



Kulturdepartementet
Postboks 8030 Dep
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post til postmottak@kud.dep.no

Deres ref:
2011/02036 ME/ME1
EAB;elt

Vår ref: 122493/v1

Saksbehandler: Trude Hafslund
th@advokatforeningen.no
T +47 22 03 50 61

14.10.2011

Høring – endringer i åndsverkloven – tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 19. mai 2011 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulike erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettsikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonder mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for immaterial- og markedsføringsrett. Lovutvalget består av Arne Ringes (leder), Eirik Dønne, Ida Gjessing, Thomas Rieber-Mohn, Anne Marie Sejersted og Camilla Vislie.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Sakens bakgrunn

Formålet med forslagene er å styrke rettighetshavernes muligheter for håndheving av sine rettigheter ved krenkelser på internett, for eksempel ved ulovlig fildeling. Lovforslaget skal også klargjøre gjeldende rett på området. Det er fra departementets side opplyst at det ved

utformingen av lovforslaget også er lagt vekt på å finne balanserte løsninger som ivaretar andre hensyn som håndheving av rettigheter på nett berører, slik som personvern, rettssikkerhet og ytringsfrihet m.m.

I korte trekk foreslås det i) at rettighetshavere skal kunne registrere IP-adresser som er blitt benyttet til krenkelser av opphavsretten, ii) at domstolene enklere skal kunne pålegge internett-tilbydere å utlevere opplysninger om en abonnents identitet til rettighetshaveren og iii) at nettstedet som i stort omfang tilgjengeliggjør opphavsrettsbeskyttet innhold blokkeres eller slettes.

3. Registrering av IP-adresser mv. og tilgang til identitet

3.1 Til punkt 2.3 – Tilgang til abonnentenes identitet

Advokatforeningen støtter forslaget om tilpassede bestemmelser hva angår tilgang til abonnentenes identitet. En domstolsbehandling bør være nødvendig før utlevering av identifiserende opplysninger i den enkelte sak. Av bevisforspillelseshensyn kan retten bestemme at varsling kan unnlates. Det kan ikke anses tilstrekkelig at internetttilbyderne skal avgjøre om utlevering skal skje eller ikke. Disse er egentlig ikke part. Det vises til for eksempel Telenors rolle i saker om kommunikasjonskontroll. Telenor mottar kjennelse og åpner telefonavlytting. Abonnementen er bistått av advokat som ivaretar abonnentens interesser uten dennes vitende.

Videre foreligger det behov for særregulering utover tvistelovens bestemmelser om bevissikring. Utlevering skal skje fra internetttilbyderen og ikke abonnenten selv, noe som skiller seg fra vanlige beslag. Samtidig må rettighetshavernes interesser avveies mot personverninteresser hos abonnenter og retten til fri kommunikasjon. Domstolen vil i det enkelte tilfelle måtte avgjøre om utlevering skal skje ut fra en avveining av interessene.

3.1.1 Hvem skal få tilgang til identiteten?

Lovforslaget legger opp til at rettighetshavere skal få tilgang til opplysning om abonnentens identitet, noe som ikke nødvendigvis viser hvem som står bak den sannsynlige ulovlige handling ved nedlasting eller opplasting. Rettighetshavere kan være opphavsmenn eller innehavere av nærstående rettigheter som opplever at rettigheter blir krenket ved ulovlig handlinger på nett. Dette gjelder også fysiske og juridiske personer som har fått overdratt rettigheter til seg. Retten vil i det enkelte tilfelle vurdere om den som begjærer utlevering har saklig behov for tilgang.

3.1.2 Vilkår for at opplysninger skal kunne utleveres.

Rettighetshaver må sannsynliggjøre at det foreligger en krenkelse av opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven. Departementet legger opp til at det må foreligge en sannsynlighetsovervekt for at slik krenkelse er foretatt av abonnent. Men det vil ikke være slik at enhver krenkelse er eller bør kunne danne tilstrekkelig grunnlag for utlevering. Departementet viser til at grovheten, omfanget og skadevirkninger må vurderes av domstolen. Advokatforeningen slutter seg til dette. Avveiningen mellom rettighetshavernes interesser og abonnenten blir sentral ved avgjørelse av om taushetsplikten skal lempes på. Departementet har anvist avveiningstemaet i utkastet til lovbestemmelse. Blant annet fremgår det at opplasting av en film kan være nok til å danne grunnlag. Advokatforeningen ser at Forbrukerrådet i sin høringsuttalelse har en drøfting rundt disse spørsmål.

3.1.3 Prosess for å få tilgang

Rettingheshaver skal før saken fremmes for retten forelegge spørsmål om opphevelse av taushetsplikt for Post- og teletilsynet. Domstolen kan fatte sin beslutning uavhengig av tilsynets konklusjon. Advokatforeningen ser ikke nødvendigheten av at Post- og teletilsynets syn skal innhentes i den enkelte sak.

3.1.4 Underretning til abonnenten, tidspunkt, form og innhold.

Departementet foreslår at abonnenten skal meddeles kjennelse om utlevering av IP-adresse etter én måned. Departementet er mer tilbakeholden enn det som er tilfelle i den tilsvarende svenske løsningen med en frist på tidligst én måned og senest tre måneder. Advokatforeningen anser at det ikke bør være lengre frist enn én måned. Men det bør vurderes om abonnenten skal få tidligere meddelelse, det vil si at fristen kan settes av domstolen i den enkelte sak ut fra bevisforspillelsesfaren. Det kan vurderes om domstolen også skal kunne kan sette en lengre frist ut fra en konkret vurdering, se for øvrig tvisteloven kapittel 28.

3.2 Til punkt 2.4.2 – Registrering og annen behandling av IP-adresser – bortfall av konsesjonsplikt

Departementet foreslår i høringsutkastet at konsesjonsplikten etter personopplysningsloven skal bortfalle og erstattes med meldeplikt, se utkastet § 56 a. Tilsvarende løsning er valgt i andre land.

Datatilsynet ga i 2006 et advokatfirma tidsbegrenset konsesjon til å behandle personopplysninger knyttet til fildeling. Konsesjonen ble så forlenget en gang inntil den ved annen gangs søknad om forlengelse ble avslått i 2009. Dette blant annet under henvisning til at det ikke forelå avklaring på politisk hold om den aktuelle behandling av personopplysninger skulle finne sted og at tilsynet i løpet av den tid som var gått hadde gjort erfaringer. Vedtaket ble senere omgjort av Personvernemnda.

Datatilsynets uttrykker i sin høringsuttalelse av 13. september 2011 ”at en lovregulering av plikter og rettigheter i forbindelse med innsamling og registrering av IP-adresser bidrar til større rettssikkerhet og bedre personvern enn dersom ordningen, som nå, reguleres gjennom enkeltkonsesjoner fra Datatilsynet.” Advokatforeningen vil vise til at lovforslaget i § 56b avklarer at utlevering av identitet til abonnent kan skje på visse vilkår. Dette skulle etter Advokatforeningens oppfatning være tilstrekkelig avklaring for Datatilsynet til å fastslå at den aktuelle behandling er ønsket av lovgiver, dersom bestemmelsen blir vedtatt. Det er noe usikkert hvor mange rettighetshavere, rettighetshaverorganisasjoner eller andre som vil behandle opplysninger. Hittil er det ett advokatfirma, noe Datatilsynet i sin uttalelse gir uttrykk for er uheldig. Det er rettighetshaverne som skal være behandlingsansvarlige, ikke databehandleren.

Det er delte meninger i lovutvalget av om konsesjonsplikt bør opprettholdes. Et argument for dette er at meldeplikt kan være mindre egnet inntil man har vunnet erfaring med anvendelse av de nye midler rettighetshaverne vil få dersom lovforslaget blir vedtatt. Datatilsynet kan da vurdere hvem som skal behandle personopplysningene, bestemme hvilke opplysningstyper som skal registreres, fastsette slettingsregler m.v. Det er ikke slik at enhver representant for rettighetshavere bør kunne behandle opplysningene etter å ha sendt inn melding. En konkret vurdering vil sikre personvernet på en bedre måte. Konsesjoner vil raskere kunne tilpasses ved endringsbehov enn forskrifter for meldepliktige registre. Tilsynets direktør uttalte i Dagens Næringsliv 30. september 2011, ”En konsesjonsplikt pålagt mange tusen rettighetshavere blir selvsagt umulig å håndtere i praksis.” I høringsnotatet er det gitt uttrykk for at det vil dreie seg

om et begrenset antall. Advokatforeningen antar at så mange behandlere bør det heller ikke være. Antallet bør være begrenset og konsesjonsplikt vil kunne ivareta det. Konsesjonsplikt støttes også av Barne-, likestillings og forskningsdepartementet, IKT Norge, Forbrukerrådet og Norwegian User Unix Group.

På den annen side kan personvern hensynene være tilstrekkelig ivaretatt gjennom en meldeplikt og Datatilsynets generelle kontrollmyndighet. Datatilsynet har selv tatt dette standpunkt.

Dersom departementet i det videre arbeid med lovgivningsprosessen skulle komme til at personvern hensyn taler i mot vedtakelse av lovforslaget som sådan, vil Advokatforeningen vise til at konsesjonsplikt kan bidra til balansering av hensynene.

4. Tiltak rettet mot nettsted hvor opphavsrett krenkes

4.1 Generelle kommentarer til høringsnotatets punkt 3.1 og 3.2 (forslag til ny § 56c)

Det foreslås innført en ny regel som åpner for at internettilbydere kan pålegges å hindre tilgang til nettsteder hvor opphavsrett krenkes, bl.a. gjennom blokkering eller sletting.

Advokatforeningen slutter seg til departementets uttalelse om at det er ønskelig med en avklaring av om rettighetshavere etter norsk rett skal ha adgang til å kreve at internettilbydere iverksetter tiltak for å stoppe en pågående opphavsrettskrenkelse på Internett. Etter Opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 skal medlemsstatene påse at rettighetshaverne har mulighet til å kreve rettslig forføyning overfor mellommenn hvis tjenester brukes av en tredjemann til å overtre en opphavsrett eller beslektet rettighet. Advokatforeningen er enig i at det etter Pirat-Bay saken kan være et spørsmål om norsk gjeldende rett oppfylder direktivforpliktelsene. Direktivet sier at det skal være en "mulighet" for å kreve rettslig forføyning, men det er iht. fortalen pkt. 59 overlatt til medlemsstatene å fastsette vilkår og nærmere regler for slike forføyninger.

Etter det som fremgår av forslaget pkt. 3.1.2 har ingen av de øvrige nordiske land innført en tilsvarende ordning som det som foreslås av departementet. I Danmark er direktivforpliktelsen oppfylt ved at mellomledd kan ha et selvstendig ansvar etter en regel om lovlig kopieringsgrunnlag for midlertidige eksemplarer. I Sverige er det derimot ingen tilsvarende regel, og iht. høringsnotatet er forføyningsadgangen overfor rene videreformidlere begrenset. Finland synes å være det land som har innført en ordning med flest likhetstrekk som det som foreslås i høringen, uten at det foreligger noen praksis fra Finland som er egnet til å kaste lys over om ordningen vil fungere.

Medlemmene i Advokatforeningens lovutvalg har hatt noe ulike oppfatninger om lovforslaget, og det har vært enkelte prinsipielle innvendinger. Innvendingene har først og fremst knyttet seg til at pålegg om at internettilbydere skal foreta blokkering/sletting er sterke virkemidler sett i forhold til Internettets funksjon. Advokatforeningen har likevel samlet konkludert med at forslaget støttes som en rimelig balansert løsning, dog slik at foreningen mener det er behov for enkelte endringer hva angår vilkår og prosess.

Generelt kan det stilles spørsmål ved om ordningen sikrer tilstrekkelig kontradiksjon i saker om hindring av tilgang. Det er etter forslaget rettighetshaverne som skal fremme kravet og belyse saken, mens internettleverandøren på sin side skal kunne la være å engasjere seg og kun utføre de tiltak som blir pålagt. Det vil sjelden være en reell motpart, idet ordningen nettopp tar sikte på

tilfeller der innehavere av nettstedet ikke er kjent eller befinner seg i utlandet. Advokatforeningen vil komme tilbake til dette i kommentarene til de enkelte avsnitt i pkt. 3.1 og 3.2.

En ytterligere generell kommentar knytter seg til om forslaget vil ha den ønskede effekt. Det er i høringsnotatet pkt. 3.1.3 pekt på at det som regel vil være mulig å omgå en blokkering. Blant brukerne og innehavere av den type nettsteder forslaget tar sikte på å ramme, må det antas at en stor andel vil ha både evne og vilje til å omgå en blokkering. Ordning kan således ha den virkning at den uønskede atferden på Internett finner andre veier. Et alternativ kunne være ikke å innføre ordningen før man eventuelt finner et bedre virkemiddel, eller å avvente en nærmere behandling av medvirkningsreglene som ledd i arbeidet med ny åndsverkslov. Når Advokatforeningen likevel går inn for ordningen, er det ut i fra forutsetningen om at bestemmelsen kun skal anvendes unntaksvis der krenkelsen er omfattende og ikke kan stoppes på annen måte. Det bør heller ikke være et avgjørende motargument at det er en mulighet for å omgå ordningen.

Det primære virkemiddel for å unngå fremtidige opphavsrettskrenkelser på nett må uansett være å finne lovlige løsninger tilpasset brukergruppene. Advokatforeningen mener videre at det bør legges opp til at ordningen med pålegg om blokkering/sletting tas opp til ny vurdering om noen år. Man må forvente en fortsatt teknisk utvikling, og antagelig også en utvikling i lovgivningen ellers, som kan medføre endringer i behovet for ordningen. I tillegg er det vanskelig i dag helt å overskue virkninger og konsekvenser av ordningen.

4.2 Til punkt 3.2.1 – Internetttilbydernes rolle

Departementet omtaler i pkt. 3.2.1 i hvilke situasjoner det er behov for å kunne pålegge internetttilbyder å hindre tilgang til et nettsted. Det er spesielt pekt på tilfeller der nettsted eller den originære krenker ikke kan identifiseres eller ikke ønsker å bidra til at krenkelsen opphører. Departementet antar at ordningen i praksis vil bli en subsidiær løsning, som kun brukes der effektiv håndheving ikke er mulig overfor den ansvarlige "hovedmann".

Advokatforeningen er noe i tvil om dette er en riktig antakelse. Muligheten til å kreve pålegg overfor internetttilbyder vil kunne fremstå som en enklere og mer effektiv måte å få stoppet en pågående krenkelse, i stedet for å gå direkte på krenkeren. Slik forslaget til ny § 56 c er formulert, er ikke løsningen gjort subsidiær. Bestemmelsen synes heller ikke å være til hinder for at rettighetshaver både går på den ansvarlige for krenkelsen og fremmer krav om pålegg overfor internetttilbyder.

Advokatforeningen mener derfor at ordningens "subsidiære" karakter enten bør fremgå av lovbestemmelsen eller av motivene. I vurderingen av om pålegg skal gis bør det ses hen til om rettighetshaver har gjort det som rimeligvis kan forventes i forhold til å gå direkte på nettstedet hvor det ulovlige materialet er tilgjengeliggjort. Forut for innlevering av begjæring om tiltak bør Innehaveren av nettstedet om mulig være tilskrevet med krav om å bringe krenkelsen til opphør, og enten ha unnlatt å svare eller avvist kravet.

4.3 Til punkt 3.2.2 – Tredjepartskonflikter

I opphavsrettsdirektivets artikkel 8.3 er den ansvarlige overtrederen (krenkeren) benevnt tredjepart. Departementet påpeker at saker etter lovforslaget normalt vil være "topartssaker" mellom rettighetshaveren og internetttilbyderen, der krenkeren (tredjepart) står utenfor. Situasjonen vil da være at den ene parten, internetttilbyderen, normalt vil ha begrenset egeninteresse i å bestride grunnlaget for et slikt pålegg. Internetttilbydere skal ikke være pliktig til

å uttale seg eller ta stilling til grunnlaget for pålegget (men gis anledning til å uttale seg dersom de ønsker det).

Som departementet er inne på skaper dette et problem i forhold til kontradiksjon og belysning av legitime interesser i å bevare tilgangen til nettstedet. Departementet går derfor inn for at også tredjepart (krenkeren) skal angis som motpart i begjæringen, og om mulig varsles og gis anledning til å uttale seg. Advokatforeningen er enig i dette.

4.4 Til punkt 3.2.3 – Om hjemmelen for å kreve at handleplikt pålegges

Departementet foreslår en egen lovhjemmel for å pålegge internettilbyderne en handlingsplikt, men går inn for at handleplikten først skal inntre ved at det gis et *pålegg* fra en domstol eller annen myndighet. Advokatforeningen er enig i dette.

Advokatforeningen er således også enig i at en handleplikt for internettilbydere ikke bør baseres på en utvidelse av notice- and takedown-systemet etter e-handelsloven, der internettilbyderne selv tar stilling til om vilkårene for en tiltaksplikt er til stede. Særlig av hensyn til ytringsfriheten bør en domstols- eller myndighetsbeslutning være grunnlaget et pålegg om å hindre tilgangen til et nettsted.

4.5 Til punkt 3.2.4 – Sanksjoner

I høringsnotatets pkt. 3.2.4 omtales alternative sanksjoner. Lovteksten som foreslås er imidlertid nøytral med hensyn til hvordan man skal "*hindre tilgang til nettsted*". Det legges opp til at organet som gir pålegget skal vurdere hvilket tiltak som skal anvendes.

Advokatforeningen er enig i det neppe er hensiktsmessig å begrense lovhjemmelen til spesifikke tiltak eller teknologi, idet det vil gjøre den lite fleksibel. Det er imidlertid et spørsmål om organet (Medietilsynet eller domstolene) vil ha den nødvendige kompetanse til å vurdere eller velge mellom ulike tiltak. Heller ikke rettighetshaver kan forventes å ha slik kompetanse. Internettilbyderen vil normalt være den som har størst kompetanse. Forslaget bygger imidlertid på at tilbyderen ikke skal være forpliktet til å engasjere seg.

Det bør derfor vurderes nærmere om det er behov for at det enten i forarbeidene eller i forskrifts form gis nærmere retningslinjer for Medietilsynets/domstolenes valg av tiltak. Det kan for eksempel angis hva som skal være et "normaltiltak". Av høringsnotatet fremgår at såkalt DNS-blokkering er den enkleste og minst ressurskrevende form for teknisk blokkering. Det bør vurderes om dette i så fall kan være et egnet "normaltiltak".

Det kan også være grunn til å innføre en plikt til å gi internettilbyderen særskilt varsel dersom det er aktuelt å pålegge andre og mer kompliserte tiltak.

4.1.5 Til punkt 3.2.4.1 – Blokkering

Advokatforeningen finner ikke grunn til å kommentere de ulike formene for blokkering som nevnes i høringsnotatet.

Departementet påpeker at blokkering har en side mot ytringsfriheten. Det pekes særskilt på at blokkering kan ramme sider som ikke er ment å omfattes av pålegget, og at nettsidene som blokkeres også kan ha lovlig innhold. Departementet uttaler at blokkering ikke skal pålegges i tilfeller der det vil ramme lovlig innhold på en måte som kommer i strid med ytringsfriheten. Advokatforeningen er enig i dette. Etter forslaget er det et vilkår for pålegg at nettstedet har

ulovlig innhold av ”stort omfang”. Det sies imidlertid ikke noe om at nettstedet ikke også må ha lovlig innhold. Advokatforeningen legger til grunn at dette vil inngå i helhetsvurderingen av om tiltak skal pålegges. Det reiser imidlertid spørsmål om hvordan man kan sikre at organet som skal fatte beslutningen får tilstrekkelig informasjon om hva nettstedet inneholder. Dersom beslutningsmyndigheten legges til et forvaltningsorgan (§56c, alternativ 1), vil bl.a. plikten til å påse at en sak er så godt opplyst som mulig før beslutning treffes (forvaltningsloven § 17) gi organet mulighet til å gjøre egne undersøkelser og avhjelpe manglende kontradiksjon. Dette taler følgelig for at alternativ 1 velges.

Det legges opp til at kostnadene ved blokkering skal bæres av internettilbyderne. Departementet mener at kostnadene ikke vil bli uforholdsmessige fordi pålegg om blokkering kun skal gis *unntaksvis*. Dette aktualiserer igjen at det tydeliggjøres at bestemmelsen kun skal anvendes der man står uten andre muligheter, jf kommentaren ovenfor til pkt. 3.2.1.

4.5.2 Til punkt 3.2.4.2 – Sletting

Et annet tiltak som omtales i høringsnotatet er sletting. Dersom prosessen retter seg mot internettilbydere som lagrer og drifter serverne med det krenkende materiale, kan sletting i følge forslaget være velegnet. Internettilbyderen vil i slike tilfelle ha direkte tilgang til og kontroll over sidene. Man vil også unngå å utestenge annet lovlig materiale som befinner seg på disse nettstedene. Advokatforeningen støtter at sletting bør være et alternativ.

4.5.3 Til punkt 3.2.4.3 – Avgrensning mot visse følger av pålegg

Advokatforeningen er enig med departementet i at *utestenging* fra Internett ikke bør være et mulig tiltak.

4.6 Til punkt 3.2.5 – Vilkår for pålegg

I høringsnotatet uttales det at terskelen for å pålegge en internettilbyder å hindre tilgang til nettsted skal være høy. Etter forslaget kreves det at ”... *det i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov*”. Bestemmelsen er også en ”kan”-regel, og det forutsettes at det skal foretas en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak. Både hensynet til proporsjonalitet, ytringsfrihet og mulighet for alternative sanksjoner skal inngå i vurderingen. Det forutsettes at bestemmelsen skal brukes med varsomhet, og at den skal forbeholdes de mer alvorlige tilfellene, Advokatforeningen er enig i dette, og mener det er viktig at dette kommer klart til uttrykk i lovmotivene.

I kommentaren til § 56c (s. 83) uttales at det ved vurderingen av ”*stort omfang*” også skal kunne ses hen til krenkelsener overfor andre rettighetshavere enn den eller de som begjærer pålegg. Det kan være hensiktsmessig at krenkelsene behandles samlet, men Advokatforeningen vil bemerke at det da bør være et krav at også de andre rettighetshavere varsles og høres.

I tilknytning til vilkåret ”*åpenbart krenker*” bemerker Advokatforeningen at dette bør forutsettes praktisert strengt, i tråd med departementets forutsetning om at bestemmelsen skal være en unntaksregel som kun skal ramme de alvorlige og klare tilfeller av rettighetskrenkelsener på Internett. Dersom krenkelsesspørsmålet reiser uklare spørsmål om grensen for lovlig eller ulovlig utnyttelse bør pålegg ikke kunne gis. Det samme gjelder der saksforholdet er så komplekst eller de rettslige spørsmål er så vanskelige at det bør være en full kontradiktorisk behandling i tråd med grunnleggende prosessuelle prinsipper i norsk rett.

I høringsnotatet forutsettes det at bestemmelsen i liten grad skal komme til anvendelse dersom krenkelsen kan repareres med økonomisk kompensasjon. Advokatforeningen støtter dette.

Når det gjelder påleggets varighet er Advokatforeningen enig i at pålegget må kunne tidsbegrenses, og at det bør være adgang til gjenåpning. Etter forslaget er vilkåret for gjenåpning er at grunnlaget for vedtaket *åpenbart* ikke lenger er til stede. Advokatforeningen mener imidlertid at terskelen for gjenåpning (opphevelse) ikke bør være høyere enn terskelen for å unngå at vedtak pålegges i første omgang. Det bør derfor være tilstrekkelig at vilkårene for å gi pålegg om hindring av tilgang ikke lenger er til stede, slik at ordet "*åpenbar*" sløydes.

5. PROSESS og "notice and takedown"

5.1 Generelt

Advokatforeningen er enig i at rettighetshavernes muligheter til å gripe inn overfor nettbaserte opphavsrettskrenkelses bør forbedres. Videre er foreningen enig i at forpliktelsene etter opphavsrettsdirektivet art. 8.3 kan ivaretas både ved en ordning basert på de ordinære domstoler og en ordning basert på et spesialoppnevnt organ. Slik sett legger ikke direktivbestemmelsen noen føringer på valget mellom disse to alternativene.

5.2 Til punkt 3.2.6 - 3.2.8 – Domstolsbasert løsning eller eget organ

Valget av ordning

Advokatforeningen mener at effektivitetshensynet – hensynet til en enkel rask og billig saksbehandling – må stå sentralt ved valget av ordning.

Hensynet ivaretas ved en organbasert løsning. Som departementet fremhever, kan det i stor grad ivaretas også ved en domstolsbasert løsning, forutsatt at det gis spesialregler for denne typen saker. Dette forutsetter imidlertid, etter foreningens syn, såpass omfattende og dyptgripende justeringer i forhold de alminnelige prosessregler, at det så langt mulig bør unngås.

Problemstillingene departementet drøfter knyttet til partsforhold, rettskraft og sakskostnader, etc. illustrerer etter foreningens syn dette poenget.

Forvaltningsrettens saksbehandlingsregler er mindre rigide og formaliserte, og de passer derfor bedre, slik foreningen ser det. Et forvaltningsorgan har dessuten plikt til selv å påse at saken er tilstrekkelig opplyst. De særskilte problemer departementet trekker frem knyttet til domstolsprøving av organets avgjørelser, kan unngås ved at det etableres et tilsyn med et særskilt klageorgan. I så fall vil overprøving kunne skje innenfor et forvaltningsrettslig regime. Dette skal kommenteres nedenfor.

Advokatforeningen mener på denne bakgrunn at valget bør falle på et spesialoppnevnt organ.

5.2.2 Utforming av en organbasert ordning

Advokatforeningen er enig i at det bør opprettes et spesialorgan og at organet må sikres tilstrekkelig spesialkompetanse, særlig når det gjelder opphavsrettslige spørsmål. Organet bør være lovhjemlet og offentlig basert, slik departementet foreslår.

Foreningen er usikker på om oppgaven bør legges til Medietilsynet, slik departementet foreslår, eller om det skal opprettes et særskilt tilsyn. Det sentrale er under enhver omstendighet at

tilsynet sikres tilstrekkelig opphavsrettslig spesialkompetanse, et krav departementet bør vurdere å lovfeste.

Advokatforeningen er enig i at tilsynets vedtak, i tråd med alminnelig forvaltningsrett, bør kunne tvangsfullbyrdes umiddelbart, med andre ord slik at en klage som hovedregel ikke skal gis oppsettende virkning. Dette betyr at rettighetshaverne får en relativt kort vei å gå, ved de opplagte og omfattende krenkelser som oppfyller de materielle vilkår for pålegg.

Foreningen er videre enig i at det bør oppnevnes en uavhengig klagenemnd. Overprøving vil da kunne skje innenfor et forvaltningsrettslig regime, uten de problemene departementet tar opp knyttet til domstolsprosess, hva angår partsforhold og rettskraftvirkninger, etc., på s. 66 flg.

Dersom en av partene deretter bringer klagenemndas avgjørelse inn for domstolene, er Advokatforeningen enig i at domstolen bør kunne overprøve alle sider ved forvaltningens vedtak, og departementets begrunnelse for dette tiltres. Domstolene bør i så fall også kunne treffe realitetsavgjørelse i saken, slik departementet foreslår.

5.3 Til punkt 4 – Varselbrev

Advokatforeningen er enig med departementet i at utforming av lovregler om varselordninger reiser en rekke vanskelige spørsmål, og at det blant annet er ønskelig med en noe bredere erfaringsbakgrunn før en slik ordning eventuelt lovfestes. Foreningen tiltrer derfor departementets konklusjon mht at man bør se an virkningene av de andre foreslåtte tiltak samt erfaringene fra land som har vedtatt varslingsordninger, før det eventuelt fremmes forslag om dette.

6. Avslutning

Advokatforeningen støtter i hovedsak lovforslaget.

Hva gjelder prosessen omkring tilgang til identitet, ser Advokatforeningen imidlertid ikke nødvendigheten av at Post- og teletilsynets syn skal innhentes i den enkelte sak.

Det er videre delte oppfatninger i Advokatforeningens lovutvalg av om konsesjonsplikt bør opprettholdes. Mens enkelte medlemmer mener at Datatilsynet fortsatt skal ha kompetanse til å gi konsesjon, mener andre at personvern hensynene er tilstrekkelig ivaretatt gjennom en meldeplikt og Datatilsynets generelle kontrollmyndighet.

Advokatforeningen støtter i hovedsak forslaget om tiltak i form av blokkering eller sletting av nettsted. Advokatforeningen mener imidlertid at ordningen bør tas opp til ny vurdering om noen år, på bakgrunn av den forventede tekniske utvikling.

Når det gjelder de foreslåtte vilkårene for pålegg i forslaget punkt 3.2.5 mener Advokatforeningen at terskelen for gjenåpning (opphevelse) ikke bør være høyere enn terskelen for å unngå at vedtak pålegges i første omgang. Det bør derfor være tilstrekkelig at vilkårene for å gi pålegg om hindring av tilgang ikke lenger er til stede.

Advokatforeningen mener at behandling av saker om tiltak mot ulovlig fildeling bør skje i et spesialoppnevnt organ, men er usikker på om oppgaven bør legges til Medietilsynet eller om det

skal opprettes et særskilt tilsyn. Foreningen er for øvrig enig i at det bør oppnevnes en uavhengig klagenemnd.

Vennlig hilsen



Berit Reiss-Andersen
leder



Merete Smith
generalsekretær