

Kulturdepartementet
Innsendt elektronisk via
www.regjeringen.no/2479768

Oslo, 1. september 2016

Deres ref.: 16/1857

RETTIGHETSALLIANSEN - NY ÅNDSVERKLOV - HØRINGSSVAR

1 INNLEDNING

Vi viser til forslag til ny åndsverklov sendt på høring den 17. mars 2016, samt til senere brev av 31. mai 2016 der høringsfristen ble satt til 1. september 2016.

Høringsuttalelsen avgis på vegne av Rettighetsalliansen – en forening for organisasjoner hvis medlemmer livnærer seg av å skape eller formidle opphavsrettsbeskyttede verk, prestasjoner og frembringelser. Rettighetsalliansens formål er å hjelpe rettighetshavere med å redusere omfang av ulovlig rettighetsutnyttelse.

Rettighetsalliansens medlemmer er: Forleggerforeningen, Norsk Videogramforening, Norske Filmregissører, NOPA, Norsk skuespillerforbund, Grafill, Norsk faglitterær forfatter- og oversetterforening, Norsk Sceneinstruktørforening, NAVio, Norsk Filmforbund, FONO, Norsk Komponistforening, Norske Dansekunstnere, Norske Dramatikeres Forbund og Virke Producentforeningen.

Våre kommentarer til høringsutkastet er begrenset til de av lovforslagene som berører Rettighetsalliansens arbeidsområde.

Vi viser for øvrig til vårt brev av 26. juni 2015 med innspill til ny åndsverklov, innsendt etter Departementets innspillseminar avholdt 9. juni 2015.

2 HVORDAN SKJER OPPHAVSRETTSKRENKELSER I DAG?

Den teknologiske utviklingen de senere år har skapt store muligheter for digital distribusjon av opphavsrettsbeskyttet materiale. Teknologien har gjort det mulig å lage gode og brukervennlige tjenester for lovlig distribusjon av musikk og film, så som Spotify, Tidal, Netflix og iTunes/Apple Music. Den samme utviklingen har imidlertid også åpnet vesentlig større muligheter for å utnytte opphavsrettsbeskyttede verk uten rettighetshavers samtykke. Vi vil i det følgende si noe om hvordan slik ulovlig distribusjon arter seg i dag.

I tiden etter at Internett ble etablert for 25 år siden, skjedde ulovlig utnyttelse hovedsakelig ved nedlasting fra internettsider ved bruk av ftp- eller http-protokollen. Senere tok P2P-fildeling over mye Feil! Ukjent dokumentegenskapsnavn.

av volumet. Fordelen ved P2P sammenlignet med ftp/http er at distribusjon stiller mindre krav til serverkraft i den sentrale løsningen, siden løsningen utnytter maskinvareressursene i den enkelte datamaskin som er tilkoblet fildelingsnettverket. P2P-fildeling opptrer også i form av tjenester som fremstår som strømmetjenester, så som filmtjenesten PopcornTime.

Fildelingstjenester, enten det er eldre P2P-tjenester så som the Pirate Bay, eller nyere tjenester så som PopcornTime, er avhengig av ulike sentrale nettressurser for å fungere, så som ulike torrent trackers, sider for undertekster, coverbilder osv. Slike tjenester fremstår ofte som nettressurser som ikke er direkte lesbare via nettlesere som Internet Explorer, men som er beregnet til bruk sammen med andre typer applikasjoner så som P2P-klienter osv.

Rene ulovlige strømmetjenester, så som tjenestene SweFilmer og Dreamfilm, har også vært populære både i Norge og spesielt i vårt naboland Sverige. SweFilmer er nylig blitt stengt ned, og en svensk borger som sto bak tjenesten er tiltalt for forholdet. Straffesaken står for tiden for svenske domstoler.

Cyberlockers er tredjeparts nettbaserte lagringstjenester som gjør det mulig å laste opp og dele opphavsrettsbeskyttet materiale så som musikk og film. Eksempler på slike lagringstjenester som har vært mye brukt til ulovlig distribusjon er Megaupload. Tjenesten er for tiden stengt, men innehaveren har erklært at tjenesten skal relanseres i januar 2017. Andre cyberlockers som har vært mye brukt til ulovlig distribusjon er Zippyshare.com og Chomikuj.pl.

En type nettressurser som blir mer og mer brukt, er opplastingssider for brukerskapt innhold (User Generated Content (UGC)/User Created Content (UCC)). Eksempler på slike sider er YouTube, Soundcloud og Dailymotion. Slike sider har typisk ingen forhåndskontroll av om opplaster har innhentet tillatelse til å laste opp innholdet, og det er til enhver tid en betydelig andel av innholdet som er opplastet uten rettighetshavers samtykke. Rettighetshaverne arbeider kontinuerlig med å gjennomgå innholdet på slike sider og lete etter innhold som de har rettighetene til, samt be hostingleverandøren om å fjerne innhold som er lagt ut uten deres samtykke, men rettighetshaver vil nødvendigvis alltid være på etterskudd. Det varierer også hvor enkelt det er å få ulike hostingleverandører til å fjerne slikt innhold, og ikke alle har like gode ordninger for dette. Et kjennetegn ved UGC/UCC-sider er også at de inneholder både innhold som er lagt ut uten samtykke fra rettighetshaver, og brukerskapt innhold i egentlig forstand, som brukerne har rettighetene til og derfor lovlig kan legge ut.

UGC/UCC-sider brukes ofte i kombinasjon med Stream Ripping, som er tjenester som er laget for å laste ned og lagre innhold fra videostrømmetjenester så som Youtube eller Soundcloud. UGC/UCC-tjenesten brukes også mye til ulovlig distribusjon av musikk, der brukeren kan laste ned lydsporet på videostrømmen til brukeren som en lydfil og lagre det lokalt. Eksempler på slike tjenester er Youtube MP3 og Yout. Dersom brukeren har laget en lokal kopi, kan brukeren fortsette å spille av innholdet selv om kilden blir fjernet.

Det finnes også mange applikasjoner som kan installeres på brukerens mobiltelefon til bruk for nedlasting av innhold fra UGC/UCC. Eksempler på slike applikasjoner er Paradise MP3, Soundcloud Downloader og Youtube Music Player. Det er også en kjent sak at enkelte slike mobilapplikasjoner kan

inneholde ulike typer "malware" som kan gi kriminelle miljøer tilgang til brukernes mobiltelefoner, for å hente ut personopplysninger og informasjon om kredittkortnummer, kontonummer osv. for senere misbruk.

En annen viktig formidler av ulovlig innhold, er søkemotorer så som Google. Søk på f.eks. et musikkalbum eller en spillefilm i en søkemotor, vil typisk gi treff på lovlige så vel som ulovlige kilder for innholdet. Det ville derfor vært et effektivt blokkeringstiltak å få søkemotorleverandører til å unnta nettsider med ulovlig innhold fra sin indeksering, slik at de som søker etter et bestemt innhold ikke får treff på den ulovlige kilden. En slik blokkering vil kunne være vel så effektiv som en DNS-blokkering av domenenavnet der innholdet ligger.

Et siste tiltak som kan være effektivt, er inndragning av domenenavn knyttet til ulovlig innhold. I Norge har vi hatt en slik sak ved Økokrims inndragning av domenenavnet popcorn-time.no. Denne saken ble behandlet etter straffeprosessuelle regler.

Rettighetsalliansen er kjent med at de som utnytter andres opphavsrettsbeskyttede innhold på de måter som er beskrevet over, genererer store inntekter. De som promoterer strømmetjenesten PopcornTime, tjener f.eks. store penger på salg av VPN-tjenester, dvs. teknologi som gjør at en bruker kan skjule sin egen IP-adresse ved bruk av tjenesten, og således unngå å bli identifisert. En annen viktig kilde til inntekter er annonsering (så som bannerannonser). Kriminell virksomhet knyttet til ulovlig distribusjon av opphavsrettsbeskyttet materiale har ofte tilknytning til andre former for kriminalitet, og drives gjerne av kriminelle nettverk med internasjonale forbindelser.

3 STRØMMING AV INNHOLD UTLAGT UTEN SAMTYKKE FRA RETTIGHETSHAVER

Departementet foreslår i høringsnotatet pkt. 3.4 en ny regel i lovutkastets § 2-2 tredje ledd som følger:

"Det er ikke tillatt å bruke åndsverk som åpenbart ulovlig er gjort tilgjengelig for allmennheten på Internett eller annet elektronisk kommunikasjonsnett når bruk fra den ulovlige kilden er egnet til å skade opphavers økonomiske interesser i vesentlig grad. Staff og erstatning etter §§ 9-2 og 9-3 kan bare ilegges ved forsettlig overtredelse av bestemmelsen i dette ledd."

Forslaget er bl.a. begrunnet med hensynet til teknologinøytralitet, ved at strømming av åndsverk gjort tilgjengelig uten rettighetshavers samtykke bør behandles på samme måte som nedlasting og senere avspilling av det samme åndsverket. Brukens omfang og skaden rettighetshaverne påføres vil være den samme enten åndsverket lastes ned og deretter spilles av eller det samme åndsverket strømmes.

Rettighetsalliansen støtter forslaget om å likestille strømming med nedlastning, og slutter seg fullt ut til Departementets begrunnelse. Rettighetsalliansen mener at det har en svært viktig signaleffekt at det blir lovfestet at det er ulovlig å benytte strømmetjenester som baserer seg på ikke-klarert innhold, for at publikum skal bli påvirket til å velge lovlige tjenester. Som vi ser over i pkt. 2, er grensen mellom strømming og eksemplarframstilling ikke alltid klar, jf. bruken av cyberlockers og stream ripping som beskrevet over, og det er derfor fornuftig om reglene er de samme.

Rettighetsalliansen har noen innspill til måten bestemmelsen er formulert på.

I utkastet til lovbestemmelse snakker man både om åndsverk som "åpenbart ulovlig er gjort tilgjengelig for allmennheten", og om "bruk fra den ulovlige kilden". Etter Rettighetsalliansens syn bør det avgjørende være om verket er gjort tilgjengelig for allmennheten uten samtykke fra rettighetshaver, og ikke om kilden er lovlig eller ulovlig. Mange kilder vil inneholde både "lovlig" og "ulovlig" materiale, og det er derfor ikke uten videre klart hva som er en "ulovlig kilde". For kilder med blandet innhold, så som en UGC/UCC-tjeneste, bør forbudet omfatte det materialet som er gjort tilgjengelig uten samtykke, men ikke materiale som er klarert.

Etter gjeldende åndsverklov § 12, som er foreslått videreført i ny lov § 4-3, faller eksemplarframstilling til privat bruk utenfor rettighetshavers enerett, men dette gjelder ikke dersom eksemplarframstillingen skjer på grunnlag av en gjengivelse av verket i strid med § 2. Bestemmelsen er objektivt formulert, slik at det avgjørende er om det er innhentet samtykke fra rettighetshaver til den opprinnelige gjengivelsen av verket. Andre omstendigheter, så som om gjengivelsen har et visst omfang eller alvorlighetsgrad, hvilken teknologi som benyttes for formidlingen, eller om det fremstår som åpenbart at gjengivelsen ikke var klarert, er ikke relevante ved vurderingen etter § 12 (eller nye § 4-3).

På den annen side vil den som foretar framstilling av eksemplar til privat bruk på bakgrunn av gjengivelse i strid med § 2 vil bare være gjenstand for straff og erstatning dersom handlingen er forsettlig, jf. § 54 annet ledd og § 55 tredje ledd. Forsettskravet er bl.a. knyttet til den omstendighet at innholdet var gjengitt i strid med rettighetshavers enerett. Man kan altså havne i en situasjon der en eksemplarframstilling er objektivt sett ulovlig, men der den som foretar eksemplarframstillingen vil være fri for straffe- og erstatningsansvar på grunn av manglende forsett.

Rettighetsalliansen mener at bestemmelsen om strømming bør utformes etter tilsvarende prinsipper. Tilleggsvilkårene i høringsutkastet om at verket "åpenbart" må være gjort ulovlig tilgjengelig, samt at kilden er "egnet til å skade opphavers økonomiske interesser i vesentlig grad" har ingen parallell i privatkopieringsregelen, og etter vår oppfatning bidrar disse tilleggene til å gjøre bestemmelsens virkeområde uklart. Videre vil tilleggsvilkårene bidra til å svekke det vernet som bestemmelsen gir.

Vedørende bruken av ordet "åpenbart", bringer dette tanken i retning av at subjektive forutsetninger må være oppfylt for at bruken skal være objektivt ulovlig. Bestemmelsens ordlyd trekker i retning av at noen må forstå at verket er gjort tilgjengelig uten tillatelse fra rettighetshaver, uten at det er klart hvem dette er. Vi antar at det ikke er slik bestemmelsen er ment, men antar likevel at det er en risiko for at f.eks. det alminnelige publikum vil kunne anføre at bruken ikke er ulovlig fordi de ikke forsto (eller ville forstå) at det ikke er innhentet tillatelse fra rettighetshaver.

Når det gjelder vilkåret om at bruken fra kilden må være "egnet til å skade opphavers økonomiske interesser i vesentlig grad", er dette også en bestemmelse som det er enkelt for det alminnelige publikum å påberope seg som unnskyldning for bruk av strømmetjenester med ikke-klarert innhold. En vanlig unnskyldning som benyttes av brukerne av slike tjenester, er at ulovlige tjenester ikke skader rettighetshavers økonomiske interesser, fordi bruken av slike tjenester angivelig kommer i tillegg til, og ikke i stedet for, lovlige tjenester. Ulovlige tjenester, som ikke trenger å forholde seg til

bestemmelser om rettighetsklarering, vil f.eks. ofte inneholde åndsverk som ikke (ennå) er gjort tilgjengelig via lovlige kanaler – f.eks. en spillefilm som ikke er tilgjengelig på lovlige strømme- og nedlastingstjenester fordi den ennå går på kino eller TV. Det er da enkelt å argumentere med at rettighetshaver ikke har lidt noe økonomisk tap ved at en bruker strømmer innhold som ikke er kommersielt tilgjengelig.

Vi vil også legge til at det innenfor opphavsretten ofte ikke er mulig å konstatere et økonomisk tap i erstatningsrettslig forstand, noe vi antar er bakgrunnen for bestemmelsen om at rettighetshaver kan tilkjennes "rimelig vederlag" etter forslaget § 9-3 også der det ikke er påvist noe økonomisk tap i erstatningsmessig forstand. Å innføre et krav om økonomisk tap som vilkår for at bruken skal være ulovlig i hht. § 2-2, vil være et klart skritt tilbake.

Sammenfatningsvis mener Rettighetsalliansen at tilleggsvilkårene om "åpenbart" og vilkåret om vesentlig skade for opphavers økonomiske interesser bør utelates fra bestemmelsen.

Rettighetsalliansen støtter prinsippet om at straff og erstatning for ulovlig bruk etter § 2-2 bare kan idømmes ved forsettlig overtredelse. Kravet om forsett innebærer at en alminnelig bruker som ikke forsto at det ikke er innhentet samtykke til tilgjengeliggjøringen, vil foreta en handling som objektivt sett er ulovlig, men vedkommende vil ikke kunne dømmes til straff eller erstatning. Dette tilsvarer det som gjelder for eksemplarframstilling til privat bruk basert på ulovlig kopieringsgrunnlag.

4 LENKING

Rettighetsalliansen er kjent med den uavklarte juridiske situasjonen i og med tidligere rettspraksis for EU-domstolen i Svensson- og Bestwater-sakene, og foreliggende sak for EU-domstolen (GS Media). Rettighetsalliansen mener likevel at spørsmålet om lenking er så viktig at Departementet bør vurdere å avklare dette i åndsverkloven.

Rettighetsalliansen viser til beskrivelsen i pkt. 2 over, og peker på at de som tjener penger på ulovlig utnyttelse av andres materiale, svært ofte gjør dette ved å lenke til materiale utlagt av andre, heller enn å legge ut materialet selv. Selv om ulovlig utlagt materiale allerede er tilgjengelig "på internett", og derfor i prinsippet er gjort tilgjengelig for enhver internettbruker, vil mellommenn ved lenking gjøre materialet lettere tilgjengelig for den alminnelige bruker, og derved øke den ulovlige bruken. Selv om det primært er ønskelig å bekjempe opphavsrettskrenkelsene ved kilden, dvs. fjerne materialet fra det sted der det opprinnelig ble gjort tilgjengelig, vil den opprinnelige inngriper ofte være vanskelig å nå pga. at inngriper har ukjent identitet eller oppholder seg fjernt fra norsk jurisdiksjon. Rettighetshaverne vil derfor i praksis være henvist til å iverksette tiltak overfor mellommenn/tekniske tilretteleggere.

Rettighetsalliansen forstår Departementet slik at de mener at medvirkningslæren slik den har kommet til uttrykk i Napster.no-dommen (Rt 2005 s. 41) fremdeles er gjeldende rett, og at det utgjør rettsstridig medvirkning til opphavsrettskrenkelse å lenke til ulovlig utlagt materiale på den måte som dommen beskriver.

5 SÆRSKILTE TILTAK VED INNGREP I OPPHAVSRETT M.M. PÅ INTERNETT

I innspill datert 26. juni 2015 tok Rettighetsalliansen til orde for å forenkle reglene som står i nåværende åndsverklov kapittel 7a. Departementet konkluderer i høringsnotatet kap 9 med at dagens regler bør videreføres uten materielle endringer i nye §§ 8-1 til 8-13.

Rettighetsalliansen mener fortsatt prinsipalt at reglene bør forenkles ved at det blir innført en enklere, billigere løsning for de enkle sakene, og viser i så måte til tidligere innsendt innspill.

Rettighetsalliansen ber i tillegg Departementet om å sikre at bl.a. blokkeringsregelen i § 8-3 er tilstrekkelig teknologinøytral til å kunne fungere som et hensiktsmessig verktøy for at rettighetshaverne kan blokkere internettbaserte tjenester som benyttes i forbindelse med inngrep i opphavsrett som nevnt i bestemmelsen, jf. den beskrivelsen som er gitt i pkt. 2 over. Ved rettighetskrenkelser er det en rekke aktører som yter faktisk medvirkning uten at medvirkningen er av en slik art at den faller innenfor rammen av den foreslåtte § 9-1. Blokkeringsregelen vil være lite robust for teknologiendringer dersom den ikke gir grunnlag for å rette pålegg mot andre leverandører enn aksessleverandørene. Etter Rettighetsalliansens syn bør bestemmelsen gi hjemmel for å rette pålegg til hostingleverandører (herunder UGC/UCC-tjenester og cyberlockers) samt søkemotorleverandører.

Når det gjelder søkemotorleverandører, kjenner vi til at Appellretten i Paris i beslutning av 15. mars 2016 (No040/2016) påla ulike søkemotorleverandører å utelate nærmere angitte nettsider med innhold utlagt uten samtykke fra rettighetshaver.

6 STRAFF, ERSTATNING OG TILTAK MOT INNGREP

Rettighetsalliansen støtter Departementets forslag om å innføre en uttrykkelig bestemmelse i utkastets § 9-1 om domstolens mulighet til å forby handlinger som innebærer inngrep i opphavsrett eller medvirkning til slikt inngrep.

Rettighetsalliansen antar at adgangen til å forby inngrep også gjelder overfor leverandører av informasjonssamfunnstjenester som generelt oppfyller kravene til strafferettslig (rettsstridig) medvirkning, selv om disse leverandørene ellers er unntatt fra straffe- og erstatningsansvar etter ehandelsloven §§ 16-18, jf. også ehandelsloven § 15 som sier at de alminnelige rettsregler om erstatningsansvar og straffeansvar gjelder for slike tilbydere hvis ikke annet følger av §§ 16-18. Vi ber om Departementets bekreftelse i så måte.

Rettighetsalliansen støtter Departementets forslag om økning av strafferammene for opphavsrettskrenkelser.

Rettighetsalliansen støtter også Departementets forslag om lovfesting av regelen om at erstatning kan utformes som "rimelig vederlag for bruken" i tillegg til erstatning. Rettighetsalliansen støtter også Departementets forslag om at erstatningen som alternativt kan utmåles som det dobbelte av rimelig vederlag (lisensavgift) ved forsettlig eller grovt uaktsom overtredelse. Rettighetsalliansen mener imidlertid at erstatning for ikke-økonomisk skade (oppreisning) ved forsettlig eller grovt uaktsom

overtredelse må kunne idømmes i tillegg til erstatning basert på dobbel rimelig lisensavgift. Etter § 55 i dagens lov kan oppreisning idømmes i tillegg til erstatning.

Vennlig hilsen
Advokatfirmaet Grette DA

Øystein Flagstad
Partner
oyfl@grette.no