

Sendt med e-post til postmottak@kud.dep.no

Oslo, 30. september 2011

Kulturdepartementet
Postboks 8030 Dep.
0030 Oslo

Deres ref. 2011/02036 ME/ME1 EAB:elf

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

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. TONO ønsker med dette å kommentere departementets forslag.

OPPSUMMERING

TONO 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 TONOs 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 rettsak* 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.

TIL BAKGRUNNEN FOR FORSLAGET

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 TONO enig i.

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. Et eksempel her, kan være Björn Ulvaeus fra ABBA som har sagt at 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

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

disse lovlige tjenestene inngår) å falle også i 2010.² NCB (Nordisk Copyright Bureau) har opplevd den samme tendensen. Av en undersøkelse Econ Pöyry utarbeidet på oppdrag fra Videobransjens felleskontor i 2007, fremgår det at mer film ses ulovlig på Internett i Norge enn lovlige på kino.³

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 0 nedenfor); informasjon om skillet mellom lovlige og ulovlige 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 (varselbrev) 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 å 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 0 nedenfor).

Nye tiltak er nødvendig

Internettets 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 TONO 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 varselbrev (jf. nedenfor).

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

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.

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 yringsfrihet. TONO støtter dette. TONO 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 personvernkrenkelser 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 TONOs syn viktig å se hen til erfaringene fra slike tilgrensende rettsområder fordi de viser hvordan håndhevingen gjennom å tilpasses Internetts egenart kan bli effektiv, samtidig som hensynene til personvern, rettssikkerhet og yringsfrihet 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 selvregulering.⁶ 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:

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_NYHET?p_d_i=-121&p_d_c=&p_d_v=104304. Sistnevnte inkluderer også peker til selve 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 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 land.⁸ Justismyndighetene har oppfordret alle internettilbydere i Norge til å støtte opp om Barnepornofilteret slik at det ikke blir nødvendig å innføre et lovpåbud.⁹ 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 Internett.¹¹ Mer informasjon er tilgjengelig på tjenestens nettsider www.slettmeg.no.

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

Ved å gjennomføre lovendringene oppsummert i punkt 0 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 yttringsfrihet også blir

⁸ Jf. siste avsnitt på s. 3 i arbeidsgrupperapporten "*Forebygging av internetrelaterte 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.

ivaretatt. Tatt i betraktning de enorme tap opphavsrettskrenkelser 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 TONOs syn på høy tid.

Rettslige rammer

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

Dette er etter TONOs syn viktig. Med ønsket om og forventningene til kunnskaps- og informasjonssamfunnet som kilde til sysselsetning og verdiskapning, vil dette bli enda viktigere i tiden som kommer (jf. punkt 0 nedenfor).¹²

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 rettigheter.¹³

Distribusjon av musikkverk og musikk i film, TV-serier, lydbøker og dataspill på Internett uten rettighetshavers samtykke, krenker selve fundamentet for rettighetshavernes inntekter og levebrød – opphavsmannens økonomiske enerett etter åndsverkloven § 2, 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.

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

¹³ Jf. EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1.

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.

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

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-avtalen.¹⁴

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, internetttilbyder, 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 (risikoen 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

¹⁴ Jf. Rt. 2010 s. 774.

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

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 begrense de skadelige følgene av virksomheten, og en mulighet til å pålegge internetttilbyderne å bistå aktivt når dette var påkrevet.¹⁹ Jf. også opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 jf. avsnitt 59 i fortalen (omtalt i punkt 5.7 nedenfor).

Dette har imidlertid ikke skjedd. Parallelt med internetttilbydere benytter tilsvarende tiltak aktivt hver eneste dag mot lov- og avtalebrudd som rammer internetttilbydernes egen virksomhet, f.eks. distribusjon av spam og virus mv. og betalingsmislighold, har internetttilbydere 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 internetttilbydere 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 internetttilbydere hadde en samlet omsetning i 2010 på i størrelsesorden NOK 10 000 000 000 (10 milliarder norske kroner)²¹, ca. ti ganger mer enn den samlede norsk leie- og kjøpefilmomsetningen²² og mer en 15 ganger mer enn den samlede norske platebransjen omsatte for²³. Mens internetttilbyderne de siste ti årene har opplevd en vekst i omsetningen fra under én milliard til over ti milliarder norske kroner, har rettighetshaverne til musikkverk i 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

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.

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 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.

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

muliggjort av tjenester levert av nevnte internettilbydere langt har overskredet inntektene. Det fysiske salget av plater har f.eks. i den samme ti-årsperioden falt med omkring 50 %.²⁴

Internettilbyderes aktive bistand for å gjennomføre tiltakene oppsummert i punkt 0 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 TONOs 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.

Nye forretningsmodeller

Tilbudet av gode lovlige tjenester er i dag større enn noensinne

TONO 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 musikkområdet. Vi vil i tillegg fremheve iTunes Store, Beat.no, samt nettbutikker som CDON.COM og Platekompaniet.

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.

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. TONO 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

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

overgår summen av transaksjons- og anskaffelseskostnader for de lovlige tjenestene ²⁵. 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 innhold som film, TV-serier, musikk, 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 oppnå.²⁶ Det er således ikke nødvendig for at lovendringene oppsummert i punkt 0 ovenfor skal være effektive, at ulovlig fildeling blir umulig slik at alle slutter med det. Det er tilstrekkelig at den blir så risikofylt, tungvint og ubehagelig at de fleste velger de lovlige tjenestene fremfor de ulovlige.

I andre deler av samfunnet ser en også 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.

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

REGISTRERING AV IP-ADRESSER MV. OG TILGANG TIL IDENTITET

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 0 ovenfor.

Registrering og annen behandling av IP-adresser

Egen hjemmel i åndsverkloven

TONO 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. 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.

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.

TONO 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 bruk.²⁸ 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 anonyme (fordi internettilyderer er pålagt å slette koblingen mellom IP-adressen og vedkommende abonnents identitet).

²⁸ Jf. Rt. 2010 s. 774 avsnitt 52.

Ikke begrenses til "rettighetshaver"

Siden det for mange rettighetshavere vil være uhensiktsmessig å foreta slik registrering selv, foreslår TONO 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 TONO.

Departementet legger også 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 klientoppdrag.²⁹ 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;

²⁹ Jf. personopplysningsforskriften § 7-23 forutsetningsvis.

- risikovurdering, jf. pof. § 2-4;
- sikkerhetsrevisjon, jf. pof. § 2-5;
- organisering av informasjonssystemet, jf. pof. § 2-7,
- osv.

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.

Behandlingsgrunlaget for 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.

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.

Tilgang til abonnentens identitet

Egen hjemmel i åndsverkloven

TONO 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-saken.³⁰

³⁰ Jf. Rt. 2010 s. 774.

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.

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 understrekinger)³¹:

"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

³¹ Jf. Prop. 2008/09:67 (IPRED-lagen) punkt 8.2.7 på s. 162.

slutligen noteras att ett krav på att tillgängliggörandet måste vara av viss omfattning skulle, oavsett om det utformades som ett krav på oppreping eller ett krav på visst antal opphovsrättsligt skyddade verk, riskera att göra bestämelsen 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 konstruerte så att det i praktiken är näst intill omöjligt att se hur mycket materiale 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 musikkverk 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 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.

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 sakene.³² Virkningen av en eventuell innstramming, kunne blitt at rettighetshavere foretrakk å påberope seg de alminnelige bevissikringsreglene i tvisteloven kapittel 28 fremfor den nye hjemmelen i åndsverkloven.

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). Et eksempel på dette er musikkforlegging. 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 kostnadskrevende 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.³³

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). TONO 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*.³⁴ Vi ber departementet klargjøre dette. Jf. også punkt 0 nedenfor.

³² Jf. Prop. 49 L (2010-2011) s. 112 og 119 og Innst. 275 L (2010-2011) s. 5.

³³ Jf. Ole-Andreas Rognstad "*Opphavsrett*", 2009 s. 337-339.

³⁴ Jf. Justis- og politidepartementets høringsnotat "*Styrking av lovgivningen om håndhevingen av industrielle rettigheter m.m.*" 14. april 2011.

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 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 "skruer opp prisen" for å utlevere slike opplysninger for å avskrekke krenkede rettighetshavere fra å fremme begjæring om slik utlevering. Jf. for øvrig punkt 0.5 ovenfor.

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.

TILTAK RETTET MOT NETTSTED HVOR OPPHAVSRETT KRENKES

Nye tiltak

TONO 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 TONO, som det fremgår av punktene 0 og 0 ovenfor, enig i.

Uavhengig av tilbyderens subjektive forhold mv.

TONO 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 side 52 i høringen.

Vilkåret for at internettilbyderen 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 egen 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.

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 tilgjengeligjøringen. 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 TONOs 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 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.

1.4 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.

TONO 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 nettsteder, 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.

Bestemmelsens rekkevidde

Departementet gir 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. TONO er ikke uenig i at 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 internettilbyderen som "best kan bringe slike krenkelsener til opphør", jf. avsnitt 59 i fortalen til opphavsrettsdirektivet. Jf. også punkt 5.9 nedenfor.

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 tilbydere dekker kostnadene i femte avsnitt på s. 56 i høringsnotatet som vi i det vesentlige er enige i, samt punkt 0.5 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. TONO ønsker å knytte noen kommentarer til denne drøftelsen.

TONO er enig i departementets forslag om at internettilbydere skal kunne pålegges å hindre tilgangen til slike nettsteder 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 internettilbyderens 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 Barnepornofilteret.³⁵

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 yttrings- 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 internettilbydere 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)³⁶:

"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."

³⁵ Jf. punkt 0 ovenfor.

³⁶ Jf. C-557/07.

Ettersom sletting bare er aktuelt dersom nettstedet er lagret på internettilbyderens tjener, noe det ikke vil være når internettilbyderen "*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 internettilbyderen å *blokkere* tilgangen til nettstedet. Som departementet påpeker, viser rettspraksis fra andre land i EØS-området at de har etablert en slik hjemmel.³⁷

TONO 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 0.2 ovenfor og for håndheving i lys av økonomisk forskning og teori i punkt 0.2 ovenfor.

TONO 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 § 100.³⁸

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 bruk.³⁹ 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 ytringen, om de ikke allerede er det, enkelt kunne gjøres tilgjengelig også på annen måte.

³⁷ Departementet kan synes å ha trukket den samme konklusjonen, jf. første avsnitt på s. 44 i høringsnotatet.

³⁸ 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.

³⁹ Jf. Rt. 2010 s. 774 avsnitt 52.

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 Medietilsynets (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 rettighetskrenkelsers 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 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".

Nærmere om sletting

TONO 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.

Krenkelser fra egne abonnenter

TONO 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. TONO deler departementets syn på dette.

Vi forutsetter imidlertid at internettilbyder *vil* kunne hindre tilgang til nettstedet uten at internettforbindelsen må brytes.

Videre 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 0 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.

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. TONO 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.

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 0 ovenfor.

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.

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. TONO 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. TONO 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.

Andre prosessuelle spørsmål

Vi er for øvrig enige med departementet i at 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).

TONO 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.

VARSELBREV

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 TONOs 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.

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.

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 0 ovenfor).

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. Varselbrev kan også brukes til å informere om de lovlige digitale tjenestene som er tilgjengelig. Dette er en konstruktiv måte å gi abonnentene mulighet til å rydde opp på.

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 0 ovenfor og punktene 0 og 0 nedenfor. Årsakene til tiltakene er effektive, er imidlertid de samme, jf. punkt 0 med henvisning til punktene 0.2 og 0.2 ovenfor. Det er således ingen grunn til å vente enda lenger med å fremme forslag om en slik ordning også i Norge.

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 personvernspørsmål 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 heller i retning av at det på det nåværende tidspunkt ikke bør foreslås noen lovgivning knyttet til en varselbrevordning. Dette begrunnes med at utformingen av en slik

ordning 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 TONO 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, internettilyder og domstoler, enn om internettilyderen 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. Internettilydere har allerede i beredskap et apparat (gjærne 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 internettilyderens kostnader ved brevmodellen med internettilydernes omsetning (omkring 10 milliarder norske kroner årlig)⁴⁰ eller tapene internettilydernes 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 0 og 0 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 domstolsbehandling. 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

⁴⁰ Jf. punkt 0 ovenfor.

grunnleggende prinsipp om at tvister så langt mulig skal søkes løst i minnelighet før rettsprosess innledes.⁴¹

Nødvendig for å oppnå departementets mål

Som det er redegjort for nærmere under punkt 0 ovenfor, bidrar Internettets 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 er 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. Det er uakseptabelt.

AVSLUTNING

TONO vil innlede 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 rettighetskrenkelser på Internett som nå foreslås innført.

Vi vil holde departementet orientert om fremdriften i dette arbeidet.

Med vennlig hilsen
TONO



Ragnar Bjerkreim
styreleder, TONO



Cato Strøm
administrerende direktør, TONO

⁴¹ 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.