyde seg med å slå fast at avveiningen er medlemslandenes ansvar.

Spørsmål om personvern på internett har også vært oppe for den europeiske menneskerettighetsdomstolen, dog i noe andre former. I saken KU v. Finland var en 12 år gammel gutt utsatt for identitetsmisbruk på internett, ved at en annen person hadde

¹³⁸ Saksnummer C-275/06 av 29. januar 2008

laget en kontaktannonse i hans navn hvor det fremgikk at gutten ønsket intime forhold.¹³⁹ Guttens far ba politiet om å finne personen, men internettleverandøren nektet å oppgi identiteten til personen som hadde laget annonsen.

EMK kom til at lovgiveren hadde en plikt til å sørge for at identiteten kunne oppgis for å muliggjøre straffeforfølgelse av den som stod bak disse meget grove krenkelsene. Situasjonen er ikke direkte sammenlignbar med en opphavsrettskrenkelse, men er egnet som eksempel på at hensynet til den enkeltes personvern i visse tilfeller må settes til side. Jeg bemerker at i norsk rett ville sannsynligvis politiet fått tilgang til identiteten gjennom reglene i ekomloven.¹⁴⁰

5.1.4.5 ACTA¹⁴¹

I 2006 lanserte USA og Japan en idé om ny traktat med mål om å bekjempe forfalskning og piratkopiering. De offisielle forhandlingene startet i 2008 med en rekke land, derav EU med sine medlemsland. Forhandlingene pågår fortsatt. Formålet med ACTA er imidlertid å etablere internasjonale standarder for håndheving av immaterielle rettigheter, og håndheving i digitale miljøer er et av hovedpunktene som diskuteres.¹⁴²

¹³⁹ EMDN-2002-2872

¹⁴⁰ Bing 2009 note 1

¹⁴¹ Anti-Counterfeiting Trade Agreement

¹⁴² The Anti-Counterfeiting Trade Agreement – Summary of Key Elements Under Discussion, tilgang: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/145271.htm>

Et foreløpig utkast til avtale ble offentliggjort i April 2010. Utkastet er preget av at avtalen blir til gjennom diskusjon, og inneholder således mange dissenser. Allikevel er det mulig å lese visse grunntrekk ut av utkastet.

Hovedformålet med avtalen slik det går frem av utkastet, er å motarbeide rettighetskrenkelser i stor skala, og det listes opp en del regler om minimumsbeskyttelse. Det er også et viktig poeng at bestemmelsene ikke skal gjøre inngrep i personvernet, og det er et krav om proporsjonalitet mellom ulovlig inngrep og reaksjon.

I forhold til ulovlig fildeling er det mest interessante med utkastet at det slås fast regler om fritak for straff og erstatning på samme måte som etter ehandelsloven, men avtalen legger opp til at fritaket er avhengig av medvirkning fra internettleverandørenes side. Hva denne medvirkningen skal bestå i er fortsatt uklart, men det fremgår i hvertfall at ISPen skal ha en plikt til å hindre at kunder får tilgang til ulovlig materiale dersom en blir gjort oppmerksom på rettighetskrenkelser.

5.1.5 Nemnd for internett

En annen mulighet kan være å opprette en egen nemnd for internett, et organ som har ansvar for å håndheve lovovertridelser på internett. Andreas Galtung har tatt til orde for et slikt organ, inspirert av prøveprosjektet Nettnemnda som var i drift fra 2001 til

2003.¹⁴³ Galtung legger spesielt vekt på behovet for et organ som kan sanksjonere personvernkrænkelser på internett, men et slikt organ kan også tenkes å reagere mot opphavsrettskrænkelser. Det poengteres i artikkelen at plate- og filmbransjen har råd til å betale dyre advokater, men som vi har sett er ikke dette nødvendigvis avgjørende for å kunne reagere mot krænkelser av opphavsretten. En kan for eksempel tenke seg at organet vil ha mulighet til å sende såkalte cease and desist-brev til personer som driver med ulovlig fildeling. Nemnda bør fungere som et klageorgan, i likhet med Pressens Faglige Utvalg, og sanksjonene bør være retting, sletting og stenging.

6 Avslutning

Det er i utgangspunktet få tvilsspørsmål i forhold til hvem som kan pådra seg straffe- eller erstatningsansvar i forbindelse med en fildelingssituasjon. Både den som laster og opp og den som laster ned kan utvilsomt bli subjekt for rettslig forfølgelse. Medvirkningsspørsmålet er imidlertid mer tvilsomt, og på dette området er det ønskelig med en avklaring fra lovgiverhold, noe det også blir gitt uttrykk for i Telenorkjennelsen.

Til tross for at det i mange tilfeller er utvilsomt at en eller flere personer gjør seg skyldige i opphavsrettskrænkelser, er rettighetshavernes muligheter til å håndheve sine

¹⁴³ Galtung

rettigheter svært begrensede. Å gå på den enkelte fildeler er både ressurskrevende og vanskelig, særlig i forhold til den vanskelige bevissituasjonen, og opphavsrettskrenkelser i liten skala er heller ikke et prioritert område for politi og påtalemyndighet. Dersom en tar lagmannsrettens avgjørelse i Telenorsaken som et uttrykk for gjeldende rett, er det heller ikke aktuelt å gå via internettleverandørene for å forhindre krenkelser på internett. Etter mitt syn er det uheldig at en så prinsipielt viktig sak ikke fikk behandling i Høyesterett.

Arbeidet med ny åndsverklov sies å være en prioritert oppgave for Kulturdepartementet. Fra rettighetshavernes side må det være et sterkt ønske om en utbygging av håndhevelsesapparatet, og en klarlegging av medvirkningsbegrepet. En korrekt implementering av opphavsrettsdirektivets artikkel 8.3 bør sikre mulighetene for å kreve internettleverandørenes medvirkning i arbeidet mot ulovlig fildeling. Denne medvirkningen kan skje både i form av tilgangssperring etter modell av barnepornofilteret og ved ISPenes bidrag til å sende ut cease- and desist letters til fildelere.

På den annen side er det viktig at enhver lovendring sikrer at personvernet blir ivaretatt. En innføring av Datalagringsdirektivet i norsk rett vil etter mitt skjønn være et for grovt inngrep i den enkeltes personlige integritet. Lagring av data etter dagens modell, tre ukers lagringstid, bør være tilstrekkelig dersom rettighetshaverne har en reell mulighet til å kreve informasjonen utlevert. Uskyldspresumpsjonen må også respekteres,

utlevering av trafikkdata må forbeholdes tilfeller hvor rettighetskrenkelser kan bevises.

I tillegg til lovendringer for å styrke rettighetshavernes muligheter til å håndheve sine rettigheter, bør etter min mening også internettleverandørene bidra til å muliggjøre håndhevelse. Et samarbeid mellom ISP og rettighetshavere om såkalt cease and desist bør være mulig å få til uten offentlig hjelp. Som nevnt ovenfor vil ulovlig fildeling være et kontraktsbrudd fra kunden ovenfor internettleverandøren. Det er vanskelig å se hvilke verdier leverandøren eventuelt vil forsvare dersom man ikke ønsker å samarbeide med rettighetshaverne om et slikt system.

Uansett hva slags løsning man kan komme frem til, er det sikkert at dagens system gjør situasjonen meget vanskelig for den som ønsker å håndheve sine opphavsrettigheter i digitale miljøer, til tross for den store mengden soleklare lovbrudd.

7 Litteraturliste

7.1 Litteratur

7.1.1 Bøker

- Andenæs* Johannes Andenæs: Alminnelig Strafferett, 5. utgave ved Matningsdal og Rieber-Mohn, Oslo – 2004
- Bing 2008* Jon Bing: Ansvar for ytringer på nett, særlig om formidlerens ansvar, Oslo-2008
- Falkanger m.fl.* Thor Falkanger, Hans Flock, Thorleif Waaler: Tvangsfullbyrdelsesloven, kommentarutgave, 4. utgave, Oslo - 2008
- Hannemyr* Gisle Hannemyr: Hva er internett, Oslo 2005
- Kjølbro* Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: for praktikere, København - 2005
- Knoph* Ragnar Knoph: Åndsretten, Oslo – 1936
- Koktvedgaard* Mogens Koktvedgaard: Lærebog i immaterialrett 7. utgave ved Jens Schovsbo, København - 2005
- Mæland* Henry John Mæland: Innføring i Alminnelig Strafferett, Bergen - 2004
- Nygaard* Nils Nygaard: Skade og Ansvar, Bergen – 2000
- Olsson* Henry Olsson: Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar, Stockholm - 2006
- Rieber-Mohn* Thomas Rieber-Mohn: Digital privatkopiering, Oslo – 2010
- Rognstad* Ole-Andreas Rognstad: Opphavsrett, i samarbeid med Birger Stuevold Lassen, Oslo – 2009
- Tande* Knut Martin Tande: Lenker til andres materiale på WWW, Bergen - 2005

7.1.2 Artikler

- Bing 2009* Jon Bing: Personvern, ytringsfrihet og IP-adresser (Lov og Data 2009 nr. 6)
- Frost* Kim Frost: The Pirate Bay: Ny dansk landsretskendelse stadfæster fogedforbud mod Internet-udbyder (Lov og Data 2009 nr. 3)
- Galtung* Andreas Galtung: Nemnd for internett. Om et mulig tvisteløsningsorgan for krenkelser på internett (NOU:2009: 1 – Individ og Integritet)
- Kutterer* Cornelia Kutterer: ”Elle, melle, deg fortelle ... Skipet går, ut i år”: Den franske ”løsningen” om gradert reaksjon på opphavsrettskrenkelser (Lov og Data 2008 nr. 6)
- Ljostad* Rune Ljostad: Norske erfaringer ad ansvar fra ISP, fildeling og piratbekjempelse (Nordisk Immaterielt Rättsskydd 2009 s. 581)
- Matningsdal* Magnus Matningsdal: Medvirkning til straffbare handling, hovedpunkter (Jussens Venner 2008 s. 357)
- Monsen* Erik Monsen: Nyere, norske dommer om berikelseskrav på immateriellrettens område (Nordisk Immaterielt Rättsskydd 2007 s. 323)
- Sookman & Glover* Barry Sookman, Dan Glover: ”Why the Copyright Act needs a graduated response system (The Lawyers Weekly 23. Januar 2010)
- Spang-Hanssen* Henrik Spang-Hanssen: Peer-to-peer: Grokster (Lov og Data 2006 nr. 3)
- Torvund* Olav Torvund: Enerett til lenking – en keiser uten klær? (Nordisk immaterielt Rättsskydd 2008 s. 417)
- Willassen* Svein Willassen, Å lagre eller ikke å lagre (Lov og Data 2008 nr. 6)

7.1.3 Digital tilgang

- Hustad* Knut-Fredrik Hustad: Kommentar til straffeprosessloven, www.rettsdata.no
- Flock* Hans Flock: Kommentar til Tvisteloven, www.rettsdata.no
- Schartum* Dag Wiese Schartum: Kommentar til personopplysningsloven, www.rettsdata.no

7.2 Lover og forskrifter

7.2.1 Norge

LOV-1902-05-22-10	Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven – strl.)
LOV-1967-12-15-9	Lov om patenter (patentloven – patl.)
LOV-1961-05-12-2	Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven – åvl.)
LOV-1969-06-13-26	Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven – skl.)
LOV-1981-05-22-25	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl.)
LOV-2000-04-14-31	Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven – popplyl.)
LOV-2003-05-23-35	Lov om visse sider av elektronisk handel og informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven – ehl.)
LOV-2003-07-04-83	Lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven – ekoml.)
LOV-2005-06-17-90	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)
FOR-2000-12-15-1265	Forskrift om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften)
FOR-2004-02-16-401	Forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste (ekomforskriften)

7.2.2 Sverige

Lag (1960:729) om upphovsrätt til litterära og konstnärliga verk

7.2.3 Danmark

LBKG 2010-02-27 nr. 202 Ophavsretsloven

7.2.4 Frankrike

Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet

7.2.5 Storbritannia

Digital Economy Act 2010

7.2.6 EU-direktiver

Direktiv 2000/31/EF on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Ehandelsdirektivet)

Direktiv 2001/29/EF on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Opphavsrettsdirektivet)

Direktiv 2004/48/EF on the enforcement of intellectual property rights (IPRED-direktivet)

Direktiv 2006/24/EF on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC (Datalagringsdirektivet)

7.2.7 Traktater/Konvensjoner

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic works (Bernkonvensjonen)

Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations (Romakonvensjonen)

WTO TRIPS Agreement on Trade-related aspects of intellectual property rights

World Intellectual Property Organization Copyright Treaty (WCT)

7.3 Forarbeider

Ot.prp. nr. 26 (1959-1960)

Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)

Ot.prp. nr. 31 (2002-2003)

Ot.prp. nr. 4 (2003-2004)

7.4 Rettspraksis

7.4.1 Norge

7.4.1.1 Høyesterett

Rt. 1999 s. 1944

Rt. 2002 s. 108

Rt. 2005 s. 41 (Napster)

Rt. 2009 s. s. 1568 (Tromsø 2018)

7.4.1.2 Lagmannsrettene

Rg. 2008 s. 193 (Pitbull-Terje)

LB-2010-6542 (Telenor)

7.4.1.3 Tingrettene

Rg. 2005 s. 1627 (Direct Connect)

TFRED-2006-177576 (Pitbull-Terje)

7.4.2 Sverige

NJA 2000 s. 292 (Tommy O.)

DOM 2009-14-17 (Stockholms Tingsrätt) (Pirate Bay)

7.4.3 Danmark

U.2006.1474H

Kendelse ved Østre Landsret av 26. november 2008

7.4.4 Irland

EMI Records & Ors –v- Eircom Ltd [2010] IEHC 108

7.4.5 EF-domstolen

C-275/06 (Promusicae)

7.4.6 EMD

EMDN-2002-2872 (K.U. v. Finland)

7.5 Brev og andre dokumenter

Brev fra Kulturdepartementet 24. september 2007

Brev fra Datatilsynet til Simonsen DA 6 juni 2008

Brev fra Post- og Teletilsynet til Simonsen DA 17. april 2009

7.6 Nettsider

<http://en.wikipedia.org/wiki/>

<http://www.wii.se>

<http://ww.telenor.no>

<http://www.ssb.no>

<http://www.w3.org>

<http://www.nrkbeta.no>

<http://www.box.net>

<http://www.ansvarliginternett.no>

<http://www.npt.no>

<http://www.piratpartiet.se>

<http://www.datatilsynet.no>

<http://www.regjeringen.no>

<http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/145271.htm>

<http://blogg.torvund.net>

<http://www.ifpi.no>

<http://www.ballade.no>

<http://www.domstol.dk>

