

UTTALELSE FRA RETTIGHETSHAVERENE ULOVLIG FILDELING OG KRAV OM NY LOVGIVNING

1 INNLEDNING OG OVERSIKT

Aksjonen Dele, ikke stjele, som 37 norske opphavsrettsorganisasjoner står bak, viser til Kulturdepartementets pågående arbeid med nye lovregler som har til formål å sikre effektiv beskyttelse og håndheving av opphavsretten ved ulovlig fildeling. Rettighetshaverne ønsker med dette notatet å gi en redegjørelse for det rettslige grunnlaget for at norsk lovgiver må innføre en bedre lovgivning, og å fremkomme med et samlet forslag til løsning, hvor de enkelte forslag må sees i sammenheng. Rettighetshaverne er svært opptatt av at håndhevingen blir effektiv samtidig som den er godt balansert mot hensynet til personvern, rettssikkerhet og informasjonsfrihet. Skal man få til dette, må ordningene være "myke" (for eksempel ikke full stenging av tilgang til internett), men også varierte. Håndhevelsesordningene som foreslås i det følgende, er derfor ikke ment å utelukke hverandre, men tvert imot å supplere hverandre. Rettighetshaverne foreslår at det innføres (1) en særskilt hjemmel i åndsverkloven som sikrer mulighet for å innsamle og lagre IP-adresser og annen trafikkinformasjon som er nødvendig som grunnlag for å forfølge saker knyttet til ulovlig fildeling; (2) bestemmelser som sikrer at rettighetshaveren kan få utlevert identiteten til abonnenten bak IP-adressen, slik at opphavsrettskrenkelsene kan *rettsforfølges* ved sivilrettslig søksmål; (3) bestemmelser om varselbrev – "gradert respons" – som kan ha *en almen- og individualpreventiv virkning mot ulovlig fildeling*, og (4) regler om blokkering av tilgang til nettsted som sikrer at ulovlig fildeling *effektivt kan stanses*.

2 RETTSLIG BEGRUNNELSE FOR KRAV OM NY LOVGIVNING

Ulovlig fildeling representerer en massiv urettmessig utnyttelse av vernede verk og prestasjoner (åndsverk, utøvende kunstners prestasjoner etter § 42 og produsentrettighetene etter § 45) som er til stor skade for rettighetshaverne og utvider opphavsretten.

For rettighetshaverne er det nå helt avgjørende at det blir vedtatt ny lovgivning som gir en reell rettsbeskyttelse. Dette notatet skal redegjøre for den rettslige begrunnelsen for at det må innføres ny lovgivning, og hovedtrekkene i rettighetshavernes forslag til nye lovregler.

Etter åndsverkloven kan *fildeleren* holdes ansvarlig for nedlasting og opplasting (eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring). *Problemet* med rettslige tiltak overfor fildelere er blant annet at rettighetshaverne ikke kjenner identiteten til fildeleren, men i høyden en IP-adresse. Høyesterett har i Max-Manus - kjennelsen av 18. juni 2010 fastslått at en internettleverandør etter reglene om bevissikring utenfor rettssak (tvisteloven kap. 22) kan pålegges å opplyse om identiteten til en abonnent når det er anført at abonnenten ved ulovlig fildeling eller medvirkning til dette har krenket opphavsretten. Det er behov for ny lovgivning som gir en klarere hjemmel og en enklere og raskere behandling av krav om å få utlevert identiteten til abonnenten. En dom mot en fildeler med forbud mot ulovlig fildeling vil i praksis heller ikke være effektiv så lenge fildeleren har tilgang til Internett. Rettighetshaverne mener imidlertid at en fullstendig utestengning fra internett vil være et brudd på informasjonsretten. Rettslige tiltak mot fildeleren er heller ikke tilstrekkelig som en effektiv og farbar vei i bekjempelsen av ulovlig fildeling.

Også *tjenester som administrerer og legger til rette for ulovlig fildeling* (fildelingsnettsteder m.v) kan holdes ansvarlig for brudd på åndsverkloven. Rettsgrunnlaget er medvirkningsansvar, slik Høyesterett fant var tilfelle for lenketjenesten napster.no (Rt.2005 side 41). Et annet eksempel på en sak mot et fildelingsnettsted er den svenske Pirate Bay-saken. *Problemet* med krav rettet mot fildelingsnettsteder er at tjenesten ikke krever noen spesiell geografisk lokasjon, og at den enkelt kan etableres i land utenfor

norske domstolers og tvangsmyndigheters jurisdiksjon. I praksis vil derfor heller ikke krav mot fildelingsnettstedene være et effektivt rettslig tiltak mot ulovlig fildeling.

Blant annet av disse grunner er det forutsatt i Opphavsrettsdirektivet (Infosokdirektivet - Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet) at *en internettleverandør (ISP)* som tilbyr overførings- tilgangs- og lagringstjenester som benyttes av fildelere og fildelingstjenester til ulovlig fildeling, skal kunne pålegges å blokkere tilgangen til nettstedet som ulovlig formidler piratkopier. Direktivet fastslår at krav som også involverer tjenesteleverandøren, er de rettslig effektive håndhevelsesmidler for ulovlig fildeling, jfr. fortalen pkt. 59 og artikkel 8.3. I dag gir imidlertid ikke norsk rett hjemmel for slike tiltak, jf. i det følgende.

Kulturdepartementet har i brev av 24. september 2007, med tilslutning fra Justisdepartementet og Nærings- og handelsdepartementet, forutsatt at det ved midlertidig forføyning skal kunne pålegges en tjenestetilbyder å sperre tilgangen til tjenester som brukes av en tredjepart til opphavsrettskrenkelser. Departementet baserte seg på at en ISP kan ha et medvirkningsansvar etter norsk rett. Bakgrunnen for uttalelsen var et spørsmål til departementet om det i norsk rett er hjemmel for å pålegge en tjenestetilbyder å stenge tilgangen til et ulovlig nettsted.

I Borgarting lagmannsretts kjennelse 9. februar 2010 i Telenor-saken (LB-2010-6542) kom imidlertid lagmannsretten til at det *ikke er hjemmel i norsk rett* for at Telenor skal blokkere tilgangen til nettstedet The Pirate Bay. Retten la til grunn at "*Telenors nøytrale og tekniske bidrag til... [ulovlig fildeling] er for fjernt til at de i lovens forstand kunne ha blitt karakterisert til ulovlige og straffbare handlinger*", og konstaterte at Telenor ikke har handlet rettsstridig etter den rettsstridsnorm som ble fastlagt i Napster-saken (Rt.2005 side 41). Lagmannsretten fant at e-handelsloven heller ikke pålegger Telenor som tilbyder av overførings- og tilgangstjenester noen handlingsplikt til å fjerne eller sperre for det ulovlige innholdet på nettet. Lagmannsretten oppsummerte retts situasjonen slik: "*Det krav som forføyningen grunner seg på mangler hjemmel i norsk lov*".

På bakgrunn av lagmannsrettens kjennelse må det konstateres at Opphavsrettsdirektivets krav og Kulturdepartements forutsetning om at det skal være mulig å pålegge en internettleverandør å sperre tilgangen til tjenester som brukes av en tredjepart til opphavsrettskrenkelser, ikke er oppfylt etter norsk rett.

Bern-konvensjonen artikkel 9 og artikkel 11, World Copyright Treaty (WCT) artikkel 8, WIPO Performances and Phonogram Treaty (PPT) artikkel 10 og 14¹ og TRIPS-avtalen pålegger unionslandene å gi rettighetshaverne enerett til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten, herunder også tilgjengeliggjøring som skjer på forespørsel. Så vel nedlasting som slik tilgjengeliggjøring som skjer på Internett ("på forespørsel") er omfattet av disse enerettene. Disse forpliktelsene følger også av Opphavsrettsdirektivet artikkel 2 og 3.

TRIPS-avtalens artikkel 41, WCT artikkel 14 og WPPT artikkel 23 krever også at statene skal ha håndhevelsessanksjoner *som gir en effektiv beskyttelse mot krenkelser av opphavsretten*. Høyesterett har i Max-Manus - kjennelsen 18. juni 2010 fastslått at TRIPS-avtalen forutsetter at rettighetshaverne skal kunne forfølge sine krav sivilrettslig med krav om bevissikring for å bli kjent med identiteten til personer som kan ha krenket opphavsretten.

En lovgivning som på grunn av manglende håndhevelsesmuligheter innebærer at *eneretten* på Internett langt på vei er illusorisk fordi det ikke er hjemmel for å få håndhevet og stanset misbruk av den,

¹ Det er forventet at WCT og WPPT vil bli ratifisert av Norge i forbindelse med ny åndsverklov.

innebærer at norsk lovgivning bare formelt, *men ikke reelt*, gir slik minimumsbeskyttelse til rettighetshaverne som konvensjonene pålegger.

Rettighetshaverne mener at denne rettstilstanden ikke er i harmoni med Norges internasjonale forpliktelser. For å bringe norsk lovgivning i harmoni med konvensjonene, må Norge innføre lovregler som gir rettighetshaverne håndhevelsesadgang og reell rettsbeskyttelse mot ulovlig fildeling.

Kravet til reell beskyttelse for rettighetshaverne kan også sees i lys av den såkalte "tretrinns-testen". Opphavsrettskonvensjonene og opphavsrettsdirektivet bestemmer at lovbestemte unntak og avgrensninger i rettighetene bare må gjelde i spesielle tilfeller som ikke kommer i konflikt med normal utnyttelse av et verk og ikke fører til urimelig skade for rettighetshavernes interesser. Selv om tretrinns-testen direkte gjelder rammen for unntak fra enerettene, impliserer den også et krav til beskyttelsens innhold og nivå. Når rettstilstanden innebærer at rettighetshaverne ikke kan få håndhevet sine rettigheter i forhold til bruk som fundamentalt er i konflikt med normal utnyttelse og som fører til stor og urimelig skade for rettighetshavernes interesser, er dette ytterligere et konvensjonsrettslig forhold som begrunner at det i norsk lovgivning må innføres nye håndhevelsesregler.

Hertil kommer at Telenor-kjennelsen avklarer at Norge ikke har oppfylt sin forpliktelse etter *Opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3*, idet rettighetshaverne etter gjeldende rett reelt sett *ikke har mulighet* til å kreve rettslig forføyning overfor tjenesteleverandørene.

Norge har også etter *den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon* en plikt til å gi beskyttelse til eiendomsretten. Retten til eiendom er beskyttet av EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1.

Immaterielle rettigheter, herunder opphavsrettigheter, er beskyttet av denne bestemmelsen.² I storkammeravgjørelsen *Anheuser-Busch* (*Anheuser-Busch Inc v. Portugal*, judgement 11. januar 2007) har den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD) tolket EMK tilleggsprotokoll nr. 1 artikkel slik at den pålegger statene å sørge for tilstrekkelige lovgivningsmessige, administrative og dømmende mekanismer for å sikre rettighetshaveres mulighet til å forhindre privatpersoner fra å gjøre inngrep i beskyttede verk. Med utgangspunkt i storkammeravgjørelsen har EMD tatt et betydelig skritt i retning av å pålegge statene å sørge for effektiv håndhevelse av immaterialrettslige rettigheter. Manglende håndhevelsesmuligheter ved opphavsrettskrenkelser vil derfor kunne representere et brudd på EMK.³

Det kan følgelig konstateres at gjeldende norsk rett ikke oppfyller de krav til beskyttelsesnivå og håndhevelse som følger av *konvensjoner* Norge er eller vil bli forpliktet av. Som oppsummering kan det konstateres at det pålegger norsk myndigheter *et lovgivningspolitisk ansvar* for å sørge for at eneretten gjennom håndhevelsesregler m.v. er *reell*.

Dagens lovgivning oppfyller heller ikke de generelle hensyn som opphavsretten og åndsverkloven hviler på: *Belønningshensynet* – den som skaper noe skal også høste fruktene av det, og *insentivhensynet* – opphavsretten er et insentiv til kulturell produksjon og distribusjon.⁴

3 KRAV TIL NY LOVGIVNING

Formålet med ny lovgivning er å gi rettighetshaverne *et rettslig og faktisk grunnlag for å kunne håndheve rettighetene ved krenkelse av opphavsretten som skjer ved ulovlig fildeling*. Dette formål og

² Jf. *Smith Kline and French Laboratories Ltd. v. the Netherlands*, decision of 4 October 1990 og *Lenzinng AG v. the United Kingdom*, decision of 9 September 1998 vedr patent, *Melnychuk v. Ukraine*, decision no. 28743/03, ECHR 2005-IX, vedr. opphavsrett og *Anheuser-Busch Inc v. Portugal*, judgement 11. januar 2007 vedr. varemerkesøknad. Det samme følger av EU-retten, jf. *Telefonica-avgjørelsen*.

³ Jf. Paul Torremans (ed.) "Intellectual Property and Human Rights", Wolker and Kluwer 2008

⁴ Rognstad "Opphavsrett" side 31 ff.

krav er som nevnt over begrunnet i internasjonale forpliktelser og de generelle hensyn som opphavsretten skal ivareta: Belønning og insentiv til nyskaping.

I mandatet til Kulturdepartementets referansegruppe er hensynet til brukernes interesser og forventninger, herunder muligheten for lovlig videreutvikling av digitalt innhold, personvern og rettssikkerhet trukket frem som "viktige overordnede hensyn" sammen med hensynet til effektive og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester.

Rettighetshaverne vil understreke at det langt på vei ikke er motstrid mellom disse hensynene og hensynet til rettighetshaverne og de samfunnsmessige hensyn som begrunner opphavsretten. *Brukerinteressene* er bare relevante å ta i betraktning så langt de knytter seg til tilgang til *lovlige* tjenester. En bedret beskyttelse for rettighetshaverne vil også styrke grunnlaget for at rettighetshaverne kan tilby lovlig handel med kreativt innhold på Internett. *Hensynet til elektroniske kommunikasjonstjenester* er ivaretatt gjennom ansvarsfriehtsreglene i ehandelsloven (lov 2003-05-23 nr 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester). *Rettsikkerhetshensynet* må ivaretas ved utformingen av håndhevelsesreglene.

Personvernhensyn skal ivaretas, og det må foretas en proporsjonalitetsvurdering mellom dette og behovet for å sikre rettighetshaverne en reell mulighet til å håndheve sine rettigheter, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-275/06 *Productores de Música (Promusicae) mot Telefónica de España (Telefonica)*. Så lenge de nye lovbestemmelsene gjennomføres innenfor de rammer som følger av EMDs praksis omkring EMK artikkel 8 og EF-domstolens praksis vedrørende personverndirektivet (EF 95/46) og direktiv 2002/58 om elektronisk kommunikasjon og personvern, er personvernhensynet ikke noe avgjørende argument mot regler om tilgang til identiteten bak IP-adresser m.v. Det underbygges også av at Datatilsynet tidligere har gitt konsesjon til innsamling og lagring av personopplysninger som er nødvendig for å kartlegge ulovlig fildeling. I Max-Manus-kjennelsen fremholder Høyesterett at identiteten til en person som kan ha drevet med ulovlig fildeling er informasjon av mindre sensitiv karakter, og at når det har skjedd krenkelser av et visst omfang, vil rettighetshavernes interesse i å kunne forfølge krenkelsen, etter en proporsjonalitetsvurdering, veie tyngre enn hensynet til taushetsplikten (kjennelsen pkt. 52-58).

Det er fire overordnede hensyn som lovgivningen må ivareta:

- 1) Det må sikres en rettslig adgang til å innsamle, registre og lagre trafikkopplysninger slik som IP-adresser,
- 2) Det må sikres en praktikabel ordning for å få informasjon om identiteten bak IP-adressen(abonnetten) . Uten denne informasjonen kan opphavsretten ikke håndheves av rettighetshaverne ved sivilrettslige tiltak.
- 3) Det må etableres en varslingsordning overfor fildelere, som ved gjentatte krenkelser skal sanksjoneres med ytterligere tiltak,
- 4) Det må innføres en klar og utvetydig hjemmel for å kunne sperre (blokkere) tilgangen til nettstedet som formidler ulovlige filer. Et slikt pålegg må kunne rettes mot internetttilbyderen (ISP).

Det skal presiseres at de håndhevelsesordningene som foreslås i det følgende, ikke utelukker hverandre. Alle de foreslåtte ordningene er nødvendige håndhevels tiltak, og de vil kunne supplere hverandre.

4 INNSAMLING OG LAGRING AV IP-ADRESSER OG ANNEN TRAFIKKINFORMASJON

4.1 Rettslig bakgrunn

Datatilsynet har i et vedtak av 8. desember 2006 kommet til at *kallenavn, IP-adresse og fillister som viser hvilke musikkspor, filmer eller TV-serier som blir delt via fildelingsnettverk*, kan registreres i henhold til konsesjon fra Datatilsynet. Formålet med registreringen var å skaffe nok opplysninger til å kunne anmelde ulovlig fildeling til politiet, fremme et sivil søksmål, eller å rette henvendelser til enkelte fildelere via nettleverandørene. Personopplysningene som samles inn vil normalt være aidentifiserte, og videre etterforskning vil måtte foretas av politiet.

Lovgrunnlaget var *personopplysningslovens § 8 f*. Tilsynet mente videre at advokatfirmaet Simonsen måtte ha konsesjon for behandlingen, fordi opplysningene som innhentes er sensitive. En tidsbegrenset konsesjon ble meddelt etter personopplysningsloven § 33 jfr. 9. Da konsesjonen utløp i 2009, besluttet Datatilsynet ikke å fornye konsesjonen, med den begrunnelse at det ikke var kommet den forutsatte *politiske avklaring* av problemstillinger knyttet til (blant annet) tjenestetilbyderens rolle ved videresending av varselbrev (se nedenfor om "gradert respons") og retten til å få utlevert identiteten bak IP- adressen.

Konsesjonen til å registrere og lagre IP-adresser m.v er i øyeblikket under vurdering fordi myndighetene ikke gjennom lov eller på annen måte har avklart de personvernmessige problemstillingene som slik registrering og bruken av opplysningene reiser. Denne avklaringen - som beror på en proporsjonalitetsvurdering mellom personvern hensynene og behovet for å sikre rettighetshaverne en reell mulighet til å sikre sine rettigheter, jfr. over, - er gjort i Sverige, hvor det etter omfattende loutredning ble innført nye regler i den svenske opphavsrettsloven - den såkalte IPRED-loven.⁵

I denne forbindelse skal det bemerkes at Stortingets justiskomité i innstillingen til ny varemerkelov (Innst. 101 L (2009-2010)) har vist til at Justisdepartementet arbeider med et lovforslag om nye håndhevingsregler som tar sikte på å styrke rettighetshavernes stilling. Blant annet arbeides det med forslag til regler om at saksøkte i sivile saker eller i bevissikrings sak vedrørende immaterielle rettigheter bør kunne pålegges å opplyse om varers opprinnelse og distribusjonsnettverk, jfr. nærmere i pkt. 4 under.

IPRED-loven innfører lovhjemmel for at rettighetshaverne skal kunne samle inn og behandle opplysninger om inngriperne (bl.a IP-adresser), i den grad behandlingen er nødvendig for å kunne gjøre gjeldende rettslige krav overfor enkelttilfeller. Dette overflødiggjør behovet for konsesjon fra Datatinspektoratet, som tidligere var en forutsetning for å føre registre.

Det må ved en eventuell implementering av datalagringsdirektivet sikres at gjennomføringsbestemmelsene ikke begrenser retten til å lagre IP-adresser m.v for det formål å håndheve opphavsretten mot ulovlig fildeling.

4.2 Forslag til løsning

Rettighetshaverne foreslår at det innføres en særskilt hjemmel i åndsverkloven som gir rett til å innsamle og lagre IP-adresser og annen trafikkinformasjon som er nødvendig for å forfølge og evt. etterforske ulovlig fildeling. Lovhjemmelen må fastsette unntak fra personopplysningslovens bestemmelser om konsesjonsplikt for slike personopplysninger. Bestemmelsen kan inneholde en meldeplikt til Datatilsynet.

Det må vurderes for hvor lang tid opplysningene kan lagres, og lagringstiden må være så lang at formålet med innsamlingen og lagringen - å sikre oppfølingsmulighet - både sivilrettslige- og strafferettslige krav - ved ulovlig fildeling - kan realiseres. I denne forbindelse må det også lovfestes et

⁵ Prop. 2008/09:67.

unntak fra sletteplikten i ekomlovens § 2-7, 2. ledd. Denne bestemmelsen fastsetter at trafikkdata skal slettes eller anonymiseres så snart de ikke lenger er nødvendig for kommunikasjons- eller faktureringsformål, med mindre annet er bestemt i eller i medhold av lov. Det må derfor innføres en bestemmelse som gir rett og plikt til å lagre trafikkopplysninger så lenge det er nødvendig for å kunne sikre bevis for overstreldelse av åndsverkloven. Det forutsettes i denne forbindelse at en slik lovhjemmel også vil gi rett til lagring etter personopplysningsloven § 28. Ved en eventuell implementering av datalagringsdirektivet må også dette behovet ivaretas.

5 UTLEVERING AV IDENTITETEN TIL ABONNENTEN BAK IP-ADRESSEN

5.1 Rettslig bakgrunn

En forutsetning for effektiv håndhevelse av eneretten er at rettighetshaverne har tilgang til IP-adressen til fildeler og til identiteten til abonnenten som benytter IP-adressen.

Uten kunnskap om *identiteten* vil det ikke kunne rettes krav mot den som ulovlig utnytter opphavsretten. Det vil heller ikke kunne sendes varselbrev til vedkommende.

Uten kunnskap om *IP-adressen* vil sanksjoner i form av blokkering mot fildelingsnettsteder heller ikke kunne gjennomføres, fordi man nå kunne dokumentere hvilken ISP trafikken går gjennom.

Identiteten til abonnenten som benytter IP-adressen, er et bevis som kan sikres etter bestemmelsene om bevissikring i tvisteloven kapittel 28. Fordi denne opplysningen er underlagt taushetsplikt etter ekomloven § 2-7, må det imidlertid innhentes et fritak fra taushetsplikten for at opplysningen kan gis, jfr. tvisteloven § 22-3 (2). Høyesterett har i Max – Manus – kjennelsen, som nevnt over, fastslått at taushetsplikten kan oppheves når det foreligger en krenkelse av opphavsretten som er av et visst omfang. Distribusjon av filene gjennom fildelingstjenesten "Lysehubben" ble ansett å være krenkelse av et visst omfang.

Også etter den rettsavklaring som har skjedd ved Høyesteretts kjennelse er det nødvendig med en særskilt lovhjemmel for utlevering av identitetsopplysninger. Høyesteretts avgjørelse gjaldt et krav om utlevering som ledd i bevissikring etter tvisteloven, hvor det forutsettes samtykke til opphevelse av bevisforbud for taushetsbelagte opplysninger. I Max-Manus-saken tok det nærmere 15 måneder fra begjæring om bevisopptak til Høyesteretts avgjørelse. Det er behov for en lovbestemmelse som kan sikre en raskere og mer effektiv behandling av krav om tilgang til identitetsopplysninger.

Den svenske IPRED-loven har bestemmelser om utlevering av identiteten til abonnenten. Hovedsynspunktene bak loven er som følger: Kommunikasjonsverndirektivet (EF 2002/58) og Personverndirektivet (EF 95/46) pålegger internettleverandører en prinsipiell taushetsplikt. Medlemsstatene får likevel gjøre unntak fra taushetsplikten når det er nødvendig for å beskytte en annens friheter og rettigheter. Det er altså mulig å gjøre unntak fra taushetsplikten for å beskytte den grunnleggende retten til eiendom, herunder immateriell eiendom generelt og opphavsrettigheter spesielt. Dette innebærer at taushetsplikten kan innskrenkes for at en rettighetshaver skal kunne gjennomføre sivilrettslige sanksjoner for å beskytte sine rettigheter.

Den svenske regjeringen uttalte om dette i Prop. nr. 2008/09:67 - med utgangspunkt i den såkalte Promusicae/Telefonica-avgjørelsen som er nevnt ovenfor - at de EF-rettslige reglene som beskytter personvern og integritet ikke er til hinder for at medlemsstatene innfører en forpliktelse for ISP-er til å gi rettighetshavere opplysninger om hvem som har hatt en bestemt IP-adresse når denne er benyttet til opphavsrettskrenkende virksomhet. De forskjellige direktivene (de to ovenfor nevnte, samt Opphavsrettsdirektivet og Håndhevelsesdirektivet) lar det være opp til medlemsstatenes skjønn å oppnå

en riktig balanse mellom de ulike rettighetene; retten til privatliv og beskyttelsen av personvernet må altså forenes med retten til beskyttelse av eiendom og effektive rettsmidler.

IPRED-loven innebærer at en domstol, på begjæring fra rettighetshaver, skal kunne pålegge den som har begått eller medvirket til en krenkelse, å utlevere informasjon om utspringet og distribusjonsnett til den krenkende varen eller tjenesten, et såkalt "informationsføreliggende". En slik plikt kan også fastsettes i forhold til den som i kommersielt øyemed har tilrettelagt en tjeneste, for eksempel en elektronisk kommunikasjonstjeneste, som er blitt benyttet til å utføre den krenkende handling. En effekt av forslaget blir at rettighetshaveren gis en sivilrettslig mulighet til å få utlevert informasjon fra en internettleverandør om hvem som har et abonnement (en IP-adresse) som har blitt benyttet ved en immaterialrettslig krenkelse på internett. For at informasjonen skal kunne utleveres kreves det domstolsprøving, og at det foreligger bevis for at krenkelse er skjedd.

Det nevnes at rettighetshaverne har tilsvarende adgang til å få utlevert informasjon om IP-adresser og identiteten til internettbrukeren fra internettleverandører i en rekke andre land, herunder Danmark og Finland.⁶

5.1.1 Forslag til løsning

Norsk rett inneholder ingen bestemmelser som tilsvarer håndhevelsesdirektivets krav om at en internettleverandør plikter å utlevere informasjon om de krenkende handlingenes eller tjenestenes identitet eller utspring. *Det bør derfor innføres regler om at internettleverandører på nærmere bestemte vilkår skal kunne pålegges å utlevere slik informasjon.*

Følgende forslag til løsning skisseres:

- (i) Det innføres en endring i åndsverkloven som medfører at internettleverandører skal kunne pålegges å utlevere informasjon om IP-adressen og identiteten til den som har begått eller medvirket til en opphavsrettskrenkelse
- (ii) Hjemmelen har den rettsvirkning at taushetsplikten etter ekomloven § 2-9 ikke gjelder når det fremsettes krav etter denne bestemmelsen.
- (iii) Domstolene treffer avgjørelse om pålegg til internettleverandøren om utlevering av opplysningene, etter begjæring fra rettighetshaver. Fordi det foreligger hjemmel til utlevering, skal det ikke være nødvendig å innhente samtykke om fritak for taushetsplikten etter bestemmelsen om bevisforbud i tvisteloven § 22-3.
- (iv) Saksbehandlingsreglene må utformes slik at det sikres rask behandling av sakene.
- (v) Beviskravene for at det er begått en opphavsrettskrenkelse må ikke være for strenge, og ikke strengere enn det som følger av reglene om bevissikring etter tvisteloven § 28-2 ("*bevissikring kan begjæres når beviset kan få betydning i en tvist hvor den som setter fram begjæringen, vil kunne bli part eller partshjelper, og det enten er en nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket, eller av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist*").
- (vi) Kostnadene deles mellom rettighetshaverne og internettleverandørene, slik at hver part dekker sine kostnader

⁶ Prop. 2008/09-67 side 139.

- (vii) Det kan vurderes å innføre et proporsjonalitetskrav, slik at informasjonen ikke kan utleveres dersom det oppstår et åpenbart misforhold mellom rettighetshaverens interesse i å få utlevert identiteten og den ulempe som påføres abonnenten.
- (viii) Abonnementen vil bli varslet når det gis utleveringspålegg.
- (ix) Den ordningen som her er beskrevet kommer i tillegg til, men erstatter ikke, reglene om bevissikring utenfor rettssak etter tvisteloven kap. 28. Bevissikring kan gjennomføres uten at den opplysningen gjelder varsles, og dette vil da være et alternativ til å kreve opplysninger etter den særlige hjemmelen som er foreslått i åndsverkloven. Rettighetshaverne foreslår med andre ord et tosporet system.
- (x) Reglene om utlevering av identitet, må for øvrig ses i sammenheng med de foreslåtte bestemmelser om gradert respons, jfr. pkt. 2.3. En aktuell sanksjon hvis fildeleren ikke etterkommer varslene, er at hans identitet utleveres til rettighetshaveren.

6 VARSELBREV ("GRADERT RESPONS")

6.1 Begrunnelse og krav til ordningen

I flere land er det innført regler om utsendelse av varselbrev til fildeler. - s. k. "gradert respons" - som sikrer at ISP'en sender varsel til krenkeren etter en formalisert prosedyre, og med sanksjoner dersom varselet ikke etterkommes og krenkelsene fortsetter. Et vesentlig formål med slike ordninger er at de skal ha individuell- og allmennpreventiv virkning; de skal sikre at fildeleren som mottar varselet avstår fra fortsatte krenkelsener og de skal ha en avskrekkende effekt i forhold til andre fildelere. Det er en avgjørende forutsetning for ordningens effektivitet at den som ikke etterkommer varslene, kan rettsforfølges. Dette forutsetter at rettighetshaverne eventuelt får tilgang til identiteten til mottageren av varselbrevene og at korrespondansen med mottageren er lagret og kan utleveres til rettighetshaveren. Denne dokumentasjonen må rettighetshaverne ha for å kunne gå til sivilt søksmål og føre bevis for kravet, og tvisteloven forutsetter at motparten skal gjøres kjent med disse bevisene i et søksmålsvarsel, jfr. tvisteloven § 5-2 og § 5-3.

Problemet ved ulovlig fildeling er at identiteten til gjerningsmannen ikke vil være kjent for rettighetshaveren. Rettighetshaveren vet ikke hvem brevet skal adresseres til, og rettighetshaveren er derfor ikke i stand til å sende varsel som kan avverge ytterligere krenkelsener og tjene som søksmålsvarsel etter tvisteloven. Et annet problem er at krenkelsene skjer i et så stort omfang at som det også er vanskelig for rettighetshaverne å ha oversikt over. Det er derfor vanskelig (selv om identiteten til fildeler hadde vært kjent) å følge en vanlig "privatrettslig" prosedyre hvor rettighetshaveren sender individuelle varselbrev til den enkelte fildeler. Det er av disse grunner nødvendig med en automatisert prosess hvor ISP'en eller et offentlig organ er ansvarlig for utsendelse av varselbrevene. En slik ordning er også hensiktsmessig av personvern hensyn.

For rettighetshaverne er det avgjørende at systemet er effektivt og enkelt å håndtere. Krav til en slik ordning er blant annet:

- (i) Systemet må effektivt kunne håndtere et stort antall klager
- (ii) Ordningen må være utformet slik at den kan forhindre og avverge fortsatte krenkelsener - den må ha individuell- og allmennpreventiv effekt
- (iii) Systemet må sikre en rask behandling av sakene

- (iv) Oppfølgingskostnadene for rettighetshaverne bør ikke være for store, og det bør være en kostnadsdeling med ISP – som har økonomisk fordel av den ulovlige trafikken
- (v) ISP må ha en rettslig forpliktelse; enten til å sende varselbrev eller å medvirke ved å opplyse om identiteten til abonnenten m.v. til det organ som skal sende ut brevene
- (vi) Ordningen skal ikke erstatte – men være et supplement – til de rettsmidlene som ellers følger av norsk rett
- (vii) Kravene til hvilke bevis som skal være tilstede for å sende brev må ikke være strengere enn de vanlige krav som gjelder for å kunne sannsynliggjøre et krav.

En ordning med "gradert respons" må også ivareta rettssikkerhetshensynet til de som mottar varselbrev, slik at adressater som mener at de urettmessig er tilskrevet, kan få avgjort om de skal motta nye brev og om de skal slettes fra databaser over hvem som er tilskrevet.

Ved den nærmere utforming av ordningen kan det sees hen til den franske HADOPI-loven og den nylig foreslåtte forskriften i Storbritannia ("Ofcom- ordningen")⁷. Ofcom – ordningen skiller seg fra den franske ordningen ved:

- At det er ISP'en selv, og ikke et offentlig organ, som kommuniserer med brukeren og som utarbeider registre over opphavsrettsbrudd. Det vil dermed ikke finnes noe sentralt og offentlig forvaltet register.
- At det er rettighetshaveren som, etter å ha fått ut identiteten til brukeren, har ansvaret for å forfølge krenkelsen
- At sanksjonen ved overtredelse formodentlig er et sivilrettslig krav, og ikke stenging av internetttilgangen

6.2 Forslag til løsning

På bakgrunn av ovenstående *skisseres følgende forslag til norsk løsning:*

- (i) Et offentlig organ – som kan være Medietilsynet - forvalter ordningen med gradert respons. Medietilsynet synes å være et velegnet organ, ut fra faglig kompetanse og erfaring og fordi det er underordnet Kulturdepartementet – som har ansvaret for opphavsretten og åndsverkloven. Klagesaker må da forutsettes å bli behandlet i overensstemmelse med de forutsetninger som ligger til grunn for åndsverklovens regulering. Et alternativ er Post- og teletilsynet (PTT).
- (ii) Det legges opp til et system med utsendelse av tre varselbrev. Unnlattelse av å innrette seg etter det tredje varselbrevet vil medføre rettslige sanksjoner, se under.
- (iii) Om varselbrevene skal sendes av forvaltningsorganet eller internettleverandørene er et hensiktsmessighetsspørsmål; det avgjørende for rettighetshaverne er at ordningen er effektiv. I dette ligger at utsendelse skjer raskt etter at begjæring er fremsatt av rettighetshaveren og den som forvalter ordningen har tilgang til identiteten til abonnenten og fører et register over alle henvendelser og svar. Dersom et offentlig organ står for utsendelsen, må loven pålegge internettleverandøren en rettslig forpliktelse til å gi alle relevante opplysninger til organet og ellers medvirke ved gjennomføringen så langt det er nødvendig,

⁷ <http://www.ofcom.org.uk/consumer/2010/05/draft-code-of-practice-to-reduce-online-copyright-infringement/>

- (iv) Det bør settes frister for Medietilsynets saksbehandling og det bør settes relativt korte frister for utsendelse av varselbrevene. Rettighetshaverne mener at fristen for utsendelse av annet og tredje varselbrev ikke bør være lenger enn to måneder mellom hvert brev, og at brevet skal utsendes straks rettighetshaveren varsler organet eller internettleverandøren om at det er grunn til å tro at det fortsatt pågår ulovlig fildeling fra IP-adressen.
- (v) En klage på mottak av varselbrev skal ikke ha utsettende virkning (oppsettende virkning) for utsendelse av nye brev og rettsforfølging. Dersom forvaltningsloven § 42 kommer til anvendelse på håndhevingsorganet saksbehandling, må dette presiseres i lovteksten eller i forarbeidene.
- (vi) Dersom mottageren av brev ikke avslutter den ulovlige fildelingen, må rettighetshaveren gis mulighet til å forfølge saken overfor fildeleren rettslig. Den rettslige konsekvens av manglende innrettelse bør derfor være at rettighetshaveren får tilgang til alle abonnentopplysninger som er nødvendige for å kunne gjøre gjeldende sivilrettslige og strafferettslige krav mot abonnenten. Dette omfatter abonnentens identitet foruten dokumentasjonen knyttet til korrespondansen med ham. Det er en avgjørende forutsetning for at ordningen med varselbrev skal være effektiv og ha individual – og allmennpreventiv effekt at det er knyttet rettsvirkninger til manglende innrettelse etter varselbrevene..
- (vii) Det bør skje en kostnadsdeling mellom rettighetshaver og ISP

7 BLOKKERING (STANSNING) AV TILGANG TIL NETTSTED,

7.1 Rettslig begrunnelse og krav til ordningen - implementering av opphavsrettsdirektivets artikkel 8.3

Som nevnt forutsetter Opphavsrettsdirektivet art. 8.3 at det skal være mulig å få et rettslig pålegg (ved midlertidig forføyning og forbudsdom) mot en internettleverandør om å stanse abonnentenes tilgang til nettsteder som er ansvarlig for ulovlig fildeling. Et eksempel på dette er dansk Høyesteretts kjennelse 27. mai 2010 mot Telenor hvor Høyesterett opprettholder pålegget om at Telenor skal hindre adgang til hjemmesiden www.thepiratebay.org. I dansk rett foreligger det imidlertid et særskilt hjemmelsgrunnlag (krav om lovlig kopieringsgrunnlag for midlertidige eksemplarer som fremstilles i nettet).

På bakgrunn av Telenor-kjennelsen må det innføres *en særskilt lov hjemmel* i åndsverkloven som gir rettsgrunnlag for å pålegge en ISP å stanse tilgang til nettsteder/ tjenester som er involvert i ulovlig fildeling. Blokkeringskravet må kunne gjennomføres ved midlertidig forføyning og forbudsdom. Bestemmelsen må utformes slik at det ikke er en forutsetning for pålegg om blokkering at internettleverandøren har opptrådt "rettsstridig" og skal anses som "medvirker" etter norsk retts alminnelige regler. Kravet må være betinget av enkle og klare kriterier. UK Digital Economy Act 2010, Section 124A angir en ordning hvor en internettleverandør kan pålegges å blokkere tilgangen til ulovlige nettsteder for sine abonnenter eller for enkeltabonnenter såfremt han har *faktisk kunnskap* om at en abonnent/abonnenter og/eller et fildelingsnettsted benytter hans nettverk til ulovlig fildeling. Slik faktisk kunnskap kan internettleverandøren ha fått ved *varsel (notifikasjon)* til ISP.

7.2 Forslag til løsning

Departementet har i forbindelse med referansegruppens arbeid skissert som en mulig løsning, at det innføres et tosporet system. Rettighetshaverne er enige i det. Det ene sporet er krav om blokkering som fremsettes for domstolene etter reglene om midlertidig forføyning og dom, og hvor internettleverandøren er saksøkt som medvirkningsansvarlig. – (som i Telenorsaken) Denne løsningen skal være en implementering av Opphavsrettsdirektivets artikkel 8.3.

Slikt pålegg skal kunne gis dersom internettleverandøren har *faktisk kunnskap* om at en abonnent/abonnenter og/eller et fildelingsnettsted benytter hans nettverk til ulovlig fildeling.

Det andre sporet er en ny bestemmelse som gir Medietilsynet eller annet organ hjemmel til å treffe vedtak om pålegg om blokkering av tilgang til nettsted(er) med ulovlig innhold av et visst omfang. Formelt vil nettstedet være adressat for vedtaket, men internettleverandøren forutsettes å innrette seg etter vedtaket. Det må skje en kostnadsdeling mellom ISP og rettighetshaver. Det er en forutsetning for denne løsningen at saksbehandlingen er rask og effektiv og at vedtak treffes innen frister, som sikrer effektiv håndheving.