



NORSK VIDEOGRAMFORENING

Oslo, 8. oktober 2010

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep.
0030 OSLO

HØRING OM ENDRING I LOV OM ELEKTRONISK KOMMUNIKASJON MED FORSKRIFTER

1. Innledning

Vi viser til høring med bakgrunn i høringsbrev fra Samferdselsdepartementet 23. juni 2010 (deres referanse 10/139-EW) og høringsnotat utarbeidet av Samferdselsdepartementet i samarbeid med Post- og teletilsynet om endring i lov om elektronisk kommunikasjon med forskrifter.

Norsk Videogramforening (NVF) ønsker å kommentere forslaget til ny § 2-5a "Begrensning i tilgang" som innebærer at sluttbrukers tilgang til og bruk av elektronisk kommunikasjonsnett- og tjeneste "bare [kan] begrenses med hjemmel i denne lov eller etter forutgående rettskraftig domstolsavgjørelse". Forslaget omfatter slik vi forstår det både *delvis* stenging av tilgang til og bruk av internettilgang og *fullstendig* stenging av slik internettilgang.

Forslaget, som har sin bakgrunn i den nye artikkel 1.3.a i rammedirektivet (2002/21/EF)¹, er nærmere drøftet i punkt 9 på s. 12-13 i høringsnotatet. Samferdselsdepartementet har bedt om høringsinstansenes syn på lovfesting av prinsippet om at det bare er domstolene som kan treffe avgjørelse om stenging, og i den forbindelse behovet for oppheving av gjeldende § 2-5 syvende ledd.

2. Krever avveining av berørte interesser

2.1. Den nye artikkel 1.3.a i rammedirektivet

NVF er enig med departementet i at direktivet legger opp til stor diskresjon for medlemsstatene til å velge sin egen nasjonale løsning og således *ikke krever* at det innføres en bestemmelse som den foreslåtte. Direktivet forutsetter imidlertid, slik NVF tolker det, en *avveining* av berørte interesser: "A prior, fair and impartial procedure shall be guaranteed, including the right to be heard of the person or persons concerned", men likevel

¹ Jf. artikkel 1.1.b i endringsdirektivet 2009/140/EF.

underkastet/"subject to the need for appropriate conditions and procedural arrangements in duly substantiated cases of urgency in conformity with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms"².

2.2. Avgjørelser fra EU-domstolen

EU-domstolen har i flere saker understreket kravet fellesskapsretten stiller til avveining av berørte interesser. Et eksempel på dette i tilknytning til elektronisk kommunikasjon, er avsnitt 70 i avgjørelsen i den spanske Promusicae-saken (C 275/06) fra 29. januar 2008:

"In the light of all the foregoing, the answer to the national court's question must be that Directives 2000/31, 2001/29, 2004/48 and 2002/58 do not require the Member States to lay down, in a situation such as that in the main proceedings, an obligation to communicate personal data in order to ensure effective protection of copyright in the context of civil proceedings. However, Community law requires that, when transposing those directives, the Member States take care to rely on an interpretation of them which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights protected by the Community legal order. Further, when implementing the measures transposing those directives, the authorities and courts of the Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives but also make sure that they do not rely on an interpretation of them which would be in conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality."

Jf. også avsnitt 28 fra avgjørelsen i LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH mot Tele 2 Telecommunication GmbH (C-557/07) fra 19. februar 2009³:

"Moreover, the Court pointed out that the freedom which Member States retain to give priority to the right to privacy or to the right to property is qualified by a number of requirements. Accordingly, when transposing Directives 2000/31, 2001/29, 2002/58 and 2004/48 into national law, it is for the Member States to ensure that they rely on an interpretation of those directives which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights protected by the Community legal order. Furthermore, when applying the measures transposing those directives, the authorities and courts of Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives, but must also make sure that they do not rely on an interpretation of those directives which would conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality (Promusicae, paragraph 70)."

Også avsnitt 26 i den siste avgjørelsen med henvisning til avsnitt 53 i den første inneholder uttalelser som etter NVFs syn er relevante for tolkningen av den nye artikkel 1.3.a i rammedirektivet:

² Understrekninger i sitatene inntatt i dette brevet er gjennomgående våre.

³ Jf. også Høyesteretts henvisning til denne avgjørelsen i avsnitt 53 i Altibox-kjennelsen, inntatt i Rt. 2010 s. 774.

"In paragraph 53 of Promusicae, the Court stated that the exceptions provided for in Article 15(1) of Directive 2002/58, which refers expressly to Article 13(1) of Directive 95/46, include measures which are necessary for the protection of the rights and freedoms of others. As it does not specify the rights and freedoms covered by that exception, Directive 2002/58 must be interpreted as reflecting the intention of the Community legislature not to exclude from its scope the protection of the right to property or situations in which authors seek to obtain that protection through civil proceedings."

2.3. *Også beskyttelse av eiendomsrett må inngå i interesseavveiningen etter den nye artikkel 1.3a i rammedirektivet*

Heller ikke den nye artikkel 1.3a i rammedirektivet "*does ... specify the rights and freedoms covered by that exception*", men henviser i stedet generelt til "*duly substantiated cases of urgency in conformity with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*".

At dette innebærer at også *beskyttelse av eiendomsrett* – inkludert immaterielle rettigheter – må inngå i nasjonal lovgivers *avveining* av berørte interesser, følger direkte av henvisningen i artikkel 1.3a til EMK som videre henviser blant annet til "*the protection of the [...] rights [...] of others*", jf. EMK artikkel 8.2 (personvern) og 10.2 (ytrings- og informasjonsfrihet).

Skal en bestemmelse som den inntatt i forslaget til ny § 2-5a kunne vedtas, forutsetter det således etter NVFs syn at nasjonal lovgiver har vurdert, og konkludert med, at det *ikke* finnes "*duly substantiated cases of urgency*" utover de som er regulert i ekomloven og at den nevnte avveiningen av berørte interessene derfor tilsier "*[a] prior, fair and impartial procedure shall be guaranteed, including the right to be heard of the person or persons concerned*", i form av rettskraftig domstolsavgjørelse, i alle andre tilfeller.

3. Oppsummering

3.1. *Lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse ville etter NVFs vurdering verken være hensiktsmessig eller forholdsmessig, og er heller ikke nødvendig*

Som vi vil utdype nærmere nedenfor, finnes det flere eksempler på "*duly substantiated cases of urgency*" utover de som er regulert i ekomloven. Rettighetskrenkelsers, personvern-krenkelsers og andre integritetskrenkelsers er kanskje de mest praktiske. Lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse for å kunne gjennomføre, eller pålegge internettilbyder å gjennomføre, bruksbegrensning, ville derfor etter NVFs vurdering verken være hensiktsmessig eller forholdsmessig. I tillegg er det heller ikke nødvendig.

Det er ikke hensiktsmessig fordi det ville *svekke rettssikkerheten* til krenket rettighetshaver og heller ikke styrke rettssikkerheten til krenker eller dennes internettilbyder nevneverdig. Det er videre ikke forholdsmessig fordi en eventuell styrking av rettssikkerheten til krenkeren og/eller krenkerens internettilbyder *ikke ville stå i forhold* til svekkelsen av krenket

rettighetshavers rettssikkerhet. Det er heller ikke nødvendig ettersom både krenkeren og krenkerens internettilbyder *allerede nyter et betydelig rettsvern*⁴.

Krenkede rettighetshavers rettssikkerhet *behøver styrkes*, ikke svekkes. At flere tvister mellom krenkere og krenkede kan løses *uten* at saken bringes inn for domstolene, vil være et *viktig bidrag* til en helt nødvendig styrking av krenkedes rettssikkerhet på Internett.

En rekke forhold tilsier at også rettighetskremler representerer "*duly substantiated cases of urgency*" og at bruksbegrensninger derfor skal kunne gjennomføres *uten* rettskraftig domstolsavgjørelse, slik de kan det ved distribusjon av SPAM og virus mv., betalingsmislighold og andre typer mislighold.

Det vises til den nærmere drøftelsen under punkt 6 flg. nedenfor.

3.2. *En eventuell lovfesting av krav om domstolsavgjørelse bør eventuelt begrenses til fullstendig stenging, og få anvendelse ved alle former for misbruk*

Rettssikkerhetshensyn tilsier etter NVFs syn at en eventuell lovfesting av krav om domstolsavgjørelse, dersom en slik lovfesting anses nødvendig, begrenses til *fullstendig* stenging av tilgang til og bruk av internettilgang og *ikke* får anvendelse ved *delvis* stenging. En slik bestemmelse bør i tilfelle få anvendelse ved *alle former for misbruk* – inkludert distribusjon av SPAM og virus mv. – og ikke i praksis begrenses til rettighetskremler, personvernkremler og andre integritetskremler.

3.3. *Uansett bør det ikke stilles et generelt krav om at domstolsavgjørelsen skal være rettskraftig for å kunne fullbyrdes*

Uansett bør det etter NVFs syn *ikke* stilles et generelt krav om at domstolsavgjørelsen skal være *rettskraftig for å kunne fullbyrdes*. Spørsmålet om rettskraft som vilkår for fullbyrdelse, bør etter vårt syn avgjøres på grunnlag av de alminnelige bestemmelsene i tvisteloven § 19-13 jf., for midlertidig forføyning vedkommende, tvisteloven §§ 32-2, 34-3 og § 34-4. Rettskraft som vilkår for fullbyrdelse ville f.eks. *tilsidesette* hovedregelen ved midlertidig forføyning om at saksøkte plikter å etterleve forføyningen *straks kjennelsen er avsagt*, noe som etter omstendighetene ville kunne få svært uheldige følger.

4. **Bakgrunn – omfattende rettighetskremler på Internett**

NVF representerer de fleste distributører av filmverk til det norske hjemmemarkedet og medlemmene har distribusjonsrettighetene for nær sagt all film som selges eller leies ut i Norge.

På lik linje med rettighetshavere innen musikk, er også NVFs medlemmer og andre rettighetshavere innen film rammet av omfattende distribusjon av spillefilm og TV-serier på Internett uten rettighetshavernes samtykke. Mer informasjon om det enorme omfanget ulovlig eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten av rettslig beskyttet musikk, film og TV-serier har fått i Norge, er tilgjengelig på nettstedet Ansvarlig Internett (www.ansvarliginternett.no) under overskriften "*Bakgrunn*".

⁴ Jf. også uttalelsen i fjerde avsnitt på s. 13 i høringsnotatet om at urettmessige begrensninger i sluttbrukers tilgang til eller bruk av elektroniske kommunikasjonsnett eller -tjenester etter det departementet kjenner til, *ikke* er et stort praktisk problem.

Kultur- og kirkedepartementet uttaler på denne bakgrunn i Prop. 1 S (2009-2010)⁵:

"Selv om det er lov å dele åndsverk med den nærmeste familie- og vennekrets, er det liten tvil om at svært mye av fildelingen og nedlastingen er ulovlig og ikke kompenseres. Regjeringen støtter derfor rettighetshaverne i deres arbeid mot ulovlig fildeling og piratkopiering.

...

Det viktigste formålet med revisjonen av åndsverkloven er å opprettholde balansen mellom rettighetshavernes og brukernes interesser og sikre at denne balansen kommer klart og tydelig fram."

Dette samsvarer med "*Politisk plattform 2009-2013*" (Soria Moria II) hvor det på s. 62 fremgår at Regjeringen vil "*gjennomgå hvordan opphavsretten, kunstnerens inntekter og rettigheter kan sikres i møte med digital spredning av kunst og kultur*" og Rek. 31/2009 "*Håndhævelse af ophavsret på internettet (A 1482/kultur)*" fra Nordisk Råd.

Kulturdepartementet oppnevnte på denne bakgrunn 26. februar 2010 en *referansegruppe* for vurdering av problemstillinger knyttet til ulovlig fildeling. Gruppen, som fullførte sitt arbeid våren 2010, fungerte som referanse for departementets arbeid med revisjonen av åndsverkloven og så på mulige tiltak som kan begrense den ulovlige fildelingen og samtidig stimulere til økt bruk av lovlige tjenester. En høring om Kulturdepartementets forslag til lovendringer vil ventelig finne sted høsten 2010.

5. Arbeidet for å stanse rettighetskrenkelsene

NVF og NVFs medlemmer har brukt betydelige ressurser de senere årene for å stanse den omfattende ulovlige distribusjonen av deres verker og arbeider, og har i den forbindelse samarbeidet med IFPI Norge, Norske Filmbyråers Forening (NFF), Forleggerforeningen og andre hvis medlemmer rammes av rettighetskrenkelsene på Internett.

Krenkelse av opphavsrett og tilgrensede rettigheter, og medvirkning til slik krenkelse, straffes med *bøter eller fengsel inntil tre måneder*, åndsverkloven § 54 første til tredje ledd jf. §§ 2, 12 fjerde ledd, 42 og 45. Er krenkelsen eller medvirkningen forsettlig, og foreligger det særlig skjerpene forhold, er straffen *bøter eller fengsel inntil tre år*, åndsverkloven § 54 fjerde ledd.

I tillegg til ovennevnte straffeansvar, kan krenkede rettighetshavere kreve skade som voldes ved rettighetskrenkelsene erstattet etter alminnelige erstatningsregler, jf. åndsverkloven § 55. Selv om krenkeren har handlet i god tro, kan rettighetshaver uansett skadens størrelse kreve utbetalt nettofortjenesten ved den ulovlige handling, jf. åndsverkloven § 55 annet ledd. I tillegg inneholder åndsverkloven § 56 en inndragningshjemmel.

Det har på denne bakgrunn vært:

- sendt *politianmeldelser* av alvorlige krenkelsener;

⁵ Jf. Programkategori 08.30 Film- og medieformål (kap. 334-337) s. 156-157.

- sendt *henvendelser til internettilbydere* med anmodning om at berørte sluttbrukere varsles om konkrete rettighetskrenkelser (jf. gradert respons)⁶, og
- iverksatt andre *sivilrettslige skritt* med sikte på å kreve konkrete rettighetskrenkelser stanset og eventuelt kreve erstatning (jf. Telenor- og Altibox-sakene)⁷.

6. Lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse er ikke hensiktsmessig

6.1. Innledning

Lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse for å kunne gjennomføre, eller pålegge internettilbyder å gjennomføre, bruksbegrensning, er ikke hensiktsmessig fordi det vil *svekke rettssikkerheten* til krenket rettighetshaver og heller ikke styrke rettssikkerheten til krenkeren eller krenkerens internettilbyder nevneverdig.

6.2. Tradisjon for utenrettslig løsning av tvister

Vi har tradisjon i Norge for at *de fleste tvister* mellom private parter løses *uten* at saken bringes inn for domstolene. At det er ønskelig at *loven legger til rette* for slik utenrettslig løsning av tvister, følger også av forarbeidene til den nye bestemmelsen i tvisteloven § 5-2 om varsel om krav og grunnlag for kravet, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) første avsnitt i merknaden til § 5-2 på s. 377.

Lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse for å kunne gjennomføre, eller pålegge internettilbyder å gjennomføre, bruksbegrensning, vil i praksis gjøre det *betydelig vanskeligere* å løse tvister om rettighetskrenkelser på Internett uten at saken bringes inn for domstolene.

6.3. Gradert respons – utenrettslig løsning av tvister på Internett

NVF og andre rettighetshavere rammet av rettighetskrenkelser på Internett har tatt til orde for etablering av det som gjerne omtales som *gradert respons*. Gradert respons innebærer at berørte sluttbrukere *varsles* om konkrete rettighetskrenkelser, hvordan slike krenkelser kan stanses og konsekvensene det kan få dersom de ikke opphører. At responsen er "gradert" vil si at den *intensiveres* dersom krenkelsene ikke opphører til tross for slikt varsel. Intensivering kan i første omgang bestå av et *nytt, mer formelt varsel* og, dersom krenkelsene vedvarer, i neste omgang en *reaksjon*, f.eks. i form av bruksbegrensning.

Det understrekes at NVF og andre norske rettighetshavere *ikke* har tatt til orde for utestenging av sluttbrukere fra Internett etter mønster av den franske HADOPI-loven, gjerne omtalt som "*three strikes (and you are out)*", men annen effektiv reaksjon som f.eks. bruksbegrensning.

Gradert respons vil ha *ønsket effekt*: I følge en spørreundersøkelse ville *4 av 5 nordmenn (82 %)* stanset ulovlig fildeling dersom de fikk et varsel fra sin internettilbyder om at det foregår

⁶ Jf. brevet "*Vedr. Internett-leverandørers behandling av personopplysninger i tilknytning til anti-piratarbeid*" fra SIMONSEN Advokatfirma DA (SIMONSEN) til Datatilsynet 16. februar 2009; svarbrevet "*Spørsmål om Internettleverandørers behandling av personopplysninger i tilknytning til anti-piratarbeid*" fra Datatilsynet 11. mars 2009; brevet "*Vedr. tolkning av ekomloven § 2-9 første ledd, siste punktum*" fra SIMONSEN til Samferdselsdepartementet 20. november 2009 og svarbrevet "*Vedr. tolkning av taushetsplikten i ekomlovens § 2-9 første ledd, siste punktum*" fra Samferdselsdepartementet 12. mars 2010.

⁷ Jf. Borgarting lagmannsretts kjennelse 9. februar 2010 inntatt i RG 2010 s. 171 og Høyesteretts kjennelse 18. juni 2010 inntatt i Rt. 2010 s. 774.

ulovlig fildeling fra deres internettilknytning/-abonnement og at det ville kunne få juridiske konsekvenser dersom dette ikke opphører⁸.

Erfaring viser imidlertid at det er *viktig at det gripes inn* dersom krenkelser fortsetter til tross for gjentatte varsler, jf. f.eks. Johs. Andenæs "*Alminnelig strafferett*", 5. utgave, s. 89 og 98:

"Det er nødvendig for at loven skal bli respektert at tanken på den risiko en utsetter seg for ved lovbruddet, veier tyngre enn tanken på det en kan oppnå.

...
Langt på vei tør en visst si at det for almenprevensjonen er av større betydning at det gripes inn overfor lovbruddet enn hvordan reaksjonen utformes."

Dette bekreftes også i ovennevnte spørreundersøkelse, hvor 86 % av befolkningen (92 % av de under 30 år) gir uttrykk for at ulovlig nedlasting vil fortsette så lenge sjansene for å bli tatt er så liten⁹.

Lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse for å kunne gjennomføre, eller pålegge internettilyder å gjennomføre, bruksbegrensning, vil gjøre det *umulig* å gripe inn med begrensning i tilgang på denne måten uten at saken bringes inn for domstolene. I tillegg til å *belaste domstolene* og påføre krenkede rettighetshavere og samfunnet *store kostnader*, vil det at saken *må* bringes inn for domstolene være en *stor belastning* også for *krenkeren*, som vil kunne oppleve å:

- få identiteten sin avslørt;
- bli oppsøkt av politi, nåmsfogd eller rettighetshaver;
- måtte gå gjennom en belastende, tidkrevende og kostbar rettsprosess;
- måtte betale en betydelig erstatning og få datautstyr mv. inndratt, og/eller
- få en straff på rullebladet som kan ødelegge vedkommendes fremtidsplaner.

Jf. også tidligere korrespondanse mellom Samferdselsdepartementet og SIMONSEN om forholdet mellom gradert respons og taushetsplikten i ekomlovens § 2-9 første ledd, siste punktum (jf. fotnote 6).

6.4. *Internettets store skadepotensiale gjør effektiv tvisteløsning og reaksjon nødvendig*
Det at saken må bringes inn for domstolene, vil også medføre et potensielt *svært skadelig tidsspille*: Internett gjør det mulig å distribuere krenkelser til hele verden raskt, enkelt, (tilnærmet) kostnadsfritt og *viralt*¹⁰, og har således et *stort skadepotensiale*. Jf. avsnitt 52 i fortalen til ehandelsdirektivet (2000/31/EF):

"The effective exercise of the freedoms of the internal market makes it necessary to guarantee victims effective access to means of settling disputes; damage which may arise in connection with information society services is characterised both by its rapidity and by its geographical extent; in view of this specific character and the need

⁸ Jf. "Spørreundersøkelse om nordmenns musikkvaner på internett", Norstat april 2009 for musikkbransjen.

⁹ Jf. "Spørreundersøkelse om nordmenns musikkvaner på internett", Norstat april 2009 for musikkbransjen.

¹⁰ Fra en sluttbruker til en annen sluttbruker og deretter videre fra denne andre sluttbrukeren til en tredje sluttbruker osv.

to ensure that national authorities do not endanger the mutual confidence which they should have in one another, this Directive requests Member States to ensure that appropriate court actions are available; Member States should examine the need to provide access to judicial procedures by appropriate electronic means."

Ehandelsdirektivet oppmuntrer i den forbindelse til at det settes opp frivillige "codes of conduct" (jf. avsnitt 49 i fortalen og artikkel 16), samt til "out-of-court settlement of disputes" (jf. avsnitt 51 i fortalen og artikkel 17). Videre åpner direktivet uttrykkelig for *administrativ avgjørelse* om stenging (jf. avsnitt 45 i fortalen og artikkel 12.3), noe som også er reflektert i ehandelsloven § 20:

"Bestemmelsene i §§ 16-18 er ikke til hinder for at en domstol eller en forvaltningsmyndighet på annet rettsgrunnlag enn denne loven krever at tjenesteyteren bringer en overtredelse til opphør eller hindrer den."

Også opphavsrettsdirektivet (2000/29/EF) – som er nært knyttet til ehandelsdirektivet (jf. avsnitt 16 i fortalen til førstnevnte og avsnitt 50 i fortalen til sistnevnte) – henviser til Internetts skadepotensiale (jf. avsnitt 59 i fortalen):

"In the digital environment, in particular, the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carries a third party's infringement of a protected work or other subject-matter in a network. This possibility should be available even where the acts carried out by the intermediary are exempted under Article 5. The conditions and modalities relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States."

På denne bakgrunn pålegger opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 medlemsstatene (inkl. Norge gjennom EØS-avtalen) å sikre at det finnes hjemmel for forføyning overfor internettilbydere¹¹:

"Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right."

Heller ikke opphavsrettsdirektivet stiller krav til rettskraftig domstolsavgjørelse for å gjennomføre, eller pålegge internettilbydere å gjennomføre, bruksbegrensinger. Opphavsrettsdirektivet stiller videre *ikke* krav til en administrativ prosess som gjør *krenkeren til part*, jf. f.eks. dansk Højesterets kjennelser 10. februar 2006 i TDC-saken vedrørende stenging av to sluttbrukeres internettilgang og 27. mai 2010 i Telenor-saken vedrørende blokkering av kundene til Telenors tilgang til The Pirate Bay, som begge ble avgjort i rettighetshavernes favør *uten* at krenkerne/sluttbrukerne (hovedmennene) var part i saken.

¹¹ Jf. fotnote 16 med henvisning til EØ-domstolens uttalelse i sak C-557/07.

Behovet for å styrke krenkedes rettssikkerhet på Internett, og internettilbyderens rolle i den forbindelse, er også omtalt i Personvernemndas sluttrapport, NOU 2009: 1, s. 120-121:

"Personvernkommissjonen mener at det er mange hensyn, inklusive personvern hensyn, som tilsier at det bør være mulig å ytre seg anonymt eller med skjult identitet, både på trykk og på nett. Imidlertid ser vi at skjult identitet gjør at enkelte, uten å frykte for å måtte stå til ansvar, sprer ærekrenkelser og ondsinnet sladder og på den måten krenker andres personvern. Også andre rettsstridige ytringer, og da særlig opphavsrettsbrudd, hatefulle ytringer, trusler, spredning av ulovlig pornografi og oppfordringer til lovbrudd og selvmord, gjøres under skjult identitet. Av den grunn mener Personvernkommissjonen at det er viktig at det i media som tillater eller muliggjør ytringer med skjult identitet, finnes et annet klart definert ansvarssubjekt. I den utstrekning tjenestetilbydere, nettverter, tilbydere av fildelingstjenester, og andre, legger til rette for anonyme ytringer, bør disse også ha ansvaret for å forhindre at slike ytringer gjør skade. Som et minimum bør de ha i beredskap et apparat som er tilgjengelig for å motta klager på skadelige ytringer og uten ugrunnet opphold fjerne ytringer som krenker personvernet eller andre lover."

6.5. Rettssikkerheten til krenkeren vil ikke styrkes nevneverdig

Svekkingen av rettssikkerheten til krenket rettighetshaver som følge av lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse for å kunne gjennomføre, eller pålegge internettilbyder å gjennomføre, bruksbegrensning, vil – selv om den var akseptabel – ikke bidra til en nevneverdig styrking av rettssikkerheten til krenkeren.

Til tross for lovfesting av et slikt krav ville internettilbyderen fortsatt ha adgang – og i en viss utstrekning også plikt – til å begrense krenkerens tilgang til og bruk av internettilgangen uten rettskraftig domstolsavgjørelse:

- ved distribusjon av massedistribuerte elektroniske meldinger (SPAM), ondartet programvare (virus mv.) og liknende¹², samt
- ved betalingsmislighold og andre typer mislighold der sluttbruker misligholder sine privatrettslige kontraktsforpliktelser¹³.

Av de nevnte forarbeidene til § 2-5 (jf. fotnote 13) fremgår det at internettilbyder i tilfeller av betalingsmislighold mv. vil kunne gjennomføre bruksbegrensningen ikke bare uten rettskraftig domstolsavgjørelse, men også uten først å innhente særskilt tillatelse fra myndigheten. Begrunnelsen for dette er for betalingsmisligholds vedkommende at "[i] motsatt fall vil tilbyderen i slike tilfelle måtte levere tjenestene på kreditt og risikerer derfor ikke å få betalt fra sluttbruker som misligholder".

Det samme gjelder også ved begrensning av sluttbrukers tilgang til og bruk av internettilgangen ved distribusjon av SPAM og virus mv., jf. "Bransjenorm for felles innsats mot utbredelse av e-postspam" datert 1. september 2007 punkt 6:

¹² Jf. ekomloven § 2-3 annet ledd, Ot.prp. nr. 72 (2006-2007) merknad til § 2-3 på s. 58-59 og "Bransjenorm for felles innsats mot utbredelse av e-postspam" datert 1. september 2007.

¹³ Jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) merknad til § 2-5 på s. 90.

"Reaksjon overfor kunder som sender ut spam

Selskapene forplikter seg til til [sic.] å sikre at deres abonnementsvilkår er utformet slik at det er mulig å reagere overfor kunder som sender ut spam. Det skal framgå av vilkårene for tjenesten at utsendelse av spam er å anse for å være en misligholdelse av avtalen, og at denne typen adferd kan medføre sanksjoner som filtrering, begrensning eller stenging av forbindelsen."

I følge bransjenormen har internetttilbydere ikke bare rett, men også plikt, til å tilrettelegge for bruksbegrensninger i slike tilfeller.

Departementet foreslår alle disse unntakene videreført, jf. punkt 9 på s. 12-13 i høringsnotatet.

De omfattende unntakene fra en eventuell lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse, innebærer at sluttbrukeres *faktiske* rettssikkerhet i stor grad vil avhenge av internetttilbydernes standardavtaler og praksis ved mislighold av disse. Standardavtalene til store, norske internetttilbydere definerer misbruk av internettilknytningen i *lovbrudd* som mislighold av avtalen og hjemler således bruksbegrensninger ved slikt misbruk på *privatrettslig grunnlag*.

Lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse, vil således i praksis *ikke* øke sluttbrukeres rettssikkerhet. I stedet vil den bidra til å *sementere internetttilbyderes makt* til selv å definere hva som utgjør mislighold i standardavtalen og når det på dette grunnlag skal gripes inn. Den viktigste virkningen av lovfesting av et slikt krav, vil således være at *internetttilbyderens makt til selv å velge* hvilke krenkelser det skal gripes overfor, lovfestes.

Scandinavian TV Organisation Against Piracy (STOP) – et samarbeid mellom Telenor-selskapet Canal Digital og andre distributører for å bekjempe ulovlig utnyttelse av fjernsynssendinger som mottas via parabol- eller kabel-tv-anlegg – er et eksempel på at tilbydere i enkelte tilfeller selv griper inn overfor egne sluttbrukere i forbindelse med rettighetskrenkelser. På organisasjonens hjemmeside fremgår bl.a. følgende om virksomheten:

*"Områder der piratproblemene er størst besøkes. Ved å analysere markedet og sammenligne opplysninger fra analyseinstitutter, autoriserte forhandlere og enkeltpersoner, er de mest piratbelastede områder avdekket."*¹⁴

Henvendelsene til sluttbrukere fra STOP i Norge, hvor Advokatfirmaet Haavind Vislie AS er sekretariat, omfatter også rettighetskrenkelser på Internett ved hjelp av noe som kalles Dreambox, en kombinasjon av satellittuner og datamaskin som gjør at en kan dele kodekortene over Internett:

"– Vi så en endringer i markedet på Andenes. Det gjorde oss oppmerksom, og fikk oss til å undersøke saken. I tillegg har vi fått tips og snakket med folk før vi kom hit, sier Braf. Begge de to fra STOP som kom til Andenes har bakgrunn fra politiet, men de

¹⁴ Jf. http://www.stop-norge.no/read_press.php?headline_press=Kampanjen+i+mediene.

har ingen politimyndighet. Med mindre STOP anmelder eller saksøker de involverte, kan man derfor bare oppfordre folk til å slutte med den ulovlige virksomheten.

– Flere av de vi har snakket med la kortene på bordet. Noen har inngått en kontrakt der man lover å slutte med kortdelingen. Dette handler om tillit. Dersom de vil lure oss, så gjør de det. Men i neste omgang kan det bli snakk om søksmål og anmeldelse til politiet, sier Braf, som legger til at de også har vært i kontakt med politiet i Andøy om saken.

Han sier at de har fått stengt flere av nettverkene på Andenes.¹⁵

Internettilbydere og sluttbrukere, rettighetshavere og samfunnet for øvrig har en *felles interesse* i at Internett ikke misbrukes til lovbrudd. Det er slik vi ser det ingen prinsipiell forskjell mellom den virksomheten STOP allerede utøver på vegne av tilbydere, og den virksomheten vi og SIMONSEN utøver på vegne av våre medlemmer.

6.6. *Rettsikkerheten til krenkerens internettilyder vil heller ikke styrkes nevneverdig* Svekkingen av rettsikkerheten til krenket rettighetshaver som følge av lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse for å kunne gjennomføre, eller pålegge internettilyder å gjennomføre, bruksbegrensning, vil – selv om den var akseptabel – heller ikke bidra til en nevneverdig styrking av rettsikkerheten til krenkerens internettilyder.

Som departementet henviser til i første avsnitt på s. 13 i høringsnotatet, inneholder ehandelsloven §§ 16-19 bestemmelser om internettilyderes *ansvarsfrihet*. Ehandelsloven § 16 slik den er tolket av norske domstoler innebærer i praksis at internettilydere *ikke* kan holdes straffe- eller erstatningsansvarlig for sluttbrukeres misbruk av internettilknytningen. Jf. Borgarting lagmannsretts uttalelse i Telenor-kjennelsen inntatt i RG 2010 s. 171¹⁶:

"Det er ikke naturlig å se Telenors aktivitet som leverandør av et nettverk som straffbar medvirkning til at noen av Telenors kunder via The Pirate Bay direkte seg imellom laster opp eller laster ned opphavsrettslig beskyttet materiale. Telenors nøytrale og tekniske bidrag til disse handlingene er for fjerne til at de i lovens forstand unne [sic.] ha blitt karakterisert som ulovlige og straffbare handlinger. Lagmannsretten har på dette punkt funnet støtte i forarbeidene til endringsloven som innførte ehandelslovens regler om ansvarsfrihet, jf. Ot.prp.nr.4 (2003-2004) side 15:

¹⁵ Jf. [http://www.stop-norge.no/read_press.php?headline_press=Aksjon mot ulovlig tv-titting på Andenes](http://www.stop-norge.no/read_press.php?headline_press=Aksjon+mot+ulovlig+tv-titting+p%C3%A5+Andenes).

¹⁶ Sml. opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 og EU-domstolens uttalelse i sak C-557/07 om at "[a]n access provider, who merely provides a user with Internet access without offering other services such as inter alia email, FTP or file sharing services or exercising any control, either in law or in fact, over the services which the user makes use of, must be considered 'intermediaries' within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29". Det var uomtvistet i Telenor-saken at Telenor som følge av ansvarsfriheten etter ehandelsloven §§ 16-19 ikke kunne holdes straffe- eller erstatningsansvarlig f.eks. for sluttbrukeres misbruk av internettilknytningen til rettighetskrenkelser via The Pirate Bay. Spørsmålet i saken var hvorvidt denne ansvarsfriheten var til hinder også for *handlingsplikt* med grunnlag i det underliggende medvirkningsansvaret, jf. skillet ehandelsloven trekker mellom straffe- og erstatningsansvar (etter §§ 16-19) på den ene side og handlingsplikt (etter § 20) på den annen side.

'Gjennomføringen av artikkel 12 [tilsvarer ehandelsloven § 16] antas ikke å innebære noen realitetsendring i forhold til gjeldende rett for disse tjenesteytere ... De som tilbyr overføring- og tilgangstjenester etter § 16 er sannsynligvis allerede i dag fritatt for ansvar for den informasjon de kun overfører.'

Når internettildbydere på dette grunnlag verken kan holdes straffe- eller erstatningsansvarlig for sluttbrukeres misbruk av internettilknytningen til opp- eller nedlasting seg imellom, selv om internettildbyderen, som i dette tilfellet, velger å ignorere henvendelser fra rettighetshavere om å blokkere tilgangen til tjenesten, så nyter internettildbyderne allerede *immunitet* mot rettsforfølgelse fra krenket rettighetshaver.

Noen nevneverdig styrking av rettssikkerheten utover den en slik immunitet gir, er det vanskelig å tenke seg. Når internettildbydere allerede fritt, uten straffe- eller erstatningsansvar kan *velge* hvordan de vil forholde seg til sluttbrukernes misbruk av internettilknytningen til rettighetskrenkelser, så er det lite grunn til å frykte en "*chilling effect*" som følge av manglende rettssikkerhet. Uttalelsen i fjerde avsnitt på s. 13 i høringsnotatet om at urettmessige begrensninger i sluttbrukers tilgang til eller bruk av elektroniske kommunikasjonsnett eller -tjenester etter det departementet kjenner til, ikke er et stort praktisk problem, bekrefter dette.

Det vises i denne forbindelse også til at ehandelsloven § 18 jf. § 19 slik disse er tolket i lovforarbeidene, forutsetter at internettildbydere i rollen som *nettverter* vil kunne bli ansvarlige dersom de ikke uten ugrunnet opphold treffer nødvendige tiltak for å fjerne eller sperre tilgangen til ulovlig informasjon på nettet når de får veldokumenterte opplysninger om denne¹⁷. Til tross for og uavhengig av internettildbyderes ansvarsfrihet i rollen som leverandører av overførings- og tilgangstjenester – og en eventuell ytterligere begrensning av sistnevntes handlingsplikt i forslaget til ny § 2-5a –, vil internettildbydere i rollen som nettverter uansett måtte ha i beredskap et apparat som er tilgjengelig for å motta klager på rettighetskrenkelser og uten ugrunnet opphold treffer nødvendige tiltak for å fjerne eller sperre tilgangen til disse når de får veldokumenterte opplysninger om dem.

Det siste tilsier etter NVFs syn også at eventuelle påståtte utfordringer knyttet til det å skulle *vurdere lovligheten* av informasjon på nettet, *ikke* kan tillegges særlig vekt.

6.7. Oppsummering

Som det fremgår ovenfor, vil lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse for å kunne gjennomføre, eller pålegge internettildbyder å gjennomføre, bruksbegrensning, ikke styrke rettssikkerheten til verken krenkeren eller krenkerens internettildbyder nevneverdig.

I stedet vil en slik lovfesting *etablere en barriere* som vil *vanskeliggjøre* snarere enn tilrettelegge for at flere tvister mellom private parter kan løses uten at saken bringes inn for domstolene. At flere tvister mellom krenkere og krenkede kan løses *uten* at saken bringes inn for domstolene, vil være et *viktig bidrag* til en helt nødvendig styrking av krenkedes rettssikkerhet på Internett.

¹⁷ Jf. Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) merknad til §§ 18 og 19 på s. 39-40.

7. Lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse er ikke forholdsmessig

7.1. Innledning

Lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse for å kunne gjennomføre, eller pålegge internetttilbyder å gjennomføre, bruksbegrensning, er videre *ikke forholdsmessig* fordi en eventuell styrking av rettssikkerheten til krenkeren og/eller krenkerens internetttilbyder *ikke vil stå i forhold* til svekkelsen av krenket rettighetshavers rettssikkerhet.

7.2. Forholdet til bruksbegrensninger ved distribusjon av SPAM og virus mv.

Både forarbeidene til ekomloven § 2-5¹⁸ og forslaget til ny § 2-5a¹⁹ fremhever at bestemmelser om begrensning i tilgang skal sikre at bruksbegrensningene som foretas i tillegg til å være hensiktsmessige, også er forholdsmessige og nødvendige.

Dette er i følge departementet *ikke til hinder* for begrensning av krenkeres tilgang til og bruk av internetttilgangen ved distribusjon av SPAM og virus mv., betalingsmislighold og andre typer mislighold, ikke bare *uten* rettskraftig domstolsavgjørelse, men også *uten* først å innhente særskilt tillatelse fra myndigheten.

NVF deler departementets syn, og vi mener det *samme* må gjelde også ved *rettighetskrenkelser og andre lovbrudd*. Rettighetskrenkelser og andre lovbrudd vil, i likhet med distribusjon av SPAM og virus mv., vanligvis innebære *mislighold* av avtalen med internetttilbyderen. Og selv om enkelte internetttilbyderes avtaler mot formodning ikke skulle inneholde en slik bestemmelse, vil sluttbrukeren uansett *"ikke kunne ha en berettiget forventning om beskyttelse av rettsstridig bruk"*, jf. avsnitt 52 i Høyesteretts kjennelse i Altibox-saken²⁰.

7.3. Forholdet til bruksbegrensninger ved betalingsmislighold og andre typer mislighold

Som det er redegjort for under punkt 6.4 ovenfor, er skadepotensialet ved rettighetskrenkelser på Internett stort, noe som også kommer klart til uttrykk i det enorme omfanget slike rettighetskrenkelser har fått, jf. punkt 4 ovenfor med henvisninger.

Det ville være både uforholdsmessig og paradoksalt om betalingsmislighold på i størrelsesorden *noen hundre til noen tusen kroner* skulle gi adgang til å gjennomføre bruksbegrensninger uten rettskraftig domstolsavgjørelse, mens rettighetskrenkelser på i størrelsesorden *noen tusen til titusener av kroner* ikke skulle gi adgang til det.²¹

Også ved rettighetskrenkelser *risikerer krenkede ikke å få betalt* fra krenkeren dersom det ikke er adgang til å gjennomføre bruksbegrensninger uten rettskraftig domstolsavgjørelse, jf. begrunnelsen for unntaket for betalingsmislighold i forarbeidene til ekomloven § 2-5²².

¹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) merknad til § 2-5 første avsnitt på s. 90.

¹⁹ Jf. høringsnotatet punkt 9 på s. 12.

²⁰ Jf. Rt. 2010 s. 774.

²¹ Som eksempel på omfattende skade forårsaket av rettighetskrenkelser på Internett, vises det til Pitbullterje-saken (TFRED-2006-177576) hvor en mann ble dømt til å betale rettighetshaveren *kr. 50 000 i erstatning* for å ha gjort *én film*, spillefilmen Pitbullterje, tilgjengelig via fildelingsnettverket The Pirate Bay i en periode på *ca. to og en halv måned*. Erstatningen, som var beregnet til kr. 150 000, ble redusert blant annet som følge av at mannen var uten fast arbeid.

²² Jf. Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) merknad til § 2-5 på s. 90 gjengitt under punkt 6.5 ovenfor.

Det foreligger etter NVFs syn heller ingen andre forhold som tilsier *forskjellsbehandling av rettighetskrenkelser*. Det er erfaringsmessig *ikke vanskeligere å fastslå* at det foreligger en rettighetskrenkelse enn et betalingsmislighold når det er brakt på det rene at rettighetshaver ikke har samtykket til tilgjengeliggjøring for allmennheten eller eksemplarframstilling (opp- eller nedlasting).

Videre vil en bruksbegrensning være *like inngripende* enten den er begrunnet i betalingsmislighold eller straffbar og erstatningsbetingende rettighetskrenkelse. Og som Høyesterett fastslår i avsnittene 55-57 i kjennelsen i Altibox-saken²³, er det for rettighetskrenkelsers vedkommende tale om inngrep som er begrunnet i hensynet til beskyttelse av andres rettigheter, slik at det har et legitimt formål i EMK artikkel 8s (og artikkel 10s) forstand (jf. punkt 2.3 ovenfor).

7.4. Forholdet til blokkering av enkelte nettsteder med åpenbart ulovlig innhold

NVF er enig med departementet i at den nye artikkel 1.3.a i rammedirektivet ikke avskjærer adgangen til å blokkere enkelte nettsteder med åpenbart ulovlig innhold, for eksempel gjennom den nasjonale ordningen om etablering av *barnepornofilter* i Norge. Det samme må etter NVFs syn også gjelde nettsteder med rettighetskrenkelser.

Når slik *blokkering* – som innebærer *delvis* stenging av tilgang til og bruk av internetttilgangen for *alle* internetttilbyderens sluttbrukere – kan gjennomføres uten rettskraftig domstolsavgjørelse, så må en slik delvis stenging også kunne gjennomføres overfor *enkelte* sluttbrukere uten slik domstolsavgjørelse. Virkningen for den enkelte sluttbruker er den *samme* i begge tilfeller og vi kan heller ikke se andre hensyn som tilsier forskjellsbehandling av disse to situasjonene.

7.5. Oppsummering – forskjellsbehandling av krenkede rettighetshavere

Forslaget om lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse for å kunne gjennomføre, eller pålegge internetttilbyder å gjennomføre, bruksbegrensning, vil – på grunn av de mange foreslåtte unntakene – *i praksis bare ramme krenkede rettighetshavere*. Dette er *svært paradoksalt* ettersom rettighetshavere er den gruppen som gjennom de siste 10 årene har vært *mest utsatt for krenkelser* på Internett og som derfor har *størst behov* for å få sin rettssikkerhet styrket.

Den eneste gruppen som tilsynelatende har noe å vinne på lovfesting av et slikt krav, er internetttilbydere som *ikke ønsker handlefrihet* til å bidra til å stanse rettighetskrenkelser. Også dette er paradoksalt ettersom internetttilbyderne *fysisk medvirker* til rettighetskrenkelsene mot vederlag (i faktisk, om enn "nøytral" og ikke i straffe- eller erstatningsbetingende, forstand), og i mange tilfeller er de som *best* kan bringe slike overtredelser til opphør²⁴.

Den totale omsetningen til norske internetttilbyderne var i størrelsesorden NOK 10 000 000 000 (10 milliarder norske kroner) i 2009²⁵, ca. 10 ganger mer enn den samlede

²³ Jf. Rt. 2010 s. 774.

²⁴ Jf. f.eks. avsnitt 59 i fortalen til opphavsrettsdirektivet gjengitt under punkt 6.4 ovenfor.

²⁵ Jf. Post- og teletilsynet "*Det norske markedet for elektroniske kommunikasjonstjenester 2009*" 11./12. mai 2010 om omsetningen i Norge i 2010 (i milliarder norske kroner): Mobildata nesten 1,4 (s. 30),

norsk leie- og kjøpefilmomsetningen²⁶ og mer en 15 ganger mer enn den samlede norske platebransjen omsatte for²⁷. Internetttilbyderne og deres abuseavdelinger har således *ressursene* som skal til for å fylle sin unike rolle i arbeidet for å stanse rettighetskrenkelser og med det oppfylle plikten til å *begrense skadevirkningene* av virksomheten deres.

Rettsikkerhetshensyn tilsier etter NVFs syn at en eventuell lovfesting av krav om domstolsavgjørelse, dersom en slik lovfesting anses nødvendig, begrenses til *fullstendig* stenging av tilgang til og bruk av internettilgang og *ikke* får anvendelse ved delvis stenging. En slik bestemmelse bør i tilfelle få anvendelse ved *alle former for misbruk* – inkludert distribusjon av SPAM og virus mv. – og ikke i praksis begrenses til rettighetskrenkelser, personvernkrænkelser og andre integritetskrænkelser.

Uansett bør det etter NVFs syn *ikke* stilles et *generelt krav* om at domstolsavgjørelsen skal være *rettskraftig for å kunne fullbyrdes*. Spørsmålet om rettskraft som vilkår for fullbyrdelse, bør etter vårt syn avgjøres på grunnlag av de alminnelige bestemmelsene i tvisteloven § 19-13 jf., for midlertidig forføyning vedkommende, tvisteloven §§ 32-2, 34-3 og § 34-4. Rettskraft som vilkår for fullbyrdelse ville f.eks. *tilsidesette* hovedregelen ved midlertidig forføyning om at saksøkte plikter å etterleve forføyningen *straks kjennelsen er avsagt*, noe som etter omstendighetene ville kunne få svært uheldige følger.

8. Lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse er ikke nødvendig

8.1. Innledning

Lovfesting av krav om rettskraftig domstolsavgjørelse for å kunne gjennomføre, eller pålegge internettilbyder å gjennomføre, bruksbegrensning, er heller *ikke nødvendig* ettersom både krenkeren og krenkerens internettilbyder *allerede nyter et betydelig rettsvern*. Tvert imot er det *krenkede rettighetshaveres* rettsvern som behøver styres, jf. drøftelsen i punktene 6 og 7 ovenfor.²⁸

Vi ønsker i denne forbindelse også å knytte enkelte kommentarer til det skriftlige innspill departementet henviser til i høringsnotatets punkt 9, nærmere bestemt et brev fra IKT-Norge til departementet 27. mai 2010, utformet av organisasjons teleregulatoriske forum.

8.2. Til IKT-Norges oppfordring til flere søksmål mot sluttbrukere

I siste avsnitt på s. 2 i det nevnte brevet konkluderes det med at det etter IKT-Norges oppfatning *ikke* er hensiktsmessig å *utvide* adgangen til å kreve at en internettilbyder stenger ned tjenester som er involvert i ulovlige aktiviteter. Etter IKT-Norges syn finnes det *allerede tilfredsstillende* muligheter for å håndtere disse utfordringene på i gjeldende rett. Dette er det *motsatte* standpunkt av hva vi har gitt uttrykk for ovenfor, og vi har vanskelig for å følge IKT-Norges resonnering.

overføringskapasitet 1,430 (s. 32), dataoverføringstjenester 1,665 (s. 33), Internett 6,595 (s. 33) og oppringt Internett 0,055 (s. 35), til sammen 11,145. Statistikken er tilgjengelig via http://www.npt.no/ikbViewer/Content/119027/Ekomrapport_2009_.pdf.

²⁶ Jf. Release.no "Videoåret 2009: 909,9 millioner i kjøpefilmomsetning" 18. januar 2010 tilgjengelig via <http://www.release.no/artikkel.asp?ID=6141>.

²⁷ Jf. IFPI Norge "Salgsstatistikk 2009" tilgjengelig via http://www.ifpi.no/statistikk/2009/doc/STAT_%20IFPI_2009.pdf.

²⁸ Krenkere som ønsker det, vil uansett ha anledning til å kreve *etterfølgende* domstolsprøving, jf. også artikkel 1.3a siste setning i rammedirektivet: "The right to effective and timely judicial review shall be guaranteed."

Den sanksjonsmuligheten IKT-Norge henviser til, er muligheten til å *saksøke sluttbrukerne*:

"IKT-Norge antar at trusselen om straff og/eller erstatning bidrar til å disiplinere brukerne av Internett betraktelig. Dette gjelder trolig også fildeling, hvor det antakeligvis er slik at majoriteten av den norske befolkning opptrer lovlydig. Om rettighetshaverne i større utstrekning hadde valgt å gå direkte på selve lovovertrederne i stedet for ISPene ville den preventive effekten etter IKT-Norges oppfatning kunne ha økt."

NVF er enig med IKT-Norge i at både straffeforfølgning og sivilrettslige skritt med krav om erstatning er *viktige, sterke og nødvendige* virkemidler ved *alvorlige* rettighetskrenkelser. Vi er imidlertid *overrasket* over at dette etter IKT-Norge og toneangivende internetttilbyderes syn bør være ikke bare det *foretrukne*, men i praksis det *eneste virkemiddelet* også ved det store antallet *mindre alvorlige* rettighetskrenkelser begått av kundene deres, sluttbrukerne.

IKT-Norges og toneangivende internetttilbydere må være *de eneste* som mener at ikke bare internetttilbydere selv, men også sluttbrukere, krenkede rettighetshavere og samfunnet for øvrig er *tjent* med en slik utvikling.

8.3. *Til IKT-Norges bagatellisering av nødvendigheten av å styrke krenkede rettighetshaveres rettsikkerhet*

IKT-Norge synes videre å ville *bagatellisere* *alvoret* i situasjonen slik NVF, NVFs medlemmer og nær sagt alle andre rettighetshavere opplever den, og henviser i den forbindelse til at *"antakeligvis er [det] slik at majoriteten av den norske befolkning opptrer lovlydig"*. Det har IKT-Norge muligens rett i. Selv om færre enn 50 % deltar i krenkelsene, så representerer de imidlertid uansett et *alvorlig problem*. Også internetttilbydere ville opplevd situasjonen som prekær dersom "gratispassasjerer" stod for over halvparten av trafikken i nettet deres (i volum), selv om det skulle vise seg at færre enn halvparten av "kundene" stod for denne gratistrafikken (i antall).

Et annet eksempel er illustrerende: Det er grunn til å anta at majoriteten av den norske befolkning verken distribuerer SPAM eller virus mv. eller misligholder betalingsforpliktelser eller andre vilkår i avtalen med internetttilbyderen. Vi antar videre at andelen av befolkningen som deltar i slike krenkelser, og intensiteten i den enkeltes deltakelse, er *lavere* enn andelen som deltar i rettighetskrenkelser.

Vi har imidlertid *aldri* hørt IKT-Norge eller toneangivende internetttilbydere bruke dette som et argument for at det er *unødvendig med særlig hjemmel* for bruksbegrensninger ved distribusjon av SPAM og virus mv., betalingsmislighold og andre typer mislighold og at andre sanksjonsmidler i norsk rett som straff og/eller erstatning *må være tilstrekkelig*, slik de argumenterer med hensyn til rettighetskrenkelser.

Og selv om *skadens art* kan være forskjellig, betyr ikke det at *skadens alvor og omfang*, og *virkemiddelet for å begrense den* (herunder bruksbegrensninger), behøver være det. *Tvert imot* er det allerede fastslått at *bruksbegrensninger er et viktig virkemiddel* også for å begrense rettighetskrenkelser, jf. f.eks. avsnitt 59 i fortalen til og artikkel 8.3 i

opphavsrettsdirektivet gjengitt i punkt 6.4 ovenfor, slik disse er tolket av EU-domstolen i avgjørelsen i LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH mot Tele 2 Telecommunication GmbH (C-557/07) fra 19. februar 2009.

I følge en spørreundersøkelse er 64 % av nordmenn enig i at den eneste måten å stanse ulovlig nedlasting av musikk er ved at internetttilbydere stenger tilgangen til de nettsidene²⁹.

8.4. *Til IKT-Norges misvisende beskrivelse av internetttilbyderes medvirkningsansvar*
IKT-Norge er etter vårt syn også *misvisende* i sin beskrivelse internetttilbyderes medvirkningsansvar. Slik norske domstoler og IKT-Norge tolker loven, jf. Borgarting lagmannsretts avgjørelse i Telenor-saken³⁰, vil alminnelige internetttilbydere *aldri* være medvirkningsansvarlige for rettighetskrenkelser som foregår via deres nett. Dette fremgår ikke klart av brevet fra IKT-Norge, men derimot pressemeldingen "*IKT-Norge applauderer Telenors prinsippfasthet!*" 2. mars 2010³¹:

"La det ikke være noen tvil, IKT-Norge støtter rettighetshaverne i at ulovlig fildeling må bekjempes, men tiltakene som skal settes inn må være akseptable og rettet mot de som faktisk begått har ulovlige handlinger. Det spekuleres i at internettleverandørene skulle være ansvarlige og dermed regulere internettbrukernes aktiviteter, men slik kan det ikke være."

Som det er nærmere redegjort for i punkt 6.6 ovenfor, fastslår lagmannsretten i Telenor-saken at "*Telenors nøytrale og tekniske bidrag til disse handlingene er for fjerne til at de i lovens forstand unne [sic.] ha blitt karakterisert som ulovlige og straffbare handlinger*". Telenors "*nøytrale og tekniske bidrag*" i denne saken skiller seg ikke nevneverdig fra andre internetttilbyderes handlemåte i liknende saker. Det er derfor vanskelig å tenke seg situasjoner hvor slike tilbydere vil være medvirkningsansvarlige for rettighetskrenkelser som foregår via deres nett.

Som redegjort for i fotnote 16 ovenfor, var det *uomtvistet* i Telenor-saken at Telenor som følge av ansvarsfriheten etter ehandelsloven §§ 16-19 *ikke* kunne holdes straffe- eller erstatningsansvarlig f.eks. for sluttbrukeres misbruk av internettilknytningen til rettighetskrenkelser via The Pirate Bay. Spørsmålet i saken var hvorvidt denne ansvarsfriheten var til hinder også for *handlingsplikt* med grunnlag i det underliggende medvirkningsansvaret, jf. skillet ehandelsloven trekker mellom straffe- og erstatningsansvar (etter §§ 16-19) på den ene side og handlingsplikt (etter § 20) på den annen side.

IKT-Norge synes i nest siste avsnitt på s. 3 i sitt brev å legge til grunn det må foreligge en *rettskraftig dom* som fastsetter at sluttbrukere bedriver ulovlige aktiviteter for at internetttilbyderen skal kunne være medvirkningsansvarlig. Det er uklart hva IKT-Norge bygger dette på. Det følger av alminnelig norsk strafferett at rettsvillfarelse ikke fritar for straff³². I en sak om medvirkningsansvar vil domstolen ta stilling til om både de subjektive og

²⁹ Jf. "Spørreundersøkelse om nordmenns musikkvaner på internett", Norstat april 2009 for musikkbransjen.

³⁰ Jf. RG 2010 s. 171 og punkt 4 ovenfor.

³¹ Jf. <http://www.ikt-norge.no/NYHETER/Pressemeldinger-fra-IKT-Norge/IKT-Norge-applauderer-Telenors-prinsippfasthet/>.

³² Sml. straffeloven §§ 42 og 57.

de objektive vilkår for ansvar er oppfylt. Det kreves i den forbindelse verken at det allerede foreligger en rettskraftig dom mot hovedmannen, eller at hovedmannen overhode kan dømmes.

Det er uansett ikke disse forhold domstolen bygger sin avgjørelse på, men derimot internettilyderens "*nøytrale og tekniske bidrag*". I Telenor-saken forelå det for øvrig allerede en ennå ikke rettskraftig dom fra Stockholms tingsrett mot hovedmennene bak The Pirate Bay.

8.5. *IKT-Norge foretar ingen avveining av berørte interesser i samsvar med den nye artikkel 1.3.a i rammedirektivet*

Like viktig er det forhold at IKT-Norges tolkning av medvirkningsansvaret, dersom den var riktig, ville kreve ikke bare én, men *minst to* runder i rettsapparatet (én mot sluttbrukeren og én mot internettilyderen), og i verste fall *fire til seks* (dersom én eller begge anker), før bruksbegrensningen kunne gjennomføres.

Dette ville være uakseptabelt ved distribusjon av SPAM og virus mv., betalingsmislighold og andre typer mislighold, og er også uakseptabelt ved rettighetskrenkelser. Som redegjort for i punktene 2 og 6 ovenfor, forutsetter både EMK, EU-retten generelt og opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 og den nye artikkel 1.3.a i rammedirektivet spesielt, en slik avveining av de ulike berørte interesser. Sistnevnte fastslår således at "*[a] prior, fair and impartial procedure shall be guaranteed, including the right to be heard of the person or persons concerned*", men likevel underkastet/"*subject to the need for appropriate conditions and procedural arrangements in duly substantiated cases of urgency in conformity with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*".

Distribusjon av SPAM og virus mv., og *rettighetskrenkelser*, er nettopp eksempler på slike "*duly substantiated cases of urgency*" hvor det ikke kreves "*[a] prior, fair and impartial procedure shall be guaranteed, including the right to be heard of the person or persons concerned*".

Det ville således være i *strid* med Norges folkerettslige forpliktelser å *ensidig* vektlegge internettilyderens, eller krenkerens (sluttbrukerens), rettigheter, uten samtidig også å ta behørig hensyn til *krenkedes*, i dette tilfellet krenket rettighetshavers, rettigheter.

8.6. *IKT-Norges syn på internettilyders rolle er uforenlig med Norges folkerettslige forpliktelser*

Resultatet i den norske Telenor-saken innebærer etter NVFs syn at Norge har brutt sine folkerettslige forpliktelser etter EØS-avtalen i forbindelse med implementeringen av opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 i norsk rett. At det etter *IKT-Norges* oppfatning "*ikke [er] hensiktsmessig å utvide adgangen til å kreve at en ISP stenger ned tjenester som er involvert i ulovlige aktiviteter*", jf siste avsnitt på s. 2 i brevet, endrer ikke dette.

Vi ønsker i den forbindelse også kort å kommentere IKT-Norges sammenlikning av internettilydere med *bilverksteder*. Dersom en slik analogi til den fysiske verden er nyttig for forståelsen, og det tror vi kanskje ikke den er, så ville det i tilfelle være mer naturlig å sammenlikne internettilyderen med et *transportfirma* som kontinuerlig frakter store

mengder ulovlige varer for kundene sine. Heller ikke denne analogien er imidlertid dekkende. Et *begrenset antall* internettilbydere (de seks største har til sammen over 80 % markedsandel i Norge) har en *sentral rolle* i *all kommunikasjon* som foregår via Internett. Kombinasjonen av det *store skadepotensialet* til Internett og den *unike mulighet* internettilbyderne – som følge av sin sentrale rolle i nettet – har til å begrense disse skadevirkningene, gjør det etter vårt syn umulig å finne illustrerende paralleller i den fysiske verden. Jf. f.eks. bestemmelsen i opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 og begrunnelsen for denne i avsnitt 59 i fortalen henvist til i punktene 6.4, 8.3 og 8.4 ovenfor.


Det er *nedslående* å være vitne til det vi opplever som manglende bevissthet blant toneangivende internettilbydere om deres ansvar for å bidra til at de *fundamentale sivile rettighetene* ikke bare til krenkeren, men *også til krenkede*, blir ivaretatt ved krenkelser på Internett. Jf. f.eks. uttalselsen fra IKT-Norge i annet avsnitt på s. 6 i brevet om at det med IKT-Norges forslag blir "*lettere for ISPer å stå imot utilbørlig press fra rettighetshavere og andre tredjeparter om stengning mv.*".

Dette i en periode hvor internettilbydere har opplevd en vekst i omsetningen fra under én milliard norske kroner for ti år siden til over ti milliarder norske kroner i dag, samtidig som rettighetshavere har vært maktesløse tilskuere til vedvarende krenkelser i et enormt omfang, muliggjort av tjenester levert av nevnte internettilbydere.

Viktigheten og nødvendigheten av å implementere både gradert respons, artikkel 8.3 og annen hjemmel for å blokkere nettstedet med rettighetskrenkelser vil bli tatt opp igjen med Kulturdepartementet i forbindelse med den pågående revisjonen av åndsverkloven. Vi vil i den forbindelse også be departementet vurdere om bruksbegrensningene hjemlet i artikkel 8.3 bør baseres på et annet rettsgrunnlag enn medvirkningsansvar, jf. f.eks. rettsstillingen i Danmark hvor bruksbegrensningene er hjemlet i internettilbyderens egen rolle som hovedmann ved midlertidige eksemplarframstilling i nettet.

Vi ber om at det ikke nå foreslås endringer i ekomloven som kan vanskeliggjøre disse og andre viktige og nødvendige endringer i forbindelse med den kommende revisjonen av åndsverkloven.

Med vennlig hilsen
NORSK VIDEOGRAMFORENING


for Roald Dye