

Kulturdepartementet
Postboks 8030 Dep.
0030 Oslo

Ansvarlig advokat
Espen Tøndel

Oslo
30. september 2011

Vår ref.
RL/416770

HØRING OM ENDRINGER I ÅNDSVERKLOVEN – TILTAK MOT KRENKELSER AV OPPHAVSRETT M.M. PÅ INTERNETT

1 INNLEDNING

Vi viser til høring med bakgrunn i høringsbrev og høringsnotat fra Kulturdepartementet 19. mai 2011 (deres referanse 2011/02036 ME/ME1) om endringer i åndsverkloven – tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett. Vi ønsker med dette på vegne av Motion Picture Association (MPA) å kommentere departementets forslag.

2 OPPSUMMERING

MPA støtter departementets forslag til endringer i forbindelse med registrering og annen behandling av IP-adresser mv. og tilgang til abonnentens identitet (kapittel 2 i høringsnotatet), samt tiltak rettet mot nettsted hvor opphavsrett krenkes (kapittel 3 i høringsnotatet). De to første forslagene innebærer slik vi ser det i hovedsak en *klargjøring* av gjeldende rett. Det tredje forslaget innfører hjemmel i norsk rett for å hindre tilgang til nettsted ved sletting eller blokkering og bidrar således til å gjennomføre *opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3* og oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Departementet ønsker synspunkter fra høringsinstansene på departementets vurdering av tiltak i form av *varselbrev* (kapittel 4 i høringsnotatet). Slike varselbrev er etter MPAs syn et *viktig og nødvendig supplement* til de foreslåtte tiltakene rettet mot nettsted. Varselbrev gjør det mulig å nå berørte abonnenter med *informasjon på et tidlig tidspunkt*, fremfor at de først informeres når det innledes rettssak mot dem. Selv om sletting eller blokkering av nettsted ventelig vil være det foretrukne tiltaket i tilfeller hvor det er egnet, vil det også være mange tilfeller hvor det ikke er egnet, f.eks. fordi a) vilkåret om at en vesentlig del av innholdet må være ulovlig ikke er oppfylt, b) enkelte tar i bruk virkemidler for å omgå en etablert blokkering eller c) opphavsrettskrenkelsene skjer direkte fra bruker til bruker uten å involvere et nettsted.

Nødvendige materielle endringer og klargjøringer i åndsverkloven, f.eks. vedrørende lovligheten av å motta streaming fra ulovlig kilde, samt endringer som berører

håndhevingen av åndsverkloven i sin alminnelighet, herunder gjennomføringen i åndsverkloven av endringer tilsvarende dem foreslått i Justis- og politidepartementets høringsnotat "*Styrking av lovgivningen om håndhevingen av industrielle rettigheter m.m.*" 14. april 2011, er ikke del av det foreliggende forslaget. Vi vil derfor komme tilbake til disse i forbindelse med den varslede *helhetlige revisjonen* av åndsverkloven.

3 TIL BAKGRUNNEN FOR FORSLAGET

3.1 Innledning

Som departementet påpeker innledningsvis i høringsnotatet, er formålet med forslaget til endringer i åndsverkloven å *styrke* rettighetshavernes muligheter for håndheving av sine rettigheter ved krenkelser på Internett. Bakgrunnen for forslaget er at rettigheter til opphavsrettsbeskyttet innhold krenkes i et *stort omfang*, og at effektiv håndheving ved nettkrenkelser har *vist seg vanskelig*. Dette er MPA enig i.

3.2 Rettighetskrenkelser på Internett er fortsatt et stort problem

Departementet fremhever i sin introduksjon til åndsverklovens rettigheter og system at opphavsrett og nærstående rettigheter blant annet er begrunnet i å sikre opphavsmenn m.m. muligheter til å få et *økonomisk utbytte* av sitt skapende arbeid, at en grunntanke med dette er å stimulere kreativitet og åndsproduksjon i samfunnet og at lovens vern derfor *også er i samfunnets interesse*. Det er også riktig at opphavsmenn, som departementet uttrykker det, ikke hadde hatt de samme incentivene til skapende arbeid hvis de ikke hadde muligheten for økonomisk utbytte av sine verk.

Enda *viktigere* er det imidlertid at opphavsmenn ikke vil ha *mulighet* til å drive skapende virksomhet dersom de ikke kan *leve* av det. Som Björn Ulvaeus fra ABBA så klart uttrykte det: Benny Andersson og han selv ikke kunne ha gjort i dag det de gjorde på 1970-tallet. Det han henviser til, er at inntektene fra platesalget gav Benny Andersson og han selv mulighet til å forkaste 95 % av all ny musikk de skapte og med det la det beste stå frem. Én hel generasjon eller to av tekstforfattere og komponister har i følge Ulvaeus gått glipp av denne muligheten som en konsekvens av fallet i platesalget som rettighetskrenkelser på Internett har ført med seg.¹

Departementet påpeker at ulovlig fildeling (opp- og/eller nedlasting av rettighetsbeskyttet materiale til eller fra Internett uten rettighetshavers samtykke) er *svært utbredt*; at både film, TV-serier, musikk, bøker, lydbøker og dataspill er berørt av slike rettighetskrenkelser og at det utgjør en *stor trussel* mot rettighetshavernes legitime interesser.

En lang rekke studier bekrefter dette. Norsk platebransje har opplevd et fall i omsetningen på *omkring 50 %* de siste 10 årene. Til tross for utviklingen av attraktive lovlige tjenester som iTunes Store, WiMP og Spotify, fortsatte totalomsetningen (hvor nedlasting og streaming fra disse lovlige tjenestene inngår) å falle også i 2010.² Av en undersøkelse Econ

¹ Jf. Björn Ulvaeus' foredrag under Nordic Content Protection Conference i Stockholm 25. februar 2011.

² Jf. St. meld. nr. 21 (2007-2008) "*Samspill*" s. 49-50 og IFPI Norges "*Salgsstatistikk 2010*" tilgjengelig via www.ifpi.no/statistikk/2010/.

Pöyry utarbeidet på oppdrag fra Videobransjens felleskontor i 2007, fremgår det at *mer* film ses *ulovlig* på Internett i Norge enn lovlig på kino³.

Utbredelsen av rettighetskrenkelser på Internett var *enorm også i 2010*. Mens det var noe nedgang for musikk og lydbøker/hørespill, så vi samtidig en økning for film, TV-serier og musikkvideoer. Med mer enn 613 millioner låter, 106 millioner filmer, 174 millioner TV-serier og 7,5 millioner lydbøker/hørespill kopiert ulovlig i 2010, utgjør rettighetskrenkelser på Internett *fortsatt* en stor trussel mot rettighetshavernes legitime interesser.⁴

Rettighetshavere har lagt betydelige ressurser ned i utvikling av attraktive lovlige tjenester (jf. punkt 3.5 nedenfor); informasjon om skillet mellom lovlig og ulovlig bruk og konsekvensene av ulovlig bruk for krenkede og de som begår krenkelsene, samt reaksjon overfor konkrete krenkelser i form av et stort antall politianmeldelser, initiativ til utenrettslig løsning av tvister (varselsbrev) og rettslige skritt (f.eks. Napster.no-, Telenor- og Max Manus-sakene⁵). Til tross for disse tiltakene har det i realiteten *ikke vært reagert* overfor den som begår slike krenkelser i Norge de siste 10 årene, dels fordi så og si alle politianmeldelser henlegges på grunn av ressursmangel og dels fordi toneangivende internettilbydere nekter å reagere på frivillig basis overfor rettighetskrenkelser slik de daglig gjør det bl.a. overfor SPAM og virus mv. (jf. punkt 3.3 nedenfor).

3.3 Nye tiltak er nødvendig

3.3.1 Internetts egenart

Departementet fastslår i sin redegjørelse om ulovlig fildeling og andre opphavsrettskrenkelser på Internett at det som følge av den *teknologiske utviklingen* har blitt vanskelig for rettighetshaverne å kontrollere bruken av opphavsrettsbeskyttet innhold og håndheve sine rettigheter. Departementet trekker frem to særtrekk ved krenkelser på Internett som vanskeliggjør sivilrettslig håndheving: Mulighetene til å *opptre anonymt* og at virksomheten i stor grad skjer *over landegrensene*.

Dette er MPA enig i. Andre egenskaper ved Internett forsterker etter vårt syn denne effekten: Kombinasjonen av høy tilgjengelighet, lave kostnader, høy kvalitet, høy overføringshastighet fra én til mange brukere (direkte eller via andre brukere) og det at både skaden og de skadelidte er usynlige for de som begår krenkelsene, bidrar til at *antallet krenkelser* raskt blir høyt og *omfanget av skaden* raskt blir stor. Skal målet om å styrke håndhevingsmulighetene nås, er det nødvendig at tiltakene som gjennomføres er tilpasset også til disse særtrekkene ved krenkelser på Internett og således inkluderer både tiltak rettet mot nettsted og varselsbrev (jf. nedenfor).

3.3.2 Balanserte løsninger – erfaringer fra andre lovbrudd på Internett

Departementet understreker at det ved utformingen av lovforslaget er lagt vekt på å finne *balanserte løsninger* som ivaretar andre hensyn som håndheving av rettigheter på nett berører, særlig hensynene til personvern, rettssikkerhet og ytringsfrihet. MPA støtter dette.

³ Jf. Econ Pöyry "*Nedlasting av film*", 6. mars 2008.

⁴ Jf. Synovate "*Kopiering av opphavsrettslig beskyttet innhold i 2010*", 10. februar 2011 utarbeidet på oppdrag fra Norwaco.

⁵ Jf. Rt. 2005 s. 41, RG 2010 s. 171 og Rt. 2010 s. 774.

MPA er også innforstått med at det ikke foreslås tiltak som kan medføre at enkeltpersoner utestenges fra Internett.

Også andre lovbrudd enn opphavsrettskrenkelser – som massedistribuerte elektroniske meldinger (SPAM) og ondartet programvare (virus mv.), barnepornografi og personvernkrænkelser generelt – har sett en enorm økning i antall og omfang. I tilknytning til disse lovbruddene er det, fordi dette har vært ansett for viktig og nødvendig, *allerede gjennomført liknende tiltak* som dem departementet nå drøfter i forbindelse opphavsrettskrenkelser (inkludert både tiltak rettet mot nettsted og varselbrev).

Det er etter MPAs syn viktig å se hen til erfaringene fra slike tilgrensende rettsområder fordi de viser hvordan håndhevingen gjennom å tilpasses Internettets egenart kan bli *effektiv*, samtidig som hensynene til personvern, rettssikkerhet og ytringsfrihet ivaretas på en balansert måte:

Tiltak for å forebygge og begrense mengden av SPAM og virus mv. særpreges ved at de er *utenrettslige* (gjennomføres uten domstolsavgjørelse og i mange tilfeller også uten administrativ avgjørelse) og inkluderer både 1) registrering og annen behandling av IP-adresser, 2) tilgang til abonnentens identitet, 3) varselbrev og 4) hindring av misbruket ved blokkering eller sletting.

I følge ekomloven § 2-3 annet ledd kan myndighetene gi forskrift eller treffe enkeltvedtak om at tilbyder *skal* gjennomføre tiltak som forebygger og begrenser mengden av SPAM, virus mv. og lignende. Det fremgår av forarbeidene at denne hjemmelen vil kunne anvendes blant annet til å fatte enkeltvedtak overfor eventuelle internettilbydere som stiller seg utenfor en hensiktsmessig selvregulering⁶. Toneangivende internettilbydere har etter initiativ og oppfordring fra Samferdselsdepartementet og Post- og teletilsynet sluttet seg til slik selvregulering i form av "*Bransjenorm for felles innsats mot utbredelse av e-postspam*"⁷. Bransjenormen pålegger internettilbyderne en rekke *utenrettslige tiltak*, herunder at det skal være mulig å *reagere* overfor kunder som sender ut SPAM, jf. punkt 6 i bransjenormen:

"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, begrensnig eller stenging av forbindelsen."

Bransjenormen gir internettilbyderne rett og plikt ikke bare til å *varsle* berørte abonnenter, men om nødvendige også *reagere* med bruksbegrensninger (delvis eller fullstendig

⁶ Jf. Ot.prp. nr. 72 (2006-2007) merknad til § 2-3 på s. 58 og 59. Ordningen er foreslått videreført i høringen tidligere i år om endring i ekomloven med forskrifter, jf. Samferdselsdepartementets høringsnotat "*Utkast til endringer i ekomlov, ekomforskrift og nummerforskrift*" 23. juni 2010 punkt 7 på s. 10 og punkt 9 på s. 12-13.

⁷ Jf. nyhet fra Samferdselsdepartementet 11. oktober 2007 tilgjengelig via <http://www.regjeringen.no/nb/dep/sd/aktuelt/nyheter/2007/Bransjenorm-for-bekjempelse-av-spam.html?id=485412>, og nyhet fra Post- og teletilsynet samme dag tilgjengelig via http://www.npt.no/portal/page/portal/PG_NPT_NO_NO/PAG_NPT_NO_HOME/PAG_NPT_NO_VIS_NY_HET?p_d_i=-121&p_d_c=&p_d_v=104304. Sistnevnte inkluderer også peker til selve bransjenormen.

stenging av tilgang til og bruk av internettilknytningen), og dette på et *rent privatrettslig grunnlag* uten noen form for administrativ avgjørelse.

Barnepornofilteret – i dag kalt "*Internettfilteret CSAADF*" – er en *utenrettslig løsning* for DNS-blokkering av barnepornografi etablert i samarbeid mellom KRIPOS og Telenor. Også dette filteret – som hver eneste dag blokkerer mer enn 15 000 sider med barnepornografi bare i Norge – har vært en stor suksess og er til nå eksportert til et titalls andre land⁸. Justismyndighetene har oppfordret *alle* internettilydende i Norge til å støtte opp om Barnepornofilteret slik at det ikke blir nødvendig å innføre et lovpåbud⁹. Mer informasjon er tilgjengelig på Kripos' nettsider tips.kripos.no.

Også i forbindelse med personvernkrænkelser generelt er det tatt initiativ til å styrke krenkedes rettssikkerhet på Internett gjennom effektive utenrettslige løsninger. Personvernemnda fremhever i sin sluttrapport 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*"¹⁰.

Datatilsynet har i tråd med en annen av Personvernemndas anbefalinger etablert en utenrettslig løsning, tjenesten Slettmeg.no, som fokuserer på krænkelser som berører personvernet og tilbyr rådgivning om sletting av uønskede opplysninger fra Internett¹¹. Mer informasjon er tilgjengelig på tjenestens nettsider www.slettmeg.no.

3.3.3 På høy tid med tilsvarende tiltak også mot opphavsrettskrænkelser m.m. på Internett

Ved å gjennomføre lovendringene oppsummert i punkt 2 ovenfor (inkludert både tiltak rettet mot nettsted og varselbrev) vil mulighetene til å stanse opphavsrettskrænkelser m.m. på Internett i større grad samsvare med de mulighetene som *allerede finnes* for å stanse SPAM og virus mv., samtidig som hensynene til personvern, rettssikkerhet og ytringsfrihet også blir ivaretatt. Tatt i betraktning de enorme tap opphavsrettskrænkelser m.m. på Internett har påført rettighetshavere det siste tiåret og de alvorlige konsekvenser dette allerede har hatt for deler av norsk kulturliv, er det etter MPAs syn *på høy tid*.

3.4 Rettslige rammer

3.4.1 Innledning

Departementet gir i sin introduksjon til åndsverklovens rettigheter og system et overblikk over det rettslige vernet åndsverkloven, internasjonale konvensjoner og avtaler gir åndsverk og nærstående rettigheter. Departementet påpeker i den forbindelse at åndsverk i digital form har *like sterk rettslig beskyttelse* som åndsverk i analog form og, litt senere, at

⁸ Jf. siste avsnitt på s. 3 i arbeidsgrupperapporten "*Forebygging av internettrelaterte overgrep mot barn*" 30. januar 2010 (Faremo-rapporten).

⁹ Jf. Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) punkt 2.18.6 på s. 71.

¹⁰ Jf. NOU 2009: 1 "*Individ og integritet – Personvern i det digitale samfunnets*" s. 120-121.

¹¹ Jf. NOU 2009: 1 "*Individ og integritet – Personvern i det digitale samfunnets*" s. 125.

opphavsmannens enerett til å gjøre sine verk tilgjengelig for allmennheten er *teknologinøytral*.

Dette er etter MPAs syn viktig. Og, med ønsket om og forventningene til kunnskaps- og informasjonssamfunnet som kilde til *sysselsetning og verdiskapning*, vil det bli enda viktigere i tiden som kommer (jf. punkt 3.5 nedenfor)¹².

3.4.2 Norges internasjonale forpliktelser

Norge er i henhold til internasjonale konvensjoner og avtaler som Bern-konvensjonen, TRIPS-avtalen og opphavsrettsdirektivet (2001/29/EF), samt WCT og WPPT når disse ventelig blir ratifisert, *forpliktet* til å gi rettighetshavere *effektiv beskyttelse* mot krenkelse av deres enerett til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten. Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) fastslår uttrykkelig at også *personvern* (jf. artikkel 8.2) og *ytrings- og informasjonsfrihet* (jf. artikkel 10.2) *må vike* når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn for å beskytte andres rettigheter, inkludert eiendomsrett og immaterielle rettigheter¹³.

Distribusjon av film, TV-serier, musikk, bøker, lydbøker og dataspill på Internett uten rettighetshavers samtykke, krenker *selve fundamentet* for rettighetshavernes inntekter og levebrød – opphavsmannens økonomiske enerett etter åndsverkloven § 2, og utøvende kunstnere og tilvirkere (produsenter) av lydopptak og films nærstående rettigheter etter åndsverkloven §§ 42 og 45 – og dessuten rettighetshavernes *ideelle rettigheter* (retten til navngivelse og respekt) etter åndsverkloven § 2 jf. § 42 siste ledd.

Den *eneste* rettslige beskyttelse tilgjengelig for rettighetshavere i Norge i dag, er *sivile søksmål* mot Internett-brukerne som begår krenkelsene. Dette er *ingen effektiv beskyttelse* mot andre lovbrudd på Internett som distribusjon av SPAM og virus mv., og det er heller ingen effektiv beskyttelse mot krenkelse av opphavsrett og nærstående rettigheter. Med dette som eneste tilgjengelige beskyttelse, må det konstateres at Norge per i dag *ikke oppfyller forpliktelsene* etter internasjonale konvensjoner og avtaler til å gi rettighetshavere effektiv beskyttelse mot krenkelse av deres rettigheter.

3.4.3 Strafferettslig forfølgelse

Departementet nevner i sin redegjørelse om ulovlig fildeling og andre opphavsrettskrenkelser på Internett at strafferettslig forfølgelse av rettighetskrenkelser på Internett har vist seg *ineffektivt* fordi politiet ikke har ressurser til å følge opp mer enn et fåtall saker. MPA kan bekrefte dette. Til tross for at rettighetskrenkelser på Internett er svært utbredt og utgjør en stor trussel mot rettighetshavernes legitime interesser (jf. punkt 3.2 ovenfor) og til tross for et stort antall politianmeldelser av slike krenkelser de siste årene, har *mindre enn én sak hvert år* i gjennomsnitt ledet til (straffe)reaksjon.

Krenkelse av opphavsrett og nærstående rettigheter, og medvirkning til slik krenkelse, er straffbart etter åndsverkloven § 54, og det er viktig at politi- og påtalemyndighet håndhever denne bestemmelsen. Erfaringer fra andre land viser at effektiv straffeforfølgning av immaterialrettskrenkelser først blir mulig når det *etableres en egen enhet* innen politi og

¹² Jf. f.eks. St.meld. nr. 17 (2006–2007) "Eit informasjonssamfunn for alle".

¹³ Jf. EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1.

påtalemyndighet hvis eneste oppgave er å straffeforfølge slike krenkelser. I Sverige ble, som det fremgår av høringsnotatet, en slik enhet etablert i 2008 og MPA har tatt til orde for at en slik enhet også blir etablert i Norge.

3.4.4 *Et supplement, men ikke et alternativ til sivilrettslig håndheving*

En slik egen enhet innen politi og påtalemyndighet vil være et *viktig supplement*, men ikke et alternativ, til rettighetshavernes egen sivile håndheving av deres rettigheter. Vi har tradisjon i Norge for at de *fleste tvister* mellom private parter løses uten at politi og påtalemyndighet involveres, eller saken bringes inn for domstolene, og tradisjonelt har, som departementet påpeker, sivilrettslig håndheving blitt benyttet ved "analoge" opphavsrettskrenkelser. Erfaringene fra andre lovbrudd på Internett som distribusjon av SPAM og virus mv., viser at sivil, og utenrettslig, håndheving er minst like viktig ved "digitale" krenkelser som ved analoge.

Som Høyesterett fastslår i avsnitt 51 i Max Manus-kjennelsen, ville et krav om at rettighetshavere må forfølge mulige krenkelser via politi- og påtalemyndighet, for øvrig være i dårlig samsvar med Norges *folkerettslige forpliktelser* etter TRIPS-avtalen¹⁴.

3.4.5 *Rimelig fordeling av kostnadene*

Opphavsrett m.m. har liten verdi dersom kostnadene ved håndhevingen overstiger den gevinsten som oppnås. *Kostnadseffektiv* gjennomføring av de foreslåtte tiltakene og en rimelig fordeling av kostnadene mellom de berørte aktørene (rettighetshaver, internetttilbydere, staten og, der hvor det er aktuelt, den ansvarlige for krenkelsen), er derfor av avgjørende betydning for nå målet om å styrke håndhevingsmulighetene på Internett.

Virksomheter behøver ikke ha opptrådt klanderverdig eller ulovlig for få kunne pålegges ansvar, inkludert erstatningsansvar, jf. f.eks. læren om *ansvar for farlig bedrift* som dannet grunnlag for det *ulovfestede objektive ansvaret*¹⁵. For øvrig lovlige og samfunnstjenlige virksomheter kan med grunnlag i læren pålegges ansvar for skadelige følger av virksomheten. Med utgangspunkt i momenter som hvorvidt risikoen er stadig; skadeevnen (risikoens og skadens størrelse); om risikomomentet er særpreget/typisk og ekstraordinært; påregneligheten for at skade skal inntre; om det foreligger teknisk svikt eller ufullkommenhet, og om det etter en interesseavveining er rimelig at virksomheten blir ansvarlig, foretas en helhetsvurdering av hvorvidt virksomheten eller skadelidte er *nærmest til å bære følgene* av virksomheten.¹⁶

Til tross for at mange av de ovennevnte momentene kunne sies å tale for at internetttilbydere burde være ansvarlige på objektivt grunnlag for misbruk av internettilknytning ved rettighetskrenkelser, er internetttilbydere i stedet innvilget vidtrekkende *ansvarsfrihet* i ehandelsdirektivet (2000/31/EF)¹⁷ og ehandelsloven¹⁸. Det var meningen fra lovgivers side at denne ansvarsfriheten skulle ledsages av *samarbeid* om å

¹⁴ Jf. Rt. 2010 s. 774.

¹⁵ Jf. også prinsippet om at *forurenser betaler* nedfelt i forurensningsloven § 55.

¹⁶ Jf. f.eks. NOU 2000: 16 som i punktene 1.13 og 13 på s. 25 og 341 flg. drøfter læren om ulovfestet objektivt ansvar i en annen relasjon, og Nils Nygaard "*Skade og ansvar*" 6. utgåve kapittel 4 III "*Ulovfestet objektivt ansvar*" på s. 253 flg.

¹⁷ Jf. ehandelsdirektivet (2000/31/EF) artikkel 12.1, 12.2, 13.1, 14.1 og 15.1.

¹⁸ Jf. ehandelsloven §§ 16-19.

begrense de skadelige følgene av virksomheten, og en mulighet til å pålegge internettilbyderne å *bistå aktivt* når dette var påkrevet¹⁹. Jf. også opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 jf. avsnitt 59 i fortalet (omtalt i punkt 5.7 nedenfor).

Dette har imidlertid *ikke skjedd*. Parallelt med internettilbydere benytter *tilsvarende tiltak* aktivt hver eneste dag mot lov- og avtalebrudd som rammer internettilbydernes *egen virksomhet*, f.eks. distribusjon av SPAM og virus mv. og betalingsmislighold, har internettilbydere *snudd ryggen til* og ignorert de skadelige følgene virksomheten deres har hatt for krenkede rettighetshavere. Det vises i den forbindelse til IKT-Norges avvisning av enhver form for samarbeid om og aktiv bistand for å stanse rettighetskrenkelser. Det er *paradoksalt* at internettilbydere forsvarer retten til å gjennomføre bruksbegrensninger uten rettskraftig domstolsavgjørelse ved betalingsmislighold, mens de avviser å blokkere tilgangen til tjenester som The Pirate Bay og videresende varselbrev til berørte abonnenter ved rettighetskrenkelser som påfører krenkede rettighetshavere betydelige tap.²⁰

Norske internettilbydere hadde en samlet omsetning i 2010 på i størrelsesorden NOK 10 000 000 000 (10 milliarder norske kroner)²¹, ca. 10 ganger mer enn den samlede norsk leie- og kjøpefilmomsetningen²² og mer en 15 ganger mer enn den samlede norske platebransjen omsatte for²³. Mens internettilbyderne de siste 10 årene har opplevd en *vekst* i omsetningen fra under én milliard til over ti milliarder norske kroner, har rettighetshaverne til musikk, film og TV-serier som distribueres via Internett – til tross for store investeringer i nye lovlige tjenester – vært maktesløse tilskuere til at *tapene* ved denne utviklingen *muliggjort av tjenester levert av nevnte internettilbydere* langt har overskredet inntektene. Platebransjen har f.eks. i den samme 10-årsperioden opplevd et *omsetningsfall på omkring 50 %*²⁴.

Internettilbyderes *aktive bistand* for å gjennomføre tiltakene oppsummert i punkt 2 ovenfor (inkludert tiltak rettet mot nettsted og varselbrev), og ansvar for å *dekke egne kostnader* i den forbindelse, er et nødvendig *minimum* for å *gjenopprette balansen* mellom krenkede og de som begår krenkelsene, og mellom internettilbyders ansvarsfrihet og bistandsplikt. Dette er etter MPAs syn den eneste måten departementets mål om å sikre rettighetshaverne "*rimelige og effektive midler*" til å håndheve sine rettigheter etter åndsverkloven gjennom sivilrettslige virkemidler også når krenkelsene skjer på Internett, kan oppnås på.

¹⁹ Jf. ehandelsdirektivet (2000/31/EF) artikkel 12.3, 13.2, 14.1.b, 14.3 og 15.2, og ehandelsloven § 20.

²⁰ 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 rettighethaveren 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.

²¹ Jf. Post- og teletilsynet "*Det norske markedet for elektroniske kommunikasjonstjenester 2010*" 20. mai 2011 tilgjengelig via http://medienorge.uib.no/files/Eksterne_pub/Ekomarkedet_2010.pdf.

²² Jf. Release.no "*Videoåret 2009: 909,9 millioner i kjøpefilmomsetning*" 18. januar 2010 tilgjengelig via <http://www.release.no/artikkel.asp?ID=6141>.

²³ Jf. IFPI Norge "*Salgsstatistikk 2010*" tilgjengelig via <http://www.ifpi.no/statistikk/2010/>.

²⁴ Jf. St. meld. nr. 21 (2007-2008) "*Samspill*" s. 49-50 og IFPI Norges "*Salgsstatistikk 2010*" tilgjengelig via www.ifpi.no/statistikk/2010/.

3.5 Nye forretningsmodeller

3.5.1 *Tilbudet av gode lovlige tjenester er i dag større enn noensinne*

MPA er enig med departementet i at det er viktig å utvikle attraktive lovlige tjenester og at det er et ansvar som i hovedsak påhviler aktørene i bransjen. Aktørene i bransjen tar dette ansvaret på alvor og tilbudet av gode lovlige tjenester er i dag større enn noensinne.

Departementet nevner selv streaming-tjenestene WiMP og Spotify på musikkområde. Vi vil i tillegg fremheve iTunes Store, samt nettbutikker som CDON.COM og Platekompaniet. På filmområde har kabel-TV distributører som Canal Digital, Get og Altibox, samt internettilbydere som Telenor og NextGenTel, et bredt tilbud av populære nye og eldre filmer. I tillegg finnes rene streaming-tjenester som SF Anytime, film2home og Voddler, mens LOVEFiLM, CDON.COM og Platekompaniet tilbyr streaming og/eller DVD/Blu-ray levert hjem til dem som foretrekker det.

Også dataspill er tilgjengelig online via spillkonsoller (PlayStation Network og Xbox LIVE), PC/Mac (Steam, Battle.net, Origin, Funcom, osv.) og mobiltelefoner/lesebrett (Apple App Store, Android Market, osv.), eventuelt levert hjem til dem som foretrekker det fra nettbutikker som CDON.COM og Platekompaniet. De fleste store, norske bokhandlerekjeder selger nå norske e-bøker levert online til PC/Mac og mobiltelefoner/lesebrett (Apple iOS og Android) via Bokskya. I tillegg er et stort utvalg engelske e-bøker tilgjengelig fra Amazon Kindle (for Amazon Kindle, Apple iOS, Android og PC/Mac) og Apple iBookstore. Lydbøker er tilgjengelig online f.eks. fra Lydbokforlaget og Apple iTunes.

Disse lovlige tjenestene kan definitivt konkurrere med de ulovlige tjenestene når det gjelder brukervennlighet, og de låser ikke lovlig ervervet innhold til bestemte plattformer i større utstrekning enn brukerne på forhånd er gjort oppmerksom på. Flere av tjenestene tilbyr også gavekort eller liknende som gjør at også brukere uten kredittkort, for eksempel ungdom, kan gjennomføre transaksjoner på Internett.

3.5.2 *Ulovlig nedlasting vil fortsette så lenge sjansene for å bli tatt er så liten*

Til tross for at tilbudet av gode lovlige tjenester i dag er større enn noensinne, fortsetter krenkelsene av opphavsrett m.m. på Internett i et enormt omfang, noe som i tillegg til å påføre rettighetshaverne store tap også truer lønnsomheten til de nye lovlige tjenestene. MPA er enig med departementet i at det er *vanskelig å konkurrere med det som ulovlig tilbys gratis* og at en tilfredsstillende reduksjon av den ulovlige aktiviteten derfor også forutsetter muligheter for rettighetshavere til å håndheve opphavsrett m.m. på Internett. Dette synet deles av 86 % av befolkningen (92 % av de under 30 år) som i følge Norstats spørreundersøkelse for musikkbransjen fra april 2009 er enig i at *ulovlig nedlasting vil fortsette så lenge sjansene for å bli tatt er så liten*.

I følge økonomisk forskning og teori vil målet om at *de fleste brukere velger de lovlige tjenestene* fremfor de ulovlige, først oppnås når *transaksjonskostnadene* ved ulovlig fildeling overgår summen av transaksjons- og anskaffelseskostnader for de lovlige

tjenestene²⁵. Transaksjonskostnadene ved rettighetskrenkelser på Internett inkluderer *juridiske kostnader* som risiko for å bli tatt og sanksjoner når en blir tatt; *søkekostnader* som tid og krefter brukt på å finne ulovlig film, TV-serier, musikk, bøker, lydbøker og dataspill, samt *moralske kostnader* som etiske betenkeligheter ved å "stjele" fra rettighetshavere.

Også juridisk teori fastslår at 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 oppnå²⁶. Det er således *ikke nødvendig* for at lovendringene oppsummert i punkt 2 ovenfor skal være effektive, at ulovlig fildeling blir *umulig* slik at alle slutter med det. Det er tilstrekkelig at den blir så *risikofyllt, tungvint og ubehagelig* at de fleste velger de lovlige tjenestene fremfor de ulovlige.

Dette er en realitet ikke bare ved omsetning av kulturnæringenes verk og arbeider. Også i andre deler av samfunnet ser en at stadig mer attraktive lovlige tjenester – f.eks. utvidelse av åpningstider eller utvikling av kjøpesentre med enkel adkomst, butikker i gangavstand fra hverandre og "uteområdene" overbygd med tak – ikke fører til at det blir slutt på tyveri og innbrudd. Tvert imot har stadig flere kjøpmenn sett seg nødt til gjennomføre håndhevingstiltak som øker transaksjonskostnadene ved å bryte loven, så som å installere avanserte alarmsystemer og leie inn vektere.

Gode lovlige tjenester og muligheter for rettighetshavere til å håndheve opphavsrett m.m. på Internett er derfor ikke et enten-eller, men et både-og. Det er videre ikke bare slik, som departementet uttrykker det i høringsnotatet, at de foreslåtte tiltakene vil kunne *stimulere* til utvikling og investering i nye lovlige tjenester. Etter vår mening er tiltakene en *nødvendig forutsetning* for at kulturnæringene i det hele tatt skal ha *økonomisk styrke til å utvikle* slike tjenester.

MPA ønsker etter disse generelle kommentarene til bakgrunnen for forslaget, også å kommentere enkelte sider ved de foreslåtte tiltakene nærmere.

4 REGISTRERING AV IP-ADRESSER MV. OG TILGANG TIL IDENTITET

4.1 Innledning

Departementet påpeker helt riktig i innledningen til punkt 2.4 i høringsnotatet, at skal rettighetshavere ha *mulighet til sivilrettslig forfølgning* også ved krenkelser på Internett – en mulighet Høyesterett har fastslått at Norge er folkerettslig forpliktet til å gi dem²⁷ – *forutsetter* dette en adgang til å registrere og lagre IP-adresser som er benyttet til krenkelser, og til å få tilgang til identiteten til abonnenten som den aktuelle IP-adressen kan kobles til. Departementet foreslår deretter at det gis egne regler i nye §§ 56a og 56b i åndsverkloven som regulerer disse spørsmålene.

²⁵ Jf. Terje Gaustad "*Internett-basert piratkopiering av musikk og film: Økonomiske konsekvenser og forutsetninger for overgang til bærekraftig nettbasert distribusjon*", Magma nr. 9 2009 tilgjengelig via <http://www.magma.no/?nid=185379>.

²⁶ Jf. Johs. Andenæs "*Alminnelig strafferett*", 5. utgave, s. 89.

²⁷ Jf. Rt. 2010 s. 774 avsnitt 51 og punkt 3.4 ovenfor.

4.2 Registrering og annen behandling av IP-adresser

4.2.1 Egen hjemmel i åndsverkloven

MPA støtter som tidligere nevnt departementets forslag om å erstatte dagens krav om konsesjon for registrering og annen behandling av IP-adresser mv. i forbindelse med opphavsrettskrenkelser m.m. på Internett, med en egen hjemmel i åndsverkloven (ny § 56a, jf. personopplysningsforskriften kapittel 7). Vi støtter også i det vesentlige innholdet i forslaget til ny § 56a, jf. personopplysningsforskriften kapittel 7, med de kommentarer og forslag til endringer som fremkommer ovenfor og nedenfor.

Datatilsynet har, som departementet påpeker, gitt uttrykk for at det etter tilsynets vurdering er behov for å endre åndsverkloven dersom det er politisk ønskelig at rettighetshavere skal ha mulighet til å forfølge brudd på åndsverkloven, og avslo senere SIMONSEN Advokatfirma DAs (SIMONSENs) søknad om ytterligere forlengelse av konsesjonen med den begrunnelse at slik *politisk avklaring* ikke hadde kommet²⁸. En egen hjemmel i åndsverkloven vil gi den avklaring Datatilsynet har etterlyst. I tillegg vil den være klargjørende også for rettighetshavere og deres representanter, samt forenkle deres arbeid ved at det ikke lenger vil være nødvendig å søke om konsesjon.

4.2.2 Få risikofaktorer for personvernet

Endringen fra konsesjonsplikt til meldeplikt skal *ikke ha noe å si for arten eller omfanget* av behandlingen av personopplysninger som gjelder krenkelse av opphavsrett og andre rettigheter etter åndsverkloven. Behandlingen er, som departementet påpeker, i begge tilfeller underlagt grunnvilkåret i personopplysningsloven § 11 bokstav b om at opplysningene bare kan nyttes til uttrykkelig angitte formål som er *saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet*, noe som i dette tilfellet vil si at behandlingen må være *nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav*, jf. personopplysningsloven § 9 bokstav e. Behandlingen vil også for øvrig *forbli underlagt de svært strenge reglene* i personopplysningsloven.

Vi ønsker videre å understreke at denne retten til å behandle personopplysninger som gjelder krenkelse av opphavsrett og andre rettigheter etter åndsverkloven, innebærer *få risikofaktorer for personvernet*: Siden behandlingen tar utgangspunkt i søk etter krenkede titler, vil den bare berøre personer hvis IP-adresser fremkommer ved slikt søk og som således kan knyttes til krenkelsen. Høyesterett fastslo i Max Manus-kjennelsen at disse personene ikke kan ha en berettiget forventning om beskyttelse av rettsstridig bruk²⁹. Behandlingen av personopplysninger er videre begrenset til det rettighetshavers representant har mottatt som ledd i kommunikasjon denne representanten selv har deltatt i, som hovedsakelig er allment tilgjengelig og/eller avgitt uoppfordret av den som begår krenkelsene og som er nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav. Viktigst er det likevel kanskje at identifiseringen av den som begår krenkelsene normalt vil kreve domstolsavgjørelse (etter tvisteloven kapittel 28 eller departementets forslag til ny § 56b i åndsverkloven). Om så ikke skjer, blir opplysningene etter en viss tid fullstendig

²⁸ Jf. Datatilsynets brev "*Anti-piratarbeid – tidsbegrenset konsesjon - orientering*" datert 27. november 2006 til Kultur- og kirke departementet og "*Avslag på søknad om forlengelse av tidsbegrenset konsesjon til å behandle personopplysninger*" datert 22. juni 2009 til SIMONSEN Advokatfirma DA.

²⁹ Jf. Rt. 2010 s. 774 avsnitt 52.

anonyme (fordi internettilybyderen er pålagt å slette koblingen mellom IP-adressen og vedkommende abonnents identitet).

4.2.3 Ikke begrenses til "rettighetshaver"

Siden det for mange rettighetshavere vil være uhensiktsmessig å foreta slik registrering selv, foreslår vi at lovhjemmelen ikke begrenses til "rettighetshaver", men i stedet utvides til å omfatte også *andres* registrering og annen behandling av IP-adresser mv. på oppdrag fra rettighetshaver for dette formålet, jf. slik også den svenske opphovsrättslagen § 53 g. Dette vil forenkle og effektivisere arbeidet for MPA.

Også departementet legger til grunn at behandlingen av personopplysninger som gjelder krenkelse av opphavsrett og andre rettigheter etter åndsverkloven vil bli organisert gjennom felles representanter for rettighetshaverne slik at antallet som gjennomfører selve behandlingen er begrenset. Slik lovforslaget er formulert, er det imidlertid bare "[r]ettighetshavers" behandling av personopplysninger som er unntatt fra konsesjonsplikt. Bestemmelsen omfatter derfor etter sin ordlyd ikke rettighetshavers representants behandling av personopplysninger på oppdrag fra rettighetshaver. Den svenske opphovsrättslagen § 53 g, som er gjengitt i høringsnotatet, er litt annerledes formulert og inkluderer derfor ikke den samme begrensningen.

Forslaget vårt vil bidra til å klargjøre at de felles representantene for rettighetshaverne som gjennomfører selve behandlingen, selv vil være *behandlingsansvarlige* for denne behandlingen, slik f.eks. også advokater er det for deres behandling av personopplysninger i forbindelse med klientoppdrag³⁰. Fordelen med at representantene for rettighetshaverne er behandlingsansvarlige, er at disse representantene – som bestemmer eller detaljerer formålet med behandlingen og hvilke (praktiske) hjelpemidler som skal brukes, har den daglige og mest omfattende befatningen med personopplysningene og fastsetter hvorledes opplysningene skal behandles for at oppgavene skal oppfylles – også er *ansvarlig* for å oppfylle alle de krav personopplysningsloven og -forskriften stiller til den behandlingsansvarlige, herunder kravene til:

- informasjonssikkerhet, jf. personopplysningsloven (pol.) § 13;
- internkontroll, jf. pol. § 14;
- databehandleravtale, jf. pol. § 15;
- besvarelse av henvendelser om innsyn eller andre rettigheter, jf. pol. § 16;
- informasjon, jf. pol. §§ 19 flg.;
- retting av mangelfulle personopplysninger, jf. pol. § 27;
- sletting av unødvendige personopplysninger, jf. pol. § 28;
- meldeplikt, jf. pol. §§ 31 og 32;
- sikkerhetsmål og sikkerhetsstrategi, jf. personopplysningsforskriften (pof.) § 2-3;
- risikovurdering, jf. pof. § 2-4;
- sikkerhetsrevisjon, jf. pof. § 2-5;
- organisering av informasjonssystemet, jf. pof. § 2-7,
- osv.

³⁰ Jf. personopplysningsforskriften § 7-23 forutsetningsvis.

Dersom den enkelte rettighetshaver – som av og til er en enkeltperson eller enkeltpersonforetak – var behandlingsansvarlig for sin representants behandling av personopplysninger, ville *rettighetshaveren selv være ansvarlig* for å oppfylle alle de krav personopplysningsloven og -forskriften stiller. En slik løsning ville etter vårt syn *ikke* bidra til å styrke personvernet i samsvar med lovens formål, jf. personopplysningsloven § 1, men snarere bidra til å svekke det. Dette er imidlertid ikke lovens system. Loven legger tvert imot opp til at *oppdragstaker er behandlingsansvarlig* for behandlingen av personopplysninger i situasjoner som denne, selv hvor oppdragstaker ikke har selvstendig grunnlag for å iverksette den aktuelle behandlingen uavhengig av oppdraget.

Uklarheten i forslaget til ny § 56a inntatt i høringsnotatet synes å ha vært medvirkende til at Datatilsynet 23. juni 2011 nok en gang avsto SIMONSENs søknad om forlengelse av konsesjonen³¹. SIMONSEN påklaget 15. september 2011 også dette avslaget til Personvernemnda. I klagen redegjør SIMONSEN nærmere for grunnlaget for hvorfor selskapet, som representant for rettighetshaverne, er behandlingsansvarlig for sin behandling av personopplysninger³².

Behandlingsgrunnlaget for slike representanters behandling av personopplysninger er for øvrig *oppdraget* de er gitt av rettighetshaverne de representerer, personopplysningsloven § 11 bokstav b jf. § 9 bokstav e. Det at representantene for rettighetshaverne er behandlingsansvarlige for sin behandling av personopplysninger, *påvirker således verken formålet med, arten eller omfanget av behandlingen*.

4.2.4 Delvis overdragelse

Vi ber avslutningsvis departementet klargjøre at også den som har fått retten til å råde over verket *delvis overdratt* til seg, anses for "[r]ettighetshaver" i forslaget til ny § 56a i åndsverkloven, jf. nærmere utdypning i tilknytning til forslaget til ny § 56b i åndsverkloven i punkt 4.3 nedenfor.

4.3 Tilgang til abonnentens identitet

4.3.1 Egen hjemmel i åndsverkloven

MPA støtter også forslaget om en egen hjemmel i åndsverkloven for tilgang til abonnentens identitet (ny § 56b). Vi støtter også i det vesentlige innholdet i forslaget til ny § 56b, med de kommentarer og forslag til endringer som fremkommer ovenfor og nedenfor.

Vi er enig med departementet i at målet med en slik egen hjemmel er at det skal gi en ordning som er *klarere, lettere tilgjengelig og enklere å praktisere*, samt at det ved utformingen av nærmere regler bl.a. er naturlig å se hen til den svenske lovgivning på området og Høyesteretts kjennelse i Max Manus-saken³³.

³¹ Jf. Datatilsynets brev "Avslag på søknad om ny forlengelse av konsesjon til å behandle personopplysninger - Anti-piratarbeid" datert 23. juni 2011.

³² Jf. SIMONSENs brev "Klage på avslag på søknad om ny forlengelse av konsesjon til å behandle personopplysninger – anti-piratarbeid" datert 15. september 2011.

³³ Jf. Rt. 2010 s. 774.

4.3.2 Samtykke fra Post- og teletilsynet

Vi foreslår imidlertid at forslaget til ny § 56b annet ledd jf. tredje ledd siste punktum om samtykke fra Post- og teletilsynet strykes. Abonentens identitet er informasjon av *mindre sensitiv karakter* som også politi og påtalemyndighet gis tilgang til etter en *forenklet prosess*, jf. ekomloven § 2-9 tredje ledd og Rt. 2010 s. 774 (Max Manus) avsnittene 41 og 58. *Domstolene* vil etter vårt syn være *i stand til å ivareta* abonnenters rettssikkerhet i slike saker på en god måte, og den foreslåtte endringen vil etter vårt syn *forenkle og effektivisere* prosessen betydelig.

4.3.3 Tilgjengeliggjøring av et verk for allmennheten som hovedregel tilstrekkelig

Vi ber også departementet klargjøre at tilgjengeliggjøring av *et verk* (f.eks. en film eller et musikkverk) for allmennheten som hovedregel er *tilstrekkelig* til å oppfylle vilkåret for tilgang til abonentens identitet etter § 56b tredje ledd, jf. Rt. 2010 s. 774 (Max Manus) avsnitt 57 med henvisning til forarbeidene til den svenske IPRED-loven. Dette er viktig for forutberegneligheten og bidrar også til å *forenkle og effektivisere* prosessen.

Av forarbeidene til de svenske lovreglene som også departementet henviser til, fremgår det (våre understrekninger)³⁴:

"Det ankommer alltså på domstolen att i det enskilda fallet göra en avvägning mellan skälen för åtgärden och de olägenheter som åtgärden kan medföra. Denna avvägning gör sig särskilt gällande när det är fråga om sådana abonnentuppgifter som omfattas av tystnadsplikt enligt 6 kap. 20 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation. Rättighets-havarens intresse av att få ut sådana uppgifter måste alltså ställas mot den enskilde abonnentens integritetsintresse. Det innebär att det bör krävas att det är fråga om intrång av en viss omfattning för att en rättighetshavare ska kunna få ut uppgifter om den abonnent som döljer sig bakom ett IP-nummer som använts vid intrång. Så är i regel fallet om intrånget avser tillgängliggörande (uppladdning) av en film eller ett musikaliskt verk för allmänheten, exempelvis genom fildelning via Internet, eftersom detta typiskt sett innebär stor skada för rättighetshavaren. Detsamma är fallet om de intrång som ansökan avser gäller mer omfattande kopiering (nedladdning). Har abonnemanget alltså använts för omfattande kopiering av t.ex. filmverk eller musikaliska verk leder intresseavvägningen till att ansökan ska bifallas. Är det däremot endast fråga om att IP-adressen använts för kopiering av några få verk leder avvägningen i normalfallet till att integritetsintresset överväger. Det innebär alltså att ansökan inte ska bifallas. Möjligheten att agera med anledning av ett intrång är alltså inte förbehållen exempelvis vissa stora film- och skivbolag som har omfattande rättigheter och därmed kan drabbas av förhållandevis stora intrång. Även en upphovsman som exempelvis endast har skapat ett eller några få musikaliska verk eller en eller några få filmer har ett intresse av att få tillgång till information. Av betydelse för denna bedömning är också, i enlighet med vad som har angivits ovan, att det i normalfallet inte finns någon mindre ingripande åtgärd som rättighetshavaren kan använda för att skydda sina rättigheter på Internet. I detta sammanhang bör slutligen noteras att ett krav på att tillgängliggörandet måste vara av viss omfattning skulle, oavsett om det utformades som ett krav på

³⁴ Jf. Prop. 2008/09:67 (IPRED-lagen) punkt 8.2.7 på s. 162.

upprepning eller ett krav på visst antal upphovsrättsligt skyddade verk, riskera att göra bestämmelsen verkningslös. Detta beror dels på att IP-adresserna i regel är dynamiska, dvs. varierar från gång till gång, dels på att allt fler fildelningsnätverk är konstruerade så att det i praktiken är näst intill omöjligt att se hur mycket material en viss användare tillgängliggör i nätverket."

Vi kan, basert på vår erfaring med å dokumentere rettighetskrenkelsler på Internett, bekrefte at et krav om at tilgjengeliggjøringen må være av et visst omfang, ville *risikere* å gjøre bestemmelsen *virkningsløs*. Det som dokumenteres i slike tilfeller, er tilgjengeliggjøringen av *et enkelt verk* (en film, et musikkverk el.) på *et bestemt tidspunkt* (ikke i et tidsrom) fra den aktuelle IP-adressen. Dokumentasjon av rettighetskrenkelsler på Internett vil selv med kravene de svenske lovforarbeidene stiller, være en teknisk krevende, tidkrevende og kostnadskrevende prosess. Ytterligere krav til dokumentasjon av krenkelsens grovhet, omfang og skadevirkninger, ville – slik de svenske lovforarbeidene uttrykker det – *risikere* å gjøre bestemmelsen *virkningsløs*.

Departementet er inne på liknende tanker, men nevner i sitt eksempel bare at tilgjengeliggjøring (opplasting) av "*en film*" som regel vil oppfylle kravet til overtredelsens omfang, men ikke f.eks. opplasting av "*et musikkverk*". Samtidig kommer departementet med uttalelser som kan bli oppfattet som et tilleggskrav om at det må kunne "*legges til grunn at det [opplastingen av filmen] representerer en vesentlig økonomisk skade for rettighetshaveren*", samt at det eventuelt må dokumenteres at "*det ikke er mulig å si noe om omfanget*".

Selv om det *unntaksvis* skulle være teknisk mulig å dokumentere omfanget av krenkelsene, vil dette oftest likevel være kommersielt umulig, 1) dels fordi grunnlaget for saken er krenkelse av *et enkelt verk*, 2) dels fordi kostnadene ved å skulle dokumentere *omfanget* av krenkelsene av et slikt verk ville bli uforsvarlig høye og 3) dels fordi den *ytterligere skade* som påføres rettighetshaver i tidsrommet hvor omfanget av krenkelsen dokumenteres, vil gjøre det kommersielt uforsvarlig å vente. Den *økonomiske skaden* for rettighetshaveren vil være *enda vanskeligere* å dokumentere enn omfanget av krenkelsene.

Vi er ikke helt sikre på hva departementet mener med at det ved ulovlig fildeling ikke alltid vil være noe *skarpt skille* mellom opplasting og nedlasting. Vi finner imidlertid grunn til å understreke at opplasting *alltid* innebærer tilgjengeliggjøring for allmennheten, og har den grovhet, omfang og skadevirkninger som følger med det, uavhengig av om det også finner sted nedlasting. Skjer det *både* opplasting og nedlasting, f.eks. fordi det i fildelingsnettverket er en forutsetning for å kopiere materiale fra andre at en stiller sitt eget materiale tilgjengelig, vil grovhet, omfang og skadevirkninger være *større* enn om det "bare" skjedde opplasting.

Målet med en egen hjemmel i åndsverkloven – at det skal gi en ordning som er *klarere, lettere tilgjengelig og enklere å praktisere* – tilsier således en klargjøring av at tilgjengeliggjøring av *et verk* (f.eks. en film eller et musikkverk) for allmennheten som hovedregel er *tilstrekkelig* til å oppfylle vilkåret for tilgang til abonnentens identitet etter § 56b tredje ledd, jf. Rt. 2010 s. 774 (Max Manus) avsnitt 57 med henvisning til forarbeidene til den svenske IPRED-loven.

4.3.4 Ikke ment å stramme inn

Vi ber videre departementet klargjøre generelt at forslaget om en egen hjemmel i åndsverkloven for tilgang til abonnentens identitet, *ikke er ment å stramme inn vilkårene* for slik tilgang, samt at flyttingen av hjemmelen fra tvisteloven kapittel 28 jf. § 22-3 til ny § 56b i åndsverkloven ikke vil være til hinder for at data nødvendig for å identifisere abonnenten som lagres med hjemmel ny § 2-7a i ekomloven, *fortsatt vil kunne utleveres* i disse sakene³⁵. Virkningen av en eventuell innstramning, kunne blitt at rettighetshavere foretrakk å påberope seg de alminnelige bevissikringsreglene i tvisteloven kapittel 28 fremfor den nye hjemmelen i åndsverkloven.

4.3.5 Delvis overdragelse

Departementet foreslår at retten til å begjære utlevert opplysninger som identifiserer innehaveren av abonnementet som er brukt ved krenkelsen skal tilkomme "*rettighetshaveren*" og at dette omfatter både opphavsmenn og nærstående rettighetshavere, samt fysiske og juridiske personer som rettighetene på et senere tidspunkt er overført til ved salg eller på annen måte. Det er for mange verkstyper vanlig at retten til å råde over verket *delvis overdras*, f.eks. i form av eksklusiv rett til å distribuere verket på en bestemt måte innenfor et bestemt geografisk område i et bestemt tidsrom (eller på ubestemt tid). Den som har en slik eksklusiv rett, vil ofte være den som er *nærmest til å gjøre krav gjeldende* som følge av krenkelsen, både på grunn av den skade vedkommende lider og på grunn av vedkommendes tilknytning til stedet hvor krenkelsen er foretatt. Dersom denne retten ikke tilkom disse rettighetshaverne, ville det gjøre håndhevingen *langt mer tid- og kostnadskreven* i mange tilfeller. Vi ber derfor departementet klargjøre at også den som har fått retten til å råde over verket delvis overdratt til seg på denne måten, anses for rettighetshaver i forslaget til ny § 56b i åndsverkloven.³⁶

4.3.6 Tilbyder av elektronisk kommunikasjonstjeneste

Departementet foreslår videre at plikten til å utlevere opplysninger som identifiserer innehaveren av abonnement som er brukt ved krenkelsen etter den nye § 56b i åndsverkloven, bare skal kunne pålegges "*tilbyder av elektronisk kommunikasjonstjeneste*" slik dette er definert i ekomloven § 1-5 nr. 14. Den tilsvarende bestemmelsen i opphovsrättslagen § 53 c annet ledd nr. 4 omfatter den som "*i kommersiell skala har tillhandahållit en elektronisk kommunikationstjänst eller en annan tjänst som har använts vid intrånget eller överträdelser*" (vår understrekning). MPA forstår det slik at det ikke er meningen å gi de norske reglene et snevrere anvendelsesområde enn de svenske på dette punkt, men at andre enn tilbydere av elektroniske kommunikasjonstjenester ikke vil være omfattet av den nye § 56b i åndsverkloven, men i stedet forslaget til *nytt kapittel 28 A i tvisteloven*³⁷. Vi ber departementet klargjøre dette. Jf. også punkt 5.12 nedenfor.

4.3.7 Rimelig fordeling av kostnadene

I tillegg ber vi departementet klargjøre hvilke kostnader rettighetshaver kan pålegges å dekke i forbindelse med utleveringen, jf ny § 56b fjerde ledd. Rettighetshavere har erfaring

³⁵ Jf. Prop. 49 L (2010-2011) s. 112 og 119 og Innst. 275 L (2010-2011) s. 5.

³⁶ Jf. Ole-Andreas Rognstad "*Opphavsrett*", 2009 s. 337-339.

³⁷ Jf. Justis- og politidepartementets høringsnotat "*Styrking av lovgivningen om håndhevingen av industrielle rettigheter m.m.*" 14. april 2011.

fra andre land med at internettilbydere fremlegger det rettighetshavere opplever som *urimelig høye kostnadsoppgaver*. Etter vårt syn gir tvisteloven § 28-5 første ledd, som er utformet med tanke på bevissikring etter tvistelovens regler, *liten veiledning* i slike saker.

I tillegg til et alminnelig krav om at påberopte kostnader skal dokumenteres på en for rettighetshaver *etterprøvbar måte*, er det ønskelig at departementet *anslår* hva rimelige kostnader forbundet med å utlevere opplysninger som identifiserer innehaveren av abonnement normalt vil beløpe seg til. Uten en slik klargjøring, vil det være risiko for at enkelte internettilbydere "skrur opp prisen" for å utlevere slike opplysninger for å *avskrekke* krenkede rettighetshavere fra å fremme begjæring om slik utlevering. Jf. for øvrig punkt 3.4.5 ovenfor.

4.3.8 Fristen for å varsle abonnenten

Til slutt ber vi departementet vurdere å *utvide* fristen for å varsle abonnenten etter ny § 56b femte ledd *fra én til tre måneder* etter utleveringen. Dette vil gi rettighetshaver bedre tid til å forberede og gjennomføre eventuell ytterligere bevissikring før abonnenten varsles. Fristen for når allmennheten tidligst skal gjøres kjent med saken utvides tilsvarende. Jf. den svenske opphovsrättslagen § 53 f som har en tilsvarende tremånedersfrist.

5 TILTAK RETTET MOT NETTSTED HVOR OPPHAVSRETT KRENKES

5.1 Nye tiltak

MPA støtter som tidligere nevnt også departementets forslag til tiltak rettet mot nettsted hvor opphavsrett krenkes. Vi støtter også i det vesentlige innholdet i forslaget til ny § 56c i åndsverkloven og ny § 4-21 i forskrift til åndsverkloven, med de kommentarer og forslag til endringer som fremkommer ovenfor og nedenfor.

Departementet påpeker i innledningen til punkt 3 i høringsnotatet, at det i en del tilfeller vil være *vanskelig* å bringe krenkelser av opphavsrett og andre rettigheter etter åndsverkloven til opphør gjennom *krav mot nettsted* som publiserer det ulovlige innholdet og at dette ikke minst gjelder når nettstedet er utenlandsk. Videre gir departementet uttrykk for at *internettilbydere* etter departementets syn har en *rolle å spille* dersom de formidler innhold i strid med opphavsretten, og at dette også er forutsatt i EUs opphavsrettsdirektiv (2001/29/EF).

Departementet ønsker på denne bakgrunn å klargjøre rettighetshaveres mulighet til å kreve at internettilbydere *pålegges å bidra* til at opphavsrettskrenkelser på Internett opphører og understreker i den forbindelse at det er viktig at rettighetshaver har *effektive måter å gripe inn* overfor et nettsted som krenker opphavsretten. Som departementet oppsummerer det (våre understrekninger): "*Siden det her ligger en direktivforpliktelse til grunn for forslagene, er ikke spørsmålet om en myndighet skal ha kompetanse til å gi pålegg, men hvilken myndighet som skal ha kompetansen og hvordan den skal utformes.*"

Dette er MPA, som det fremgår av punktene 3.3 og 3.4 ovenfor, enig i.

5.2 Uavhengig av tilbyderens subjektive forhold mv.

MPA støtter departementets forslag om at internettilbyderen kan pålegges å hindre tilgang til nettsted *uavhengig av tilbyderens subjektive forhold*, f.eks. om tilbyderen kan klandres for eller er klar over krenkelsene. Vi er også i det vesentlige enige i departementets begrunnelse for forslaget, jf. annet til fjerde avsnitt på s. 52 i høringsnotatet.

Vilkåret for at internettilbyderens kan gis pålegg, er, som departementet uttrykker det, at internettilbyderens tjenester "*kan brukes eller brukes*" til å få tilgang til et nettsted der det i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven. Også dette siste bidrar til å gjøre tiltak rettet mot nettsted rimeligere og mer effektive ettersom det *ikke* er nødvendig å knytte den konkrete krenkelsen av rettighetshavers opphavsrett m.m. direkte til den *aktuelle internettilbyderens abonnenter* (med mindre saken gjelder krenkelser fra egne abonnenter, jf. punkt 5.9 nedenfor). Å skulle knytte den konkrete krenkelsen direkte til internettilbyderens abonnenter på denne måten, kunne vise seg vanskelig eller umulig, særlig for verk eller arbeider med en "smalere" målgruppe og/eller i forhold til mindre internettilbydere med færre abonnenter.

5.3 Uttrykket "nettsted"

Vi støtter videre departementets forslag om at pålegg om å hindre tilgang kan anvendes både mot sentral tjener som det ulovlige materialet *befinner seg på* (f.eks. FTP-tjener) og mot nettsider som leverer sentrale tjenester som *støtter opp under* fildeling bruker-til-bruker (f.eks. tracker- og/eller indeks-tjeneste).

Nettstedet kan videre, som departementet uttrykker det, enten være samme subjekt som den *originære ytrer* (hovedmannen som laster opp det ulovlige materialet), eller kun *medvirke* til krenkelsen gjennom publiseringen eller tilgjengeliggjøringen. Ikke bare nettsider som formidler og/eller fasiliterer *ulovlig fildeling*, men også nettsider som tilbyr for eksempel *ulovlig strømming (streaming)*, vil kunne rammes av slike pålegg. Dette er etter MPAs syn viktig.

Omfanget av ulovlig streaming har *økt betydelig* de senere år, dels fordi stadig flere nettsteder velger å gjøre verkene ulovlig tilgjengelig for allmennheten på denne måten, dels fordi teknologien er blitt bedre og mer brukervennlig og dels fordi det etter manges oppfatning er lovlig å motta streaming fra ulovlig kilde (jf. punkt 2 tredje avsnitt ovenfor). Det siste innebærer – i den utstrekning det er riktig – at det ikke kan ha noen betydning for adgangen til å gi pålegg om å hindre tilgang til et nettsted, hvorvidt den som *mottar* streamingen fra nettstedet (som kan være internettilbyderens abonnent) gjør noe ulovlig. Vi ber departementet klargjøre dette.

Vi forstår også forslaget som at det er *nøytralt* med hensyn til hva slags *teknologi* nettstedet og dets besøkende bruker i forbindelse med krenkelsene (f.eks. FTP-tjener, DirectConnect hub, BitTorrent nettside eller tracker) og ber departementet klargjøre dette. Spesifikt ber vi departementet klargjøre at uttrykket "*nettsted*" i forslaget til ny § 56c i åndsverkloven er teknologinøytralt og inkluderer anvendelsesområdene beskrevet ovenfor i dette avsnittet.

5.4 Som hovedregel tilstrekkelig at en vesentlig del av innholdet åpenbart er ulovlig

Vi ber videre departementet klargjøre at vilkårene for å gi pålegg om å hindre tilgang til nettsted som hovedregel er oppfylt dersom *en vesentlig del av innholdet åpenbart er ulovlig*. Dette er viktig for forutberegneligheten og bidrar også til å forenkle og effektivisere prosessen. Dersom en vesentlig del av innholdet åpenbart er ulovlig, vil den *brede interesseavveiningen* som departementet gir anvisning på – herunder forholdsmessigheten av tiltaket; hensynet til informasjons- og ytringsfrihet; krenkelsens alvorlighet og omfang; hensynet til andre legitime tredjepartsinteresser, samt muligheten for alternative og mindre inngripende sanksjoner – i utgangspunktet tilsi at pålegg gis. Er det imidlertid særlige forhold som gjør seg gjeldende, vil utfallet av interesseavveiningen kunne bli et annet.

MPA er for øvrig enig i at det er det *totale omfanget* av ulovlig materiale *uavhengig* av hvem som er *rettighetshaver* til dette som må være avgjørende. Det er viktig at det ved vurderingen av det omfanget av henholdsvis lovlig og ulovlig utlagt materiale legges vekt også på den *faktiske utnyttelsen* av materialet. Dersom lovlig materiale gjøres tilgjengelig via nettstedet, men i liten grad (eller i mindre grad enn det ulovlige materialet) faktisk utnyttes, tilsier dette etter vårt syn at vilkåret om at en vesentlig del av innholdet åpenbart er ulovlig, er oppfylt. Særlig der hvor slikt lovlig materiale også er tilgjengelig fra *andre kilder*, tilgjengeliggjøringen av det fremstår som et *forsøk på omgåelse* (jf. punkt 5.7 nedenfor) eller ikke fratar *nettstedet dets karakter* av å være et sted der det i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven, må dette etter vårt syn tillegges avgjørende vekt.

5.5 Bestemmelsens rekkevidde

Departementet gir et sted uttrykk for at pålegg om å hindre tilgang først og fremst vil være aktuelt dersom innehaveren av nettstedet er *ukjent eller befinner seg i utlandet*. MPA er ikke uenig i dette ofte vil være tilfelle, men vil samtidig understreke at dette *ikke* må kunne tolkes som en *avgrensning* av bestemmelsens rekkevidde. Det avgjørende må være om *vilkårene* for å gi pålegg om å hindre tilgang er oppfylt, jf. ovenfor. Et sentralt moment i den forbindelse må være hvorvidt det er internettilyderer som *"best kan bringe slike krenkelser til opphør"*, jf. avsnitt 59 i fortalen til opphavsrettsdirektivet. Jf. også punkt 5.9 nedenfor.

5.6 Tiltak for å hindre tilgang til nettstedet

Vi støtter forslaget om at Medietilsynet (alternativt klagenemnda eller domstolene) bestemmer *hvilken teknologi* som skal benyttes for å hindre tilgang til nettstedet, at det *ikke* er noe krav om at tiltaket skal være *fullstendig effektivt* og at *tilbyder dekker kostnadene* forbundet med å hindre slik tilgang.

Jf. i tilknytning til sistnevnte departementets begrunnelse for forslaget om at tilbyder dekker kostnadene i femte avsnitt på s. 56 i høringsnotatet som vi i det vesentlige er enige i, samt punkt 3.4.5 ovenfor om betydningen av en rimelig fordeling av kostnadene mellom de berørte aktørene. I tillegg til de store tap rettighetshaverne lider som følge av krenkelsene, vil rettighetshaverne også ha betydelige kostnader forbundet med å

dokumentere krenkelsene og fremme begjæring for Medietilsynet (alternativt klagenemnda eller domstolene).

Departementet drøfter nærmere i høringsnotatet på *hvilke måter* tilgangen til nettsted der det i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven, kan hindres. MPA ønsker å knytte noen kommentarer til denne drøftelsen.

MPA er enig i departementets forslag om at internettilydere skal kunne pålegges å hindre tilgangen til slike nettsted enten de *overfører, gir tilgang til eller lagrer* innhold; at pålegget om å hindre tilgang til nettstedet kan gå ut på enten *sletting* eller *blokkering*, og at pålegg om sletting bare er aktuelt dersom nettstedet er *lagret på internettilyderens tjener*.

Der den valgte metoden gjør det hensiktsmessig, vil det erfaringsmessig kunne ha en gunstig preventiv virkning om det blokkerte eller slettede nettstedet *erstattes med informasjon* om at siden er blokkert/slettet og grunnlaget for det slik det f.eks. gjøres i tilknytning til Barnepornofilteret³⁸.

5.7 Nærmere om blokkering

Departementet nevner i forbindelse med drøftelsen av *blokkering* at dette virkemiddelet har vært *kritisert*, blant annet fordi en blokkering kan omgås og på grunn av forholdet til ytrings- og informasjonsfriheten. Det er etter vårt syn ikke grunnlag for en slik kritikk:

For det første kan det konstateres at Norge er *folkerettslig forpliktet* etter EØS-avtalen og opphavsrettsdirektivet (2001/29/EF) artikkel 8.3 til å etablere hjemmel for å *pålegge internettilydere å blokkere tilgang til nettsted* der det gjøres tilgjengelig materiale som krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven, slik departementet nå foreslår. EU-domstolen fastslo i avgjørelsen i LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH mot Tele 2 Telecommunication GmbH fra 19. februar 2009 at forpliktelsen etter *artikkel 8.3* til å påse at rettighetshaverne kan kreve at det blir nedlagt forbud med hensyn til mellommenn hvis tjenester brukes av en tredjemann til å overtre en opphavsrett eller beslektet rettighet, *også omfatter tilbydere av internettilknytning*, jf. avsnitt 2 (våre understrekninger)³⁹:

"An 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."

Ettersom *sletting* bare er aktuelt dersom nettstedet er *lagret* på internettilyderens tjener, noe det *ikke* vil være når internettilyderen "*merely provides a user with Internet access without offering other services*", og *blokkering* i slike tilfeller i praksis vil være den *eneste* måten å vanskeliggjøre tilgang på, innebærer EU-domstolens avgjørelse at det i slike tilfeller må finnes hjemmel for å pålegge internettilyderen å *blokkere* tilgangen til

³⁸ Jf. punkt 3.3 ovenfor.

³⁹ Jf. C-557/07.

nettstedet. Som departementet påpeker, viser rettspraksis fra andre land i EØS-området at de har etablert en slik hjemmel.⁴⁰

MPA er enig med departementet i at en blokkering, til tross for at den kan *omgås*, likevel kan være et *egnet og effektivt* virkemiddel for å stanse store deler av trafikken til det ulovlige nettstedet, jf. redegjørelsen for erfaringene med Barnepornofilteret i punkt 3.3.2 ovenfor og for håndheving i lys av økonomisk forskning og teori i punkt 3.5.2 ovenfor.

MPA er også enig med departementet i at inngrep rettet mot ytringer som består i tilgjengeliggjøring av opphavsrettsbeskyttet materiale uten opphavsmannens samtykke, *klart* tilfredsstillende kravet til særlig tungtveiende hensyn og således vil være forenlig med Grunnloven § 100. Departementet henviser videre til at opphavsrett og andre rettigheter etter åndsverkloven også er vernet etter EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1 og at vurderingene og utfallet blir tilsvarende for EMK artikkel 10 som for Grunnloven § 100.⁴¹

Departementet gir videre uttrykk for at det etter omstendighetene *kan* reises spørsmål om inngrepet rettet mot tilgjengeliggjøring av materiale som krenker opphavsrett, er forenlig med Grunnloven § 100 dersom det også rammer tilgjengeliggjøring av *lovlig materiale*. Vi vil i den forbindelse understreke at utgangspunktet her må være at *åpenbare krenkelser* av opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven, *ikke blir uangripelige* ved at lovlig materiale også tilgjengeliggjøres.

Like lite som tyver eller demonstranter kan bli hørt med at de ikke kan pågripes for henholdsvis tyveri eller skadeverk/plyndring fordi pågripelsen vil hindre deres lovlige ytringer, like lite kan nettsted bli hørt med at deres åpenbare krenkelser ikke kan blokkeres fordi blokkeringen vil hindre deres lovlige ytringer. Høyesterett fastslo i Max Manus-kjennelsen at vedkommende abonnent ikke kunne ha en berettiget forventning om at personvernet skulle beskytte hans rettsstridige bruk⁴². Tilsvarende kan nettsteder etter vårt syn ikke ha en berettiget forventning om at ytrings- og informasjonsfriheten skal beskytte deres åpenbare krenkelser.

Noe annet ville innby nettsteder til å unndra seg ansvar ved å dekke de åpenbare krenkelsene bak innslag av lovlige ytringer. Siden tiltaket ikke retter seg mot selve ytringen, men mot formidlingsstedet, vil eventuelle innslag av lovlige ytringene, om de ikke allerede er det, enkelt kunne gjøres tilgjengelig også på annen måte.

Heller ikke den såkalte dempende virkning ("*chilling effect*") vil, som departementet er inne på, gjøre seg gjeldende som en innvending mot blokkering siden internettilbyderens handlingsplikt først oppstår ved Mediatilsynets (alternativt klagenemndas eller domstolens) *avgjørelse*.

Vi ønsker avslutningsvis i dette punktet også å knytte enkelte kommentarer til departementets gjennomgang av ulike tekniske muligheter for å blokkere ulovlig innhold på Internett. Departementet gir i forbindelse med redegjørelsen for *innholdsblokkering* (Deep packet inspection) uttrykk for at det ofte brukes *kryptering* i forbindelse med

⁴⁰ Departementet kan synes å ha trukket den samme konklusjonen, jf. første avsnitt på s. 44 i høringsnotatet.

⁴¹ Jf. også Ytringsfrihetskommisjonens uttalelse i NOU 1999: 27 s. 182, samt NOU 1999: 26 s. 211, St.meld. nr. 42 (1999-2000) s. 50 og Rt. 2005 s. 41 (Napster.no) avsnitt 69.

⁴² Jf. Rt. 2010 s. 774 avsnitt 52.

rettighetskrenkelser og at det derfor vil kunne være vanskelig å identifisere innholdet. Det er ikke vår erfaring. Ettersom effektiv opp- og nedlasting er avhengig av at brukere enkelt kan finne hverandre og overføre det krenkede materiale seg imellom, er det vår erfaring at kryptering – som vanskeliggjør dette – i praksis er lite brukt. Slik kryptering skulle derfor ikke være til hinder for innholdsblokkering.

Når det gjelder departementets kommentar om at innholdsblokkering er en *ressursmessig svært kostbar* blokkeringsmåte, så er det etter vårt syn viktig å påpeke at det er sammenliknet med DNS-blokkering og IP-blokkering. Sammenliknet med kostnadene knyttet til andre deler av internettilbyderes infrastruktur, vil en slik karakteristikk likevel *ikke* være riktig. Vi minner i den forbindelse om at sanntidsidentifisering av innhold, som er hovedelementet i innholdsblokkering, allerede foregår i stor utstrekning i ulike sammenhenger, og at det derfor er grunn til å anta at kostnadene forbundet med slik identifisering og blokkering vil fortsette å falle over tid. I en slik situasjon er det etter vårt syn viktig, slik departementet foreslår, at det overlates til Medietilsynet (alternativt klagenemnda eller domstolene) å *til enhver tid* bestemme hvilken teknologi som skal benyttes for å hindre tilgang til nettstedet. Den siste kommentaren er for så vidt også relevant i relasjon til det departementet omtaler som "[a]ndre typer blokkering".

5.8 Nærmere om sletting

MPA er enig med departementet i at *sletting* som metode for å hindre tilgangen til nettsted vil være aktuell dersom internettilbyderen mellomlagrer informasjon (caching) og der det tilbys utleie av lagringsplass på tjener (hosting), jf. ehandelsloven §§ 17 og 18. Det fremgår indirekte av departementets redegjørelse at de nye bestemmelsene i åndsverkloven vil *supplere* eksisterende bestemmelser om straffe- og erstatningsansvar og ansvarsfrihetsbestemmelsene i ehandelsloven, men vi ber likevel departementet klargjøre dette. Vi er i den forbindelse enig med departementet i at det ikke kan ses bort fra at pålegg om sletting kan ha en funksjon i enkelte tilfeller (f.eks. hvor tilbyder velger å forholde seg passiv), men det er samtidig viktig at de nye bestemmelsene i åndsverkloven *ikke* blir en "sovepute" f.eks. for tilbydere av lagringstjenester, ved at de *lar være å slette* åpenbart ulovlig materiale av *eget tiltak* og i stedet avventer et slikt pålegg.

5.9 Krenkelser fra egne abonnenter

MPA er også enig med departementet i at handleplikt i Norge skal kunne medføre at internettilbydere pålegges å *hindre sine kunders tilgang til nettsted* med ulovlig innhold (jf. de danske Allofmp3.com- og The Pirate Bay-sakene). Når det gjelder pålegg om å *hindre krenkelser fra egne abonnenter* (jf. den danske TDC-saken), er det departementets oppfatning at slike bare kan gis dersom de kan etterleves *uten* at internettforbindelsen til de krenkede abonnenter *må brytes*. Begrunnelsen for departementets standpunkt er at det i Norge ikke er aktuelt å foreslå regler som kan medføre at privatpersoner mister sin internettforbindelse.

Etter MPAs syn er det å trekke dette hensynet for langt. For det første forutsetter vi at internettilbyder *vil* kunne hindre tilgang til nettstedet uten at internettforbindelsen må brytes. Dernest er vilkårene etter forslaget til ny § 56c i åndsverkloven strenge, jf. kravet om at det i *stort omfang* gjøres tilgjengelig materiale som *åpenbart krenker* opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven. Abonnenter som måtte bli berørt av et slikt

pålegg, kan således vanskelig karakteriseres som *alminnelige* privatkunder. Med stadig økende båndbredde til privatkunder, vil en slik tolkning av bestemmelsen "innby" til *omgåelse* i form av at *omfattende* ulovlig aktivitet "gjemmes" bak det som tilsynelatende er et alminnelig privatabonnement.

Alternativet til at internettilbyderen pålegges å hindre tilgangen til et slikt nettsted hos egen abonnent, vil gjerne være at rettighetshaveren går til *rettslige skritt* mot abonnenten ved først å få tilgang til abonnentens identitet og deretter gjennomføre etterfølgende bevissikring hjemme hos vedkommende, noe som vil være *betydelig mer byrdefullt* også for abonnenten. Inntas en egen *hjemmel for varselbrev* i loven, jf. punkt 6 nedenfor, vil dette gjøre det mulig å rette en henvendelse til abonnenten med sikte på en løsning *uten* at pålegg om å hindre tilgang til nettstedet blir nødvendig.

5.10 Nettstedet som part mv.

Departementet foreslår at nettstedet skal angis som part, varsles og gis anledning til å uttale seg i saken, men at det dersom vedkommendes identitet er ukjent, skal være tilstrekkelig at den som er registrert som ansvarlig for domenet i WHOIS-databasen gis anledning til å uttale seg. MPA mener i utgangspunktet at det *ikke* bør kreves slikt varsel. Navn og adresse oppgis sjelden på slike nettsteder og de fleste anonymiserer også informasjonen i WHOIS-databasen for å unndra seg ansvar. Dersom departementet opprettholder kravet om slikt varsel, ber vi departementet klargjøre at varsel *likevel ikke kreves* dersom det er *anonymisert* i WHOIS-databasen hvem som er ansvarlig for domenet.

Vi er for øvrig enig med departementet i at *den enkelte internetbruker* normalt *ikke* vil ha rettslig klageinteresse.

5.11 Delvis overdragelse

Vi ber også departementet klargjøre at også den som har fått retten til å råde over verket *delvis overdratt* til seg, anses for "*[r]ettighetshaver*" i forslaget til ny § 56c i åndsverkloven, jf. nærmere utdypning i tilknytning til forslaget til ny § 56b i åndsverkloven i punkt 4.3.5 ovenfor.

5.12 Tilbyder av elektronisk kommunikasjonstjeneste

Plikten til å hindre tilgang til nettsted skal i følge forslaget kunne pålegges "*tilbydere av elektroniske kommunikasjonstjenester*" slik dette er definert i ekomloven § 1-5 nr. 14. Vi ber departementet vurdere hensiktsmessigheten av en slik avgrensning. Det er uklart hvilke tilbydere som omfattes av bestemmelsen og Samferdselsdepartementets forslag i høringsnotatet "*Utkast til endringer i ekomlov, ekomforskrift og nummerforskrift*" 23. juni 2010 om å utvide lovens rekkevidde har ikke virket klargjørende. For øvrig er det heller ikke nødvendigvis samsvar mellom definisjonen av tilbyder av elektronisk kommunikasjonstjeneste og tjenesteyter som *tilbyr informasjonssamfunnstjeneste* i henhold til ehandelsloven §§ 16-18. Sistnevnte kan i så måte være en mer hensiktsmessig definisjon.

5.13 Alternativene 1 og 2

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om alternativ 1 (Medietilsynet, egen klagenemnd og full domstolsprøvelse) eller alternativ 2 (domstolene) er å foretrekke. MPA foretrekker i utgangspunktet *alternativ 1* ettersom administrativ behandling normalt vil være enklere og mer kostnadseffektivt enn domstolsprøvelse. Dette forutsetter imidlertid at *de involverte forholder seg til rammene* for avgjørelsen slik at ikke den administrative behandlingen regelmessig blir et forsinkende og fordyrende ledd på veien til full domstolsprøvelse. MPA ber derfor departementet *kombinere* alternativene 1 og 2 slik at saken kan tas *direkte* til domstolene i de tilfeller hvor dette etter omstendighetene fremstår som uunngåelig. At Medietilsynets vedtak må påklages til klagenemnda og ikke kan bringes direkte inn for domstolen, vil i slike tilfeller bidra til å gjøre veien til endelig avgjørelse *enda lenger*. Også dette tilsier at saken i slike tilfeller kan tas direkte til domstolene.

5.14 Andre prosessuelle spørsmål

Vi er for øvrig enige med departementet i det er mer naturlig at kompetansen legges til *Medietilsynet* fremfor for eksempel Post- og teletilsynet, at det bør opprettes en *egen uavhengig nemnd* som kan behandle klager på Medietilsynets vedtak i disse sakene, at hovedregelen i forvaltningsloven § 42 om at *klage ikke medfører utsatt iverksetting* av vedtaket (oppsettende virkning), også bør gjelde i disse tilfellene, at Medietilsynets og klagenemndas vedtak er *særlig tvangsgrunnlag*, at domstolene bør kunne *prøve alle sider* av og *fatte realitetsavgjørelse* i saken. Vi støtter videre departementets forslag om *varsel, inntrederett og rettskraftsvirkningene* av en slik dom. Vi støtter også departementets forslag til *forenklet prosedyre* (kjennelses form) i stedet for midlertidig sikring ved behandling i de ordinære domstoler og mener at denne prosedyren også bør legges til grunn ved rettslig prøving av avgjørelsen i klagenemnda (jf. departementets alternativ 1).

MPA forutsetter at forslagene gjennomføres på en måte som sikrer at departementets uttalte mål om at rettighetshaver i disse tilfellene skal ha *effektive måter* å gripe inn overfor et nettsted som krenker opphavsretten gjennom en *enklere, raskere og billigere* prosess for sakens parter, oppnås. Vi er for øvrig i det vesentlige enige i departementets begrunnelse for forslagene.

6 VARSELBREV

6.1 Innledning

Departementet uttrykker i forbindelse med drøftelsen av varselbrev, interesse for høringsinstansenes syn på den brevmodellen som nokså nylig er foreslått av et utvalg i Danmark. Varselbrev er som tidligere nevnt etter MPAs syn et *viktig og nødvendig* supplement til de foreslåtte tiltakene rettet mot nettsted, og vi kan i det vesentlige *slutte oss til* brevmodellen foreslått av det danske utvalget og Kulturministeriet.

Den danske brevmodellen er utformet på en måte som etter vårt syn *ivaretar de motstridende hensynene* på en god måte og den *løser* også de spørsmål som departementet reiser i høringsnotatet, jf. nærmere om dette nedenfor.

6.2 Reell mulighet til å reagere

Modellen gir, gjennom internettilbyders *registrering* av om abonnenten tidligere har fått tilsendt informasjonsbrev og *varsling* av rettighetshaver ved tredje gangs krenkelse, rettighetshaver en *reell mulighet til å reagere* overfor abonnenter som ignorerer gjentatte informasjonsbrev. Rettighetshaver kan på dette grunnlag fremsette begjæring for domstolen om *tilgang til abonnentens identitet*.

6.3 Rimelig kostnadsfordeling

Den danske regjeringen vil foreslå at rettighetshavere og internettilbydere *hver dekker egne kostnader* forbundet med modellen (og at rettighetshaverne dekker portoutgiftene). Dette bidrar også til en *rimeligere fordeling* av kostnadene mellom de berørte (jf. punkt 3.4.5 ovenfor).

6.4 Formålet med varselbrev

Brevmodellen og eventuelle andre former for varselbrev gir abonnentene *mulighet til å rydde opp* uten at identiteten deres avsløres overfor rettighetshaverne og uten at konflikten rettsliggjøres. Dette *reduserer belastningen* i form av tid, kostnad og påkjenning for øvrig for både for rettighetshaver, abonnenten og domstolene.

I følge Norstats spørreundersøkelse for musikkbransjen fra april 2009 sier 82 % av de spurte at de *ville stanset* ulovlig fildeling dersom de fikk et varsel fra sin internettilbyder og 76 % *ville også bedt andre i familien* om å stanse ulovlig nedlasting dersom de fikk et slik varsel. Dette stemmer godt med erfaringene så langt med HADOPI-lovgivningen i Frankrike: 72 % av de spurte sier de *har redusert eller stanset* opphavsrettskrenkelsene etter at de selv eller noen som står dem nær har mottatt varselbrev, 50 % sier de *har stanset helt*. Dette er svært lovende.

Det finnes *ikke* grunnlag for å si at *usikkerheten* knyttet til effekten av en slik ordning er *større* enn usikkerheten knyttet til effekten f.eks. av tiltak rettet mot nettsted hvor opphavsrett krenkes. Varselbrev og tiltak rettet mot nettsted *supplerer* hverandre og vil, på grunn av deres ulike anvendelsesområder, i liten grad overlappe hverandre, jf. punkt 2 ovenfor og punktene 6.5 og 6.6 nedenfor. Årsakene til at tiltakene *er effektive*, er imidlertid de samme, jf. punkt 5.7 med henvisning til punktene 3.3.2 og 3.5.2 ovenfor. Det er således *ingen grunn til å vente enda lenger* med å fremme forslag om en slik ordning også i Norge.

6.5 Til departementets innvendinger

Rettighetshaverne vil som ledd i den danske brevmodellen *avstå fra alminnelig rettshåndhevelse* i forhold til den aktuelle abonnenten inntil prosedyren for utsendelse av informasjonsbrev er avsluttet. Det at opplysninger i "*varselregisteret*" og fra abonnenter som eventuelt har *ønsket å uttale seg* ikke vil bli brukt til rettshåndhevelse, *avhjelper* etter vårt syn eventuelle personvernspørsmål knyttet til tiltaket. I tillegg tilrettelegger det for at rettssikkerheten til den enkelte abonnent som mottar slike brev kan ivaretas.

Det fremgår ikke av høringsnotatet hvilke *personvernspørsmål* som etter departementets syn vil reises hvis internettilbyderen skal ha ansvar for opprettelsen av et "varselregister", men vi antar at departementet sikter til risikoen for at opplysningene *kommer på avveie*

eller blir manipulert (brudd på konfidensialitet eller integritet). At *internettilbyder lagrer* opplysninger om abonnentens identitet i gjentakelsestilfeller, bør imidlertid etter vårt syn være en *like sikker løsning* som om rettighetshaver må gå til domstolene for å få tilgang til identiteten for deretter selv å lagre opplysningene. Risikoen for personvernet kan ikke antas å være høyere ved at internettilbyder lagrer opplysningene: For det første har internettilbydere en *generell taushetsplikt* etter ekomloven § 2-9 om innholdet av elektronisk kommunikasjon og andres bruk av elektronisk kommunikasjon som også vil omfatte "*varselregisteret*". Internettilbyderes behandling av personopplysninger i forbindelse med virksomheten, er videre *konsesjonspliktige* etter personopplysningsforskriften § 7-1. Internettilbydere har således både ansvar for og betydelig erfaring med å sikre konfidensialitet og integritet ved behandling av personopplysninger. Dette gjelder også opplysninger om straffbare handlinger, f.eks. knyttet til distribusjon av SPAM og virus mv. Det må legges til grunn at tilbyderne oppfyller disse (og andre) lovpålagte plikter.

I tillegg innebærer brevmodellen som nevnt at rettighetshaver *avstår fra alminnelig rettshåndhevelse* basert på opplysningene internettilbyderen lagrer i perioden hvor lagringen finner sted. Det er således ingen risiko for at *rettighetshaver* vil bruke de lagrede opplysningene mot abonnenten om rettighetshavere skulle få tilgang til dem. Dette *avhjelper* etter vårt syn eventuelle personvernsspørsmål knyttet til tiltaket.

I tillegg tilrettelegger det for at *rettssikkerheten* til den enkelte abonnent som mottar slike brev kan ivaretas ved at abonnenter som mottar et slikt brev og som har behov for å uttale seg, kan *henvende seg til rettighetshaverne*. Selv om abonnentene ved dette skulle avsløre sin identitet, vil dette *ikke kunne bli brukt* av rettighetshaver *mot abonnenten*. Den danske brevmodellen legger i samsvar med dette opp til at rettighetshaverne skal opprette en *sentral helpdesk* for henvendelser fra abonnenter som har mottatt informasjonsbrev.

Departementet hevder videre i sin begrunnelse for hvorfor det heller i retning av at det på det nåværende tidspunkt ikke bør foreslås noen lovgivning knyttet til en varselbrevordning, at utformingen av en slik ordning i tillegg antas å innebære *ikke ubetydelige kostnader* – både til opprettelse og administrering av register, utsendelse av brev og ev. håndtering av klager. Det er vanskelig for MPA å følge departementets resonnement. Domstolsbehandling av en *begjæring om tilgang til identitet*, som er alternativet, vil være en *langt større belastning* i form av tid, kostnad og påkjenning for øvrig for både rettighetshaver, abonnent, internettilbyder og domstoler, enn om internettilbyderen gjør oppslaget og selv lagrer resultatet.

Kostnadene vil med andre ord være *langt lavere* om *brevmodellen* benyttes enn om varslene skulle formidles på annen måte. Den eneste måten kostnadene ved varsler som formidles på annen måte kan bli mindre enn kostnadene ved brevmodellen, er om *ingen varsler* sendes ut i det hele tatt. Internettilbydere *har allerede i beredskap et apparat* (gjerne omtalt som *abuse-avdelinger*) som er tilgjengelig for å varsle og håndtere misbruk av internettilknytning, og som enkelt vil kunne motta henvendelser fra krenkede rettighetshavere og varsle berørte abonnenter også som ledd i brevmodellen. Sammenliknes internettilbyderens kostnader ved brevmodellen med internettilbydernes omsetning (omkring 10 milliarder norske kroner årlig)⁴³ eller tapene internettilbydernes

⁴³ Jf. punkt 3.4.5 ovenfor.

virksomhet påfører rettighetshaverne (anslagsvis flere hundre millioner kroner årlig), blir de uansett *svært begrensede*.

Selv om kostnadene vil være langt lavere enn ved domstolsbehandling av begjæring om tilgang til identitet, vil *rettighetshavere* ha betydelige kostnader også i forbindelse med varselbrev. Dette bidrar til å sikre at slike varselbrev bare vil bli benyttet i de tilfeller der det anses hensiktsmessig, jf. punktene 3.4.5 og 3.5.2 ovenfor.

Som det fremgår klart av departementets forslag, er *tiltak rettet mot nettsted* hvor opphavsrett krenkes ikke ment som et "*lavterskeltilbud*", men i stedet forbeholdt de "*alvorlige og grove*" tilfellene. Departementet forventer ikke at sakstilfanget etter disse reglene vil bli spesielt stort, og det har endog foreslått en "*sikkerhetsventil*" i form av hjemmel for gebyr for å sikre at saker som bringes inn er av en "*viss størrelse og viktighet for rettighetshaveren*". Det betyr at et *stort antall* opphavsrettskrenkelser må håndteres på *annen måte*.

Søksmål og *ordinær domstolsbehandling* vil regelmessig kreve *tre runder i retten* for å 1) få tilgang til abonnentens identitet, 2) gjennomføre bevissikring hos abonnenten for å få bekreftet krenkerens identitet og 3) få stanset krenkelsen og få tilkjent erstatning og saks kostnader. Dette er en *så stor belastning* i form av tid, kostnad og påkjenning for øvrig at det *bare* vil kunne gjennomføres i de *mest alvorlige sakene*.

Brevmodellen vil gjennom å *identifisere gjentakelsestilfellene* hvor henvendelser fra rettighetshaver ignoreres, gjøre det lettere å skille ut alvorlige og grove saker som er egnet for tiltak rettet mot nettsted, eller søksmål og ordinær domstolebehandling. Brevmodellen bidrar således til å sikre at tiltakene vi velger er *forholdsmessige*. En domstolsprosess bare for å kunne varsle abonnenten om kravet og grunnlaget for det, ville for øvrig også være i *strid* med grunnleggende prinsipp om at tvister så langt mulig skal *søkes løst i minnelighet* før rettsprosess innledes⁴⁴.

6.6 Nødvendig for å oppnå departementets mål

Som det er redegjort for nærmere under punkt 3.3 ovenfor, bidrar Internetts egenart til at *antallet krenkelser* raskt blir høyt og *omfanget av skadene* raskt blir stor. Dette har gjort det *nødvendig* å ta i bruk utenrettslig løsninger som *varselbrev* ved andre lovbrudd som distribusjon av SPAM og virus mv. Skal departementets mål om å sikre rettighetshaverne "*rimelige og effektive midler*" til å håndheve sine rettigheter etter åndsverkloven oppnås, er det *nødvendig* å ta i bruk varselbrev *også* ved opphavsrettskrenkelser m.m. på Internett.

De sakene som verken er egnet for tiltak rettet mot nettsted, eller søksmål og ordinær domstolsbehandling, *kan og må håndteres med varselbrev/brevmodellen*. Alternativet – at rettighetshavere *forblir maktesløse* i forhold til en stor del av opphavsrettskrenkelsene på Internett til tross for at enkle og effektive tiltak (varselbrev/brevmodell) som allerede er gjennomført for å stanse SPAM og virus mv., kunne vært gjennomført – er *helt uakseptabelt*.

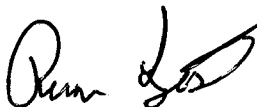
⁴⁴ Jf. forarbeidene til den nye bestemmelsen i tvisteloven § 5-2 om varsel om krav og grunnlag for kravet, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) første avsnitt i merknaden til § 5-2 på s. 377.

7 AVSLUTNING

MPA har innledet samtaler med andre rettighetshaverorganisasjoner om hvordan arbeidet vårt innenfor dette området kan samordnes og koordineres, og vi drøfter i den forbindelse hvorvidt en organisering etter mønster av RettighedsAlliancen i Danmark vil være hensiktsmessig også for oss med tanke på de nye tiltakene for å stanse rettighetskrenkelsene på Internett som nå foreslås innført.

Vi vil holde departementet orientert om fremdriften i dette arbeidet.

Med vennlig hilsen,
SIMONSEN Advokatfirma DA



Rune Ljostad
Advokat (H)