

INTERNETTLEVERANDØRERS FILDELING

– en analyse av internettleverandørenes ansvar som medvirkere til ulovlig fildeling



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 224

Leveringsfrist: 01.06.2010

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 23136 ord

01.06.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Problemstilling	2
1.3	Begrepsklargjøring	2
<u>2</u>	<u>KORT OVERSIKT OVER RETTSKILDER OG METODE</u>	<u>2</u>
2.1	Metode	2
2.2	Kilder	3
<u>3</u>	<u>OPPLEGGET VIDERE</u>	<u>3</u>
<u>4</u>	<u>KRENKELSE AV OPPHAVSRETTENS ENERETTER VIA FILDELING</u>	<u>4</u>
4.1	Hva fildeling er	4
4.1.1	«Filer» og lagringen av dem	4
4.1.2	«Deling» av filer	8
4.2	Hvordan fildeling krenker opphavsretten	11
4.2.1	Filer som åndsverk	12
4.2.2	Eksemplarfremstilling	14
4.2.3	Tilgjengeliggjøring	16
4.2.4	Privatbrukskopiering	19
4.2.5	Nærstående rettigheter	24
4.3	Eksempler på fildelingsteknologier og krenkelse av opphavsretten via P2P	26
4.3.1	Direct Connect	27
4.3.2	BitTorrent	30
4.3.3	Usenet	33

4.3.4	HTTP og FTP	35
4.4	Andre typer tilgjengeliggjøring av rettighetsbeskyttet materiale på Internett	37
<u>5</u>	<u>SANKSJONSMIDLENE I ÅNDSVERKLOVEN</u>	<u>38</u>
5.1	Straff	38
5.2	Erstatning	38
5.3	Medvirkning	41
5.3.1	Nettsted – lenking	41
5.3.2	Direct Connect	42
5.3.3	FTP	43
5.3.4	BitTorrent	44
5.3.5	Sammenfatning	47
5.4	Forbud	48
<u>6</u>	<u>INTERNETTLIVERANDØRENE</u>	<u>48</u>
6.1	Internettets infrastruktur og virkemåte	48
6.2	Rettslig regulering: ehandelsloven	51
6.2.1	Leverandør av informasjonssamfunnstjeneste	52
6.3	Tjenestenes innhold og rollen i fildeling	55
6.3.1	Tilgang	55
6.3.2	Overføring	55
6.3.3	Lagring	56
6.4	Objektiv medvirkning?	57
<u>7</u>	<u>STRAFF- OG ERSTATNINGSANSVAR</u>	<u>59</u>
7.1	Ansvarsavskjæringsreglene	59
7.1.1	Bakgrunnsretten	59

7.1.2	Overføring og tilgang	62
7.1.3	Visse mellomlagringstjenester	62
7.1.4	Lagring	64
7.1.5	Enkelte midlertidige eksemplarer	66
8	<u>RETTLIG FORBUD</u>	66
8.1	Opphavsrettsdirektivet art. 8(3)	67
8.1.1	Implementeringens rettslige side	67
8.1.2	Implementeringens faktiske side	68
8.1.3	Det materielle innholdet i direktivet	68
8.2	Nærmere om eventuell forbudshjemmel	76
8.2.1	Telenorkjennelsen	76
8.2.2	Åndsverkloven	79
9	<u>OPPSUMMERING OG AVSLUTNING</u>	81
10	<u>LITTERATURLISTE</u>	83

1 Innledning

Et stadig økende problem for rettighetshavere til åndsverk, er at de går glipp av potensielt store inntekter fordi verkene gjøres tilgjengelig på internett. For mange mennesker er det i dag en helt normal handling å laste ned en film man vil se eller musikk man vil lytte til fra internett uten å betale. At artisten eller filmstudioet går glipp av inntekter på denne måten, og kanskje ikke får dekket inn utgiftene til produksjon av åndsverket, levnes ikke en tanke. Fildelingen har blitt en integrert del av hverdagen.

Derfor legger rettighetshaverne til dels store ressurser i å stanse den ulovlige spredningen på internett. Det har vist seg å være vanskelig, av flere grunner. Dels er det ikke ønskelig å trekke hver enkel av den store mengden fildelere for retten, dels er det vanskelig å få has på de «store» overtrederne – de som i stor skala sørger for at mye av materialet blir tilgjengelig på internett i utgangspunktet – og aktørene som deltar i organiseringen av fildeling.

På bakgrunn av dette blir spørsmålet om man kan henvende seg til internettleverandørene for å få bragt overtredelsene til opphør aktuelt.

1.1 Tema

Tema for oppgaven er hvorvidt og i hvilken grad internettleverandørene kan holdes *ansvarlig* for fildelingen i egenskap av å være de aktørene som stiller middelet og stedet for krenkelsene til rådighet, og hvorvidt og i hvilken grad det kan kreves av dem at de bidrar til å bringe krenkelsene til opphør.

1.2 Problemstilling

For å belyse temaet må det først og fremst tas stilling til hvordan internettleverandørene rent faktisk bidrar i fildelingen. Dernest må det redegjøres for hvilke regler som gjelder for vern av åndsverkene.

Konkret blir spørsmålene om internettleverandørene kan straffes og holdes erstatningsansvarlig. I tillegg er spørsmålet om adgang til å nedlegge *rettslig forbud* overfor internettleverandørene aktuelt. Internettleverandørene opptrer som mellommenn i krenkeshandlingene, og har som regel ikke opptrådt utilbørøig. I forbindelse med dette er særlig spørsmålet om hvorvidt opphavsrettsdirektivet¹ art. 8(3) er korrekt gjennomført i norsk rett viktig.

1.3 Begrepsklargjøring

Det er ikke umiddelbart klart hva som ligger i hverken begrepene «fildeling» eller «internettleverandør». Innholdet i begrepet *fildeling* er behandlet i avsnitt 4.1, og hvilke aktører som faller under begrepet *internettleverandør* er angitt i avsnitt 6.2.

2 Kort oversikt over rettskilder og metode

2.1 Metode

For behandlingen av norske rettskilder er det den alminnelige juridiske metode som anvendes. For de norske lovregler som har sitt utspring i EU-regler kommer også de prinsippene som gjelder for disse inn i bildet. Her er avgjørelse fra EF-domstolen ofte

¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF

sentrale for å klarlegge innholdet i reglene. For de norske lovreglene som har sitt utspring i EF-direktiver vil også selve direktivteksten bidra til å belyse spørsmål.

2.2 Kilder

Rettskildebildet er sparsomt hva angår enkelte av spørsmålene – særlig om adgangen til rettslig forbud overfor mellommenn som ikke har opptrådt utilbørlig.

I forbindelse med dette spørsmålet står imidlertid de nylig avgitte Telenorkjennelsene sentralt. Her gikk rettighetshavere til film og musikk som ble spredd via fildeling med BitTorrent-teknologien ved hjelp av såkalte *torrent*-filer fra nettstedet The Pirate Bay til sak mot Telenor. Kravet var midlertidig forføyning om at internettleverandøren skulle stenge tilgangen for kundene sine.

I en del av avsnittene av rent teknisk art, har jeg benyttet meg en del av nettleksikonet Wikipedia. Dette er et oppslagsverk i leksikon-stil, hvor det er brukerne som skriver og utvikler artiklene i samarbeid. På grunn av dette vil man aldri kunne være helt sikker på at innholdet i artiklene er 100 % korrekt. Imidlertid er en del av de tekniske forklaringene jeg har dratt nytte av Wikipedia til supplert av min egen kunnskap.

3 Opplegget videre

Hvorvidt internettleverandørene kan rammes av straff- og erstatningsansvar, beror på de reglene som hjemler sanksjonene.

Nedenfor i kapittel 4 blir det først redegjort for hvordan fildelingen krenker opphavsretten eneretter. I kapittel 5 presenterer jeg sanksjonssystemet i åndsverkloven. Kapittel 6 gir en presentasjon av internettleverandørene og hvordan de bidrar til fildelingen, og det blir fulgt

av drøftelser av om og eventuelt når internettleverandørene havner i straff- og erstatningsansvar. Her er særlig reglene i ehandelsloven sentrale. I kapittel 8 drøfter jeg spørsmålene som har å gjøre med adgangen til å nedlegge rettslig forbud overfor internettleverandørene. Avslutningsvis kommer det en kort sammenfatning i kapittel 9.

4 Krenkelse av opphavsrettens eneretter via fildeling

Nedenfor i 4.1–4.2 redegjør jeg for hva filer og fildeling er, etterfulgt av en gjennomgang av opphavsrettens eneretter og nærstående rettigheter som har betydning i relasjon til fildeling.

I 4.3–4.4 følger en presentasjon og drøftelse av enkelte konkrete former for fildeling og annen spredning av åndsverk via internett, både P2P-nettverk og andre typer.

4.1 Hva fildeling er

I dette avsnittet behandler jeg spørsmålet om hva filer er (4.1.1) og hva som menes med *deling* av filer (4.1.2).

4.1.1 «Filer» og lagringen av dem

En fil i datamaskinenens verden, er en avgrenset mengde informasjon som er lagret i et permanent datalagringssystem². Det permanente datalagringssystemet består av et fysisk lagringsmedium som oppbevarer informasjonen i digitalt format. All informasjon som er lagret digitalt er omgjort til tall som representerer den lagrede informasjonen³. I en fil som inneholder tekst, vil for eksempel bokstavene som utgjør teksten bli lagret slik at hver bokstav er tilordnet et tall, og tallene som representerer de forskjellige bokstavene blir

² <http://no.wikipedia.org/wiki/Datafil> [sitert 15.05.2010]

³ http://no.wikipedia.org/wiki/Digital_informasjon [sitert 15.05.2010]

lagret etter hverandre i den samme rekkefølgen som hver enkelt bokstav i teksten. Først når teksten skal vises på en skjerm eller skrives ut på en skriver gjøres tallene om til bokstaver igjen.

Det fysiske lagringsmediet på hvilket de digitale dataene – altså tallene som utgjør informasjonen – er lagret, kan ha mange former. I dataalderens barndom var såkalte hullkort et vanlig lagringsmedium. Hullkortene var små, stive biter av kartong eller hardt papir, hvor datene ble lagret ved hjelp av nøyaktig utstansete hull i en matrise⁴. Mot slutten av 1900-tallet ble magnetiske lagringsmedier som disketter og harddisker stadig mer vanlig, og i dag er også optiske lagringsmedier som CD/DVD og såkalt flash-lagring – for eksempel de praktiske, små USB-pinnene – allemannseie. Hver enkel fil på mediet har et eget navn slik at vi kan holde orden på dem, og vi kan flytte dem rundt, slette dem og opprette nye som vi vil.

Lagringsmedier som enkelt kan flyttes, altså disketter, CD-plater, USB-pinner og lignende kan kalles eksterne lagringsmedier⁵, og det er dermed snakk om eksternlagring. De mediene som nærmest er å anse som en integrert del av databehandlingsutstyret, for eksempel harddisker i en alminnelig PC, kan kalles interne lagringsmedier. Her er det altså snakk om internlagring, eller fastlagring, og også ved slik lagring oppbevares filene på et fysisk lagringsmedium.

En tredje lagringsløsning kan kalles fjernlagring. Både ved internlagring og eksternlagring er lagringsmediet filene befinner seg på direkte tilknyttet brukerens datamaskin på en eller annen måte, men slik er det ikke ved fjernlagring. Ved fjernlagring er filene plassert på en såkalt filserver, en datamaskin hvis primærfunksjon er lagring⁶, og brukerens datamaskin er

⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Punched_card [sitert 15.05.2010]

⁵ Engelsk: *Removable media*. Se http://en.wikipedia.org/wiki/Removable_media [sitert 16.05.2010]

⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/File_server [sitert 17.05.2010]

koblet til den via en eller annen form for datanettverk. Derfor kan slik fjernlagring også kalles nettverkslagring. Et eksempel på nettverkslagring er M-driven som de fleste brukerne av Universitetet i Oslo sitt datasystem er kjent med. Dette er et personlig lagringsområde på en av universitetets filservere, og ved å logge på en hvilken som helst PC på universitetets lesesaler eller kontorer med personlig brukernavn og passord får man tilgang til de filene man har lagret der. Filene flytter seg ikke mellom de ulike maskinene man logger på, men befinner seg hele tiden på filserveren.

Filserveren kan være – og er som regel – innstilt slik at ikke alle brukere har full kontroll over alle de tilgjengelige filene. Igjen kan M-driven i universitetets datasystem tjene som eksempel. Det er ikke en egen server for hver bruker; alle brukernes lagringsområder finnes på de samme serverne. Serverne er stilt inn slik at den enkelte brukeren bare har tilgang til sitt lagringsområde, og det enkelte lagringsområdet er kun tilgjengelig for *eieren* – den aktuelle brukeren. Jeg har altså kun tilgang til mitt lagringsområde, men jeg er også den eneste som har tilgang til det.

På sett og vis kan man si at nettverkslagring er et av de grunnleggende elementene av Internett. En del av innholdet på Internett er nettopp filer som er lagret på en filserver, og kan «lastes ned» av brukeren til dennes datamaskin. Et eksempel på en slik fil er dokumentmalen som denne masteroppgaven er skrevet i, som kan lastes ned fra en av universitetets servere⁷. Dette er ikke samme type nettverkslagring som UiO sin M-drive, men prinsippet er hovedsaklig det samme. Filen er lagret på en filserver som fysisk befinner seg på et for meg ukjent sted, og jeg får tilgang til den på min egen datamaskin via et datanettverk – nemlig Internett. En annen type filer som ofte er lagret på denne måten er pdf-dokumenter, for eksempel den digitale utgaven av Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) om endringer i straffeloven 2005. Den kan lastes ned fra regjeringens nettsider⁸.

Ikke bare dokumentfiler eller annet som kan lastes ned fra en filserver til brukerens datamaskiner er nettverkslagrede filer. Alle nettsider vi kan se på i en nettleser er en spesiell type filer som er lagret

⁷ <http://www.jus.uio.no/tjenester/it/maler/mal-masteroppgave.rtf> [21.05.2010]

⁸ <http://www.regjeringen.no/pages/2138594/PDFS/OTP200820090022000DDDPDFS.pdf> [21.05.2010]

på en spesialisert type filserver, gjerne kalt webserver⁹. Internettforsiden til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo er for eksempel en fil som heter *index.html* og er lagret på en webserver sammen med resten av fakultetets nettsted¹⁰.

Med enkelte unntak er hver eneste nettside som vises en egen fil, og langt de fleste nettsider er filer i HTML-formatet. HTML er en forkortelse for HyperText Markup Language, og filene inneholder teksten som skal vises sammen med opplysninger om hvordan den skal formateres, hvor det skal være hyperlenker, hvor det skal plasseres inn bilder et cetera¹¹. Bilder og andre elementer på siden er lagret som separate filer. Det var nettopp utviklingen av HTML og med det implementering av muligheten til å benytte hyperlenker på World Wide Web som var startskuddet for den rivende utviklingen fra den spede barndommen i 1989 til det enorme omfanget av nettsider vi ser i dag¹². Vi har mange andre betegnelser på hyperlenker som er vanlige i bruk, for eksempel linker, lenker og koblinger.

Hvis jeg vil se på forsiden til Det juridiske fakultets nettsted oppgir jeg nettadressen i adressefeltet på nettleseren min, som deretter laster ned filen og viser innholdet i den. Når jeg klikker på en lenke, lastes en ny fil – filen det er lenket til – inn i nettleseren, og innholdet i den nye filen vises. Hvis jeg vil se på en filmsnutt på det populære nettstedet YouTube¹³, må jeg først inn på nettstedets forside eller en av de enkelte sidene for hver filmsnutt. På samme måte som med universitetets nettsider er sidene filer som lastes inn fra webserveren og vises i nettleseren. Selv filmsnutten er også en fil, hvis innhold er levende lyd og bilder. Nettsiden inneholder spesialkommandoer som gjør at videofilen leses fra serveren og innholdet vises i nettleseren via såkalt *streaming*¹⁴.

⁹ http://en.wikipedia.org/wiki/File_server [siteret 17.05.2010]

¹⁰ <http://www.jus.uio.no/index.html> [21.05.2010]

¹¹ <http://no.wikipedia.org/wiki/HTML> [siteret 21.05.2010]

¹² *ibid.*

¹³ <http://www.youtube.com/> [21.05.2010]

¹⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Streaming_media [siteret 21.05.2010]

Selve lagringsplassen på en filserver eller webserver utgjøres av fysiske lagringsmedier med mye plass, typisk en rekke harddisker. Slik ser vi at også ved nettverkslagring – og internettlagring – finnes filene på fysiske lagringsmedier¹⁵.

4.1.2 «Deling» av filer

Tradisjonelt har uttrykket fildeling blitt brukt om såkalt delt filtilgang, hvor flere brukere har tilgang til og kan benytte de samme filene i en løsning med nettverkslagring¹⁶. I større bedrifter og organisasjoner, kan man for eksempel tenke seg at saksbehandlingssystemer og intranettløsninger¹⁷ lar de ansatte ha felles tilgang til områder for nettverkslagring, filer og saksbehandlingsdokumenter. At flere brukere praktisk talt deler på de samme filene på denne måten kan være både nyttig og effektivt der flere er involvert i prosjekter og har behov for å anvende de samme filene. I de fleste datanettverk er en slik type fildeling et grunnleggende element.

På mange måter kan også mye av den delen av Internett som er nettverkslagring betraktes som en spesialisert form for delt filtilgang. Alle HTML-filene på World Wide Web – altså milliarder av nettsider verden over¹⁸ – er lagret på webservere. HTML-filen for hver enkel nettside er delt mellom alle brukere som ønsker å se på den; det er ikke en egen fil til hver bruker. Tilgangskontrollen på filene og lagringsområdet på serveren er som regel innstilt slik at *alle* kan lese filene, men bare én eller et fåtall brukere – gjerne den eller de som eier eller administrerer nettstedet siden tilhører – kan endre dem eller opprette nye.

Delt filtilgang på den måten jeg har omtalt det her, gir også åpenbare muligheter for *kopiering* av filer. I eksemplene ovenfor i 4.1.1 er malen denne masteroppgaven er skrevet i

¹⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/File_server [sitert 17.05.2010]

¹⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Shared_disk_access [sitert 15.05.2010]

¹⁷ <http://no.wikipedia.org/wiki/Intranett> [sitert 16.05.2010]

¹⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web [sitert 21.05.2010]

og forarbeidet til straffeloven slike filer som typisk kopieres: Masteroppgavemalen laget jeg en kopi av ved å laste den ned fra fakultetets nettside og lagre den lokalt på min egen harddisk, og i det videre arbeidet har jeg brukt denne kopien. Den opprinnelige filen ligger uberørt på universitetets server, og både før og etter meg har masteroppgaveskrivende studenter laget kopier av den på sine egne lagringsmedier. Generelt betyr uttrykket *laste ned* nettopp det å fremstille en egen kopi av en fil som er tilgjengelig på et delt lagringsområde¹⁹. Filen blir som regel ikke borte fra serveren selv om det fremstilles en kopi lokalt hos en bruker.

Når det er mulig å kopiere filer, er det også mulig å *utveksle* filer. Hvis min venn har en fil jeg vil ha, og jeg har en fil han vil ha, er det mange måter vi kan organisere en utveksling av disse filene på. For eksempel kan vi begge gjøre filen vår tilgjengelig for den andre på en filserver som han kan laste den ned fra, eller vi kan benytte en nettlagringsressurs hvor vi begge har både skrive- og lesetilgang, og gjøre begge filene tilgjengelig for hverandre der. Vi kan også sende filene til hverandre via e-post, eller kopiere hver vår fil over på et eksternt lagringsmedium, for eksempel brenne dem på en CD, og så overlate lagringsmediet til den andre.

Utteksling av filer er ikke et nytt fenomen. Like lenge som det har eksistert datamaskiner som har kunnet lese og lagre digitale filer, har folk kunnet utveksle slike filer med hverandre. Hullkortene kunne flyttes mellom datamaskiner slik at flere maskiner og brukere hadde tilgang til informasjonen. Etter hvert som magnetiske medier ble vanlige, kunne dokumenter kopieres over på for eksempel en diskett som kunne overlates til en annen bruker. Et utslag av utstrakt utveksling og kopiering av datafiler ser vi i utviklingen av standardformater for lagring. Allerede på 60-tallet ble for eksempel ASCII-formatet for lagring av tekst utviklet²⁰. ASCII-formatet er grunnleggende sett en standard kodetabell for hvilke tall som skal tildeles hvilke bokstaver og funksjoner. Når flere datamaskiner og ulik

¹⁹ <http://en.wikipedia.org/wiki/Download> [sitert 22.05.2010]

²⁰ <http://no.wikipedia.org/wiki/ASCII> [sitert 15.05.2010]

programvare benytter den samme kodetabellen for lagring av tekst, kan tekstfilene enkelt utveksles mellom brukere og maskiner uten å bli uleselig.

Fra begynnelsen av 2000-tallet, har det blitt stadig mer vanlig å kopiere og utveksle filer via en helt spesiell form for delt filtilgang, gjennom såkalte «peer-to-peer»-nettverk. Peer-to-peer forkortes ofte til P2P²¹. I et P2P-nettverk benytter brukere en felles plattform for å gi hverandre direkte tilgang til hverandres filer og ressurser. De formene for delt filtilgang jeg har nevnt ovenfor, har det til felles at filene som deles er lagret på én sentral plassering – en server – og alle brukerne kobler til denne serveren for å åpne og eventuelt laste ned og kopiere filene. I et P2P-nettverk finnes til motsetning ingen sentral lagringsserver; alle brukerne har tilgang til alle tilgjengeliggjorte filer på alle de andre brukernes datamaskiner. Dermed har brukerne mulighet til å gjennomføre en svært dynamisk og omfattende utveksling av filer. Hver enkelt bruker kan laste ned og kopiere alle filene hver av de andre brukerne i nettverket har tilgjengelig, slik at alle brukerne til slutt sitter med egne, lokale kopier av samtlige filer som totalt sett er tilgjengelig i nettverket. I 2009 ble det anslått an inntil 55% av all trafikk på internett var trafikk i forbindelse med fildelingsteknologien BitTorrent *alene*²².

Uttrykket «fildeling» anvendes i dag primært om utveksling og massekopiering av filer via internett²³, særlig gjennom anvendelse av P2P-teknologi²⁴.

Man kan med styrke gjøre den semantiske innvending til dagens bruk av uttrykket fildeling at det slett ikke er snakk om *deling* i det hele tatt, i alle fall ikke slik man deler for eksempel en kake eller en kino-opplevelse²⁵, men i det store og hele omfattende

²¹ <http://en.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer> [sitert 22.05.2010]

²² http://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent_%28protocol%29 [sitert 31.05.2010]

²³ http://en.wikipedia.org/wiki/File_sharing [sitert 22.05.2010]

²⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Shared_disk_access [sitert 22.05.2010]

²⁵ Se for eksempel Bing 2008 s. 241

kopieringsvirksomhet. Imidlertid har fildelingen i seg elementer av den tradisjonelle delte tilgangen til filer, og delt anvendelse av filer. Hvis jeg deltar i et fildelingsnettverk, kan det betraktes slik at jeg deler tilgangen til mine filer med de andre i nettverket og vice versa, slik at vi alle kan nyte godt av en delt bruk av det totale antallet tilgjengelige filer i nettverket med et begrenset ressursbehov ved at ingen brukere trenger å ha tilgang på tilstrekkelig lagringsplass for selv å lagre alle filene. Bildet rakner imidlertid når brukerne begynner å fremstille egne kopier av andre brukeres filer, og dette er en akseptert atferd i nettverket. Snarere enn et mål om felles anvendelse av filer med redusert behov for lagringsressurser, fremstår aktiviteten da som frembydelse av filer til kopiering med nettopp det som mål at hver enkel bruker i nettverket skal kunne få kopiert og lagret alle de filene han måtte ønske på sin egen datamaskin eller lagringsmedium.

4.2 Hvordan fildeling krenker opphavsretten

Innehaver av opphavsretten til et åndsverk, opphavsmannen²⁶, er etter åndsverkloven § 1 «den som skaper» det. Innholdet i den innrømte «opphavsrett» er etter åndsverkloven § 2 første ledd en «enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk.» Retten gjelder med enkelte begrensninger angitt i samme lov.

Enerettens *positive* side er retten opphavsmannen har til selv å råde over verket. Det sentrale ved eneretten kan imidlertid sies å være dens *negative* side; retten opphavsmannen har til å forby andre å råde over verket uten hans samtykke²⁷. Fordi denne retten til å nekte andre å utnytte verket gir opphavsmannen større muligheter til selv å dra nytte av det økonomiske potensialet i åndsverket, kalles den ofte nettopp en økonomisk rett²⁸.

²⁶ Nærmere om opphavsmannen i Rognstad 2009 s. 119

²⁷ Rognstad 2009 s. 150

²⁸ *ibid.*

Eneretten til tilgjengeliggjøring gjelder *til allmennheten*, og er altså begrenset til det som skjer utenfor det private område. Eneretten til eksemplarframstilling er tilsynelatende generell, men en begrensning tilsvarende som for tilgjengeliggjøring finnes i åndsverkloven § 12 om retten til framstillinger av enkelte eksemplarer til privat bruk. At begrensningene er angitt på forskjellig måte beror først og fremst på et lovteknisk valg, som rett nok medfører enkelte nyanser mellom eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring på det private område²⁹. Disse nyansene er imidlertid av liten interesse i relasjon til fildeling.

Som jeg har beskrevet i 4.1, betyr fildeling at filer gjøres tilgjengelig for interesserte brukere, og for det andre at disse kan framstille egne kopier av filene på sine harddisker. På denne måten bidrar fildeling til omfattende spredning av filer.

Dersom filene som spres til allmenheten er åndsverk, og det skjer uten rettighetshavernes samtykke, er tilgjengeliggjøringen og eksemplarframstillingen i strid med opphavsmannens eneretter og nærstående rettigheter.

Nedenfor i 4.2.1–4.2.3 redegjør jeg for filer som åndsverk, etterfulgt av en nærmere presentasjon av eneretten til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring i relasjon til fildeling. I 4.2.4 presenteres reglene om kopiering til privat bruk, og i 4.2.5 nærstående rettigheter som har betydning i relasjon til fildeling.

4.2.1 Filer som åndsverk

Om hva som kan utgjøre «åndsverk», heter det i åndsverkloven § 1 annet ledd at «[m]ed åndsverk forstås i denne lov litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform ...», fulgt av en oppramsing av 13 eksempler. Blant eksemplene er alle slags skrifter (nr. 1), musikkverk (nr. 4), filmverk (nr. 5) og datamaskinprogrammer (nr. 12).

²⁹ Op. cit. s. 151

At datafiler kan inneholde, eller være bærer av åndsverk er ikke tvilsomt. Jeg har allerede nevnt at en datafil kan inneholde tekst. Hvis en fil inneholder teksten i for eksempel Viggo Hagstrøms «Obligasjonsrett», eller en hvilket som helst annet rettighetsbeskyttet tekst, er filen som sådan å betrakte som *et uttrykk* for nettopp det åndsverket; det er ikke bare de enkelte fysiske manifestasjoner av et gitt åndsverk – for eksempel de enkelte fysiske eksemplarene av en bok som man kan kjøpe hos bokhandelen – som er omfattet av begrepet³⁰. På samme måte kan datafiler være bærer av både fotografiske verk, filmverk, lydverk et cetera – kort sagt alle åndsverk som på en eller annen måte kan lagres eller er lagret digitalt. Fotografiske verk kan være lagret blant annet som digitale jpg-filer, filmverk som for eksempel avi- og mpg-filer, og lydverk som blant annet de populære mp3-filene.

Det følger av åndsverkloven § 1 annet ledd nr. 12 at også *datamaskinprogrammer* er åndsverk. Datamaskinprogrammer kan gis uttrykk som utskrevne lister med programkommandoer på papir eller en skjerm, men for at det skal kunne kjøres på en datamaskin må det lagres i en datafil. Slike filer kan kalles kjørbare filer, og de er altså filer som ikke lese av et program for videovisning, teksbehandling eller lignende, men en sammenhengende rekke av programinstruksjoner og annet som kjøres direkte av datamaskinen og dens operativsystem³¹.

Ikke alle filer med et innhold som er egnet til å kunne være åndsverk – for eksempel film, musikk og dataprogrammer – er det. For at filen skal kunne anses å være bærer av eller utgjøre et åndsverk, må det angjeldende innholdet oppfylle kravet om å være resultat av en *individuell skapende åndsinnsett*³², og ha oppnådd såkalt *verkshøyde*³³.

³⁰ Rognstad 2009 s. 75

³¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Executable_file_format [sitert 22.05.2010]

³² Rognstad 2009 s. 78

³³ Rognstad 2009 s. 82

Ikke alt av tekster, bilder, filmer et cetera som skapes er å anse som «åndsverk» i betydningen litterært, vitenskapelig eller kunstnerisk verk etter åndsverkloven; det trekkes en nedre grense for når det frembrakte faller inn under definisjonen av det beskyttede «åndsverk» etter loven. Denne nedre grensen for når verkshøyde er oppnådd baseres på den fremviste kunstneriske eller annen åndelige innsats³⁴. I Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen) uttales det at for å oppnå karakter av «åndsverk» i åndsverklovens forstand, må en frembringelse være «resultat av en individuelt preget skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt.»

Den videre rekkevidden av kravet om individuelt skapende åndsinnsett og grensedragningen for verkshøydekravet behandles ikke her.

4.2.2 Eksemplarfremstilling

Opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling gjelder etter åndsverkloven § 2 første ledd både varige og midlertidige eksemplarer. Videre står det i annet ledd at «overføring til innretning som kan gjengi verket» også regnes som eksemplarfremstilling.

Begrepet «fremstille eksemplar» forstås som å fremstille reproduksjoner av verket, med andre ord å lage kopier av det. Eksemplarbegrepet er teknologi- og medienøytralt, det omfatter anordninger som kan brukes til ny produksjon, og det omfatter gjengivelser på annen måte enn åndsverkets opprinnelige form³⁵.

Presiseringen i annet ledd om «innretning som kan gjengi verket» gjelder der verket ikke kan betraktes direkte og det er behov for avspillingsutstyr eller lignende for å ta del i det, for eksempel innspilt musikk og film. Man kan ikke ta del i slik åndsverk ved å betrakte den fysiske bæreren – som for de nevnte eksemplarer kan være CD- og DVD-plater – men

³⁴ *ibid.*

³⁵ Rognstad 2009 s. 152

må anvende dem sammen med avspillingsutstyr. Den fysiske bæreren er da en slik «innretning som kan gjengi verket», og omfattet av eksemplarbegrepet³⁶. For slike fysiske bærere som CD- og DVD-plater er dette intuitivt; for det fleste av oss ville det fremstå som underlig ikke å betrakte en DVD-plate med filmen «Max Manus» som et eksemplar av filmen, eller CD-platen «Fairytale» fra platebutikken som et eksemplar av Alexander Rybaks åndsverk. For avspillinger av åndsverk fra datafiler, for eksempel i en mp3-spiller eller datamaskin, er situasjonen ikke like intuitiv. Det er imidlertid klart at ved slik elektronisk anvendelse av åndsverk, er de *digitale eksemplarene* som filen utgjør omfattet av eksemplarbegrepet³⁷. Følgelig er det uten interesse for eksemplarbegrepet hva slags lagringsmedium filen er lagret på og hvor dette måtte befinne seg; det er selve *filen* som er eksemplaret. Opphavsmannen har etter åndsverkloven § 2 altså enerett til å fremstille eksemplarer av åndsverket, også i betydningen å lage en kopi av en datafil. Det å lage en kopi av en fil som utgjør eller inneholder et åndsverk, er med dette å anse som eksemplarfremstilling. Og hvis det skjer uten opphavsmannens samtykke er hans enerett krenket.

Tilsvarende er filer eller filfragmenter som inneholder *deler* av åndsverk omfattet av opphavsmannens enerett³⁸ – i alle fall dersom delen det er snakk om i seg selv oppfyller kravene til å være et «åndsverk»³⁹.

At eneretten til eksemplarfremstilling omfatter *midlertidige* såvel som varige eksemplarer, ble presisert i åndsverkloven § 2 ved endringen av åndsverkloven i 2005⁴⁰, som gjennomførte opphavsrettsdirektivet i norsk rett. Midlertidige eksemplarer er typisk aktuelt

³⁶ *ibid.*

³⁷ Ot. prp. nr. 46 (2004–2005) s. 15 flg.

³⁸ Ot. prp. nr. 46 (2004–2005) s. 15 venstre spalte

³⁹ Rognstad 2009 s. 147

⁴⁰ Ot. prp. nr. 46 (2004–2005) s. 15--16

for digitale eksemplarer, der slike overføres mellom datamaskiner i nettverk og behandles elektronisk⁴¹. Ved lovendringen ble det samtidig innført en ny § 11a i åndsverkloven, som gjør unntak for eneretten til fremstilling av midlertidige eksemplarer under visse forutsetninger i forbindelse med mellomlagring ved overføring i nettverk. Denne unntaksregelen kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor under 7.1.5.

4.2.3 Tilgjengeliggjøring

Opphavsmannens enerett til å råde over verket sitt ved å «gjøre det tilgjengelig» gjelder overfor «almenheten». Nærmere om hva det betyr å gjøre åndsverket tilgjengelig for allmennheten er angitt i § 2 tredje ledd:

«Verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når

- a) eksemplar av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten,
- b) eksemplar av verket vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler, eller
- c) verket fremføres offentlig.»

Alternativene a og b, som gjerne omtales som opphavsmannens spredningsrett og visningsrett⁴², gjelder for *fysiske eksemplarer*⁴³. For digitale eksemplars vedkommende er det derfor alternativ c, *fremføring*, som er aktuelt⁴⁴. Det er ikke intuitivt at det å overføre en fil som inneholder et åndsverk er en fremføring, men begrepet har gjennom lang tid blitt tøyd for å ta høyde for nye tilgjengeliggjøringsformer. Dette har sammenheng med en antakelse om at oppregningen av de tre tilgjengeliggjøringsformene i tredje ledd i for seg kan betraktes som uttømmende. Det er imidlertid ikke slik at en

⁴¹ Rognstad 2009 s. 153

⁴² Rognstad 2009 s. 151

⁴³ Op. cit. s. 173

⁴⁴ Ot. prp. nr. 46 (2004–2005) s. 20

tilgjengeliggjøringshandling som språklig sett ikke passer med noen av de tre alternativene ikke dekkes av regelen; en hvilken som helst metode for å gjøre et åndsverk offentlig kjent er omfattet. Følgelig må enhver tilgjengeliggjøringshandling subsumeres under et av de tre alternativene, selv om det dermed blir nødvendig å la innholdet i dem gå utover det som naturlig følger av ordlyden⁴⁵.

Lovens § 2 fjerde ledd tydeliggjør at all overføring «i tråd eller trådløst til allmennheten» er å regne som offentlig fremføring, og presiserer videre at det også gjelder «når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.» Slik tilrådighetsstillelse er nettopp det som skjer når åndsverk gjøres tilgjengelig for nedlasting via nettverk, enten det er via nettsider, filservere eller P2P-nettverk⁴⁶. Hvis jeg har en fil som inneholder et åndsverk og sørger for at andre brukere har *muligheten* til å laste ned denne filen via internett, enten jeg bruker en filserver, gjør filen tilgjengelig i et P2P-nettverk eller andre løsninger, har jeg tilgjengeliggjort åndsverket i lovens betydning. Det spiller ingen rolle om noen faktisk laster ned filen eller ikke, det er tilstrekkelig at jeg har stilt den til rådighet.

En konsekvens av at overføringer av åndsverk via internett – også overføring som har eksemplarframstilling på mottakerens hånd til hensikt – subsumeres som fremføring etter litra c og ikke spredning etter litra a, er at slik spredning av digitale eksemplarer ikke er underlagt konsumpsjonsregelen i § 19. Slike digitale eksemplarer er å anse som tjenester, og med bakgrunn i opphavsrettsdirektivet er det nettopp et poeng at de ikke skal være omfattet av konsumpsjonsreglene⁴⁷. Det må bety at dersom man er innehaver av et digitalt eksemplar som er fremstilt på grunnlag av tilrådighetsstillelse på internett, har man ikke lovlig adgang til overlate eksemplaret til andre. Dette må gjelde både ved en form for

⁴⁵ Rognstad 2009 s. 156

⁴⁶ Rognstad 2009 s. 183

⁴⁷ Ot. prp. nr. 46 (2004–2005) s. 28

kopiering og samtidig sletting, og dersom det digitale eksemplaret er lagret på eksternt lagringsmedium som overlates til en annen.

Formuleringen å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten er ikke begrenset til *første gangs* tilgjengeliggjøring, men gjelder hver eneste gang et verk gjøres tilgjengelig⁴⁸. Det er altså ikke slik at hvis verket har blitt gjort tilgjengelig én gang er det fritt frem for videre tilgjengeliggjøring.

Opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring gjelder den tilgjengeliggjøring som er for allmennheten. Det fremgår av sammenhengen med alternativene i tredje ledd at tilgjengeliggjøringen er for allmennheten dersom den er *offentlig* – i motsetning til *privat*. En utnyttelse av et åndsverk er ikke nødvendigvis offentlig selv om den medfører at en større eller mindre *gruppe* mennesker får ta del i verket. Hvor grensen går mellom det private og det offentlige kan trekkes med utgangspunkt i den såkalte «Knophs maksime», som gir anvisning på at det må foreligge visse personlige bånd for at noe som skjer skal kunne vurderes som innenfor det private området⁴⁹. Det foreligger ikke noe fasitsvar på hvilken personkrets som er omfattet, men i *Bedriftsmusikkdommen*⁵⁰ – som bygger sin vurdering på Knophs maksime⁵¹ – heter det at utgangspunktet må tas i «en snevert begrenset krets av personer som er knyttet sammen med familie-, vennskaps- eller omgangsbånd». Slike bånd trenger ikke nødvendigvis foreligge mellom den enkelte deltager, men de må finnes mellom den som står for eller initierer den aktuelle tilgjengeliggjøringshandlingen og i alle fall den overveiende del av deltagerne⁵².

⁴⁸ Op. cit. s. 155

⁴⁹ Rognstad 2009 s. 188

⁵⁰ Rt. 1953 s. 633

⁵¹ Rognstad 2009 s. 191

⁵² Op. cit. s. 189

I forbindelse med fildeling på internett, vil det med dette være klart at for de situasjoner der filer er gjort tilgjengelig for *hvem som helst* er fremføringen offentlig. Man kan imidlertid tenke seg eksempler på at det opprettes lukkede grupper for utveksling av filer, og slike grupper kan prinsipielt sett anses for å være innenfor det private området. Imidlertid må i så fall *hver eneste* bruker som gjør en fil tilgjengelig ha de nødvendige omgangsbånd til hver av de andre brukerne. I praksis vil derfor alle brukerne måtte ha de nødvendige omgangsbånd seg i mellom for at de skal kunne utveksle filer med hverandre – den brukeren som mangler dette vil jo ikke selv kunne gjøre filer tilgjengelig.

Når det gjelder «fremføringshandlinger som gir ”varig” verkstilgang⁵³» – for eksempel tilrådighetsstillelse av en fil i et nettverk med mulighet for andre til å fremstille eksemplarer av den – tar Rognstad til orde for at det må trekkes snevre grenser for den private sfære. På grunn av den tette forbindelsen mellom tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling i fildeling, må spørsmålet ses i sammenhengen med adgangen til privatbrukskopiering i § 12. Denne er behandlet straks nedenfor.

4.2.4 Privatbrukskopiering

En viktig avgrensning for rekkevidden av opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling finner vi i åndsverkloven § 12. Første ledd første pkt. lyder: «Når det ikke skjer i ervervsøyemed, kan enkelte eksemplarer av et offentliggjort verk fremstilles til privat bruk.» Den samme forståelsen av eksemplarframstilling legges til grunn i § 12 som i § 2⁵⁴.

Kopieringsadgangen er underlagt fire begrensninger: Den kan ikke være gjort i ervervsøyemed, den gjelder bare offentliggjorte verk, det kan kun fremstilles «enkelte eksemplarer» og kun til «privat bruk». En femte begrensning er angitt i fjerde ledd: «Det er

⁵³ Rognstad 2009 s. 196

⁵⁴ Op. cit. s. 231

ikke tillatt å fremstille eksemplar etter denne paragraf på grunnlag av en gjengivelse av verket i strid med § 2 ...» Dette omtales gjerne som kravet om *lovlig kopieringsgrunnlag*⁵⁵.

Definisjonen av «offentliggjort» i åndsverklovens forstand er angitt i § 8. Etter § 1 første ledd første pkt. er et åndsverk offentliggjort «når det med samtykke av opphavsmannen er gjort tilgjengelig for allmennheten.» Uttrykket «tilgjengelig for allmennheten» skal her forstås på samme måte som i § 2⁵⁶, og et verk oppfyller altså kravet om å være offentliggjort når slik tilgjengeliggjøring har skjedd med opphavsmannens samtykke.

«Ervervsøyemed» henviser i utgangspunktet til den situasjon at kopien er tenkt brukt i inntektsbringende virksomhet i en hvilken som helst form, uten hensyn til om virksomheten totalt sett mangler potensiale og siktemål om økonomisk fortjeneste⁵⁷. Ikke enhver kopiering av åndsverk i forbindelse med ervervsvirksomhet er avskåret; lovlig privat kopiering kan forekomme også i ervervslivet, for eksempel der en lege eller advokat fremstiller kopier til egen bruk i utøvelsen av yrket sitt⁵⁸.

Den private kopieringsadgangen gjelder kun «enkelte eksemplar», men det er ikke angitt hvor mange eksemplarer det er tale om. Språklig sett antyder uttrykket at det i alle fall er adgang til å lage minst en komplett kopi, men det er ikke nødvendigvis den riktige løsningen. I alle fall når det gjelder bøker og tidsskrifter, er det antagelig ikke adgang til å fremstille en komplett kopi av hele verket⁵⁹. Når det gjelder digitale eksemplarer, tar Rognstad til orde for at kopieringsadgangen etter § 12 må være sterkt begrenset, dog slik at det neppe kan opereres med en presumpsjon om at det ikke kan være adgang til å ta mer

⁵⁵ Ot. prp. nr. 46 (2004–2005) s. 30

⁵⁶ Rognstad 2009 s. 224

⁵⁷ Op. cit. s. 232

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Rieber-Mohn 2010 s. 124 og Rognstad 2009 s. 237

enn én kopi av et digitalt film- eller musikkverk⁶⁰. Følgelig må det antas at det i alle fall er adgang til å fremstille *noen få* eksemplarer av slike verk.

Eksemplarene kan bare fremstilles til «privat bruk». Selv om uttrykket språklig sett kan tolkes til å bety rent *personlig* bruk⁶¹, ser det ut til å være ganske klart at adgangen ikke er så snever. Rognstad fremholder at grensen for «privat bruk» tradisjonelt sett som utgangspunkt må trekkes etter de samme linjene som grensen mellom privat og offentlig tilgjengeliggjøring («for allmennheten») som i § 2⁶². Når det gjelder *digitale eksemplarer* tar han imidlertid til orde for at adgangen til å ta kopier i medhold av § 12 må være sterkt begrenset. Dette synspunktet er basert på at kopiering av digitale eksemplarer blir perfekte, uten generasjonstap, og at en utstrakt kopieringsadgang derfor vil kunne virke nærmest som regulær økonomisk konkurranse med opphavsmennene – og at vurderingen derfor må være annerledes i dag inn på den tiden da analoge kopier med svekket kvalitet var vanlig⁶³. Videre peker han på at i våre naboland Danmark og Sverige er adgangen til digital privatkopiering på grunn av dette sterkt begrenset, henholdsvis til personlig bruk og «ett eller några få» eksemplar⁶⁴. Synspunktene hans om dette må ses i sammenheng med uttalelsen om en snevrere fremføringsadgang der fremføringen gir «varig verkstilgang», se over i 4.2.3. Rieber-Mohn er enig i at adgangen til å ta digitale kopier etter § 12 de lege ferenda *bør* være snevrere enn for den tradisjonelle adgangen hva gjelder analoge kopier, og at det prinsipielt ikke er noe i veien for å legge til grunn ulik begrensning i adgangen til henholdsvis digitale og analoge eksemplarer⁶⁵. Imidlertid finner han rettskildebildet mer problematisk de lege lata. Privatbrukskriteriet i § 12 har lenge vært antatt å omfatte en

⁶⁰ Rognstad 2009 s. 237

⁶¹ Rieber-Mohn 2010 s. 130

⁶² Rognstad 2009 s. 231

⁶³ Rognstad 2009 s. 229–231

⁶⁴ Rognstad 2009 s. 231 og s. 237

⁶⁵ Rieber-Mohn 2010 s. 132

personkrets som er større enn de som faller i den helt personlige, og dette er noe folk har innrettet seg etter. Fordi krenkelse av opphavsretten er straffebelagt (se nedenfor under 5.1), kommer han under henvisning til det strafferettslige legalitetsprinsipp til at en innsnevring av privat kopieringsadgang for digitale eksemplarer medfører en utvidelse av straffebudet⁶⁶. Følgelig kan man ikke legge til grunn en snevrere forståelse av «privat bruk» ved digital kopiering enn ved analog kopiering. Etter dette må det antas at «privat bruk» omfatter mer enn det rent personlige, men at den lovlige personkretsen i alle fall ikke er større enn etter den grensen som trekkes for forståelsen av «allmennheten» i åndsverkloven § 2.

Når det gjelder sammenhengen mellom «privat bruk» og tilgjengeliggjøring for allmennheten, kan man spørre om kriteriet tillater kopiering eller overføring til digital form dersom formålet er å anvende det fremstilte digitale eksemplaret til *offentlig fremføring*. Etter mitt syn må svaret bli klart nei; tilgjengeliggjøring for allmennheten kan ikke være privat bruk uansett hvordan grensen for privatbrukskriteriet trekkes.

Kravet om lovlig kopieringsgrunnlag er språklig sett enkelt å forholde seg til. At det ikke er tillatt å fremstille eksemplar «på grunnlag av en gjengivelse av verket i strid med § 2» må for det første bety at dersom man har i hende et eksemplar som er fremstilt i strid med opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling – for eksempel en kopi av en lovlig kjøpt CD-plate som er fremstilt utenfor rammene av den lovlige kopieringsadgangen i § 12 første ledd – kan man ikke lovlig kopiere det. For det andre må det bety at i forbindelse med en fremføringshandling som gir varig verkstilgang – slik tilfellet er med fildeling – må selve fremføringshandlingen være lovlig for at det skal være adgang til å fremstille et eksemplar på bakgrunn av den. Dersom fremføringshandlingen er i strid med § 2 fordi den gjør verket tilgjengelig for allmennheten uten opphavsmannens samtykke, er det altså etter § 12 fjerde ledd ikke adgang til å fremstille eksemplar på bakgrunn av den. En fil som inneholder et

⁶⁶ Op. cit. s. 132

åndsverk kan man altså ikke lovlig kopiere med mindre den opprinnelige filen selv er en lovlig kopi og man har lovlig tilgang til den.

Rieber-Mohn problematiserer spørsmålene om digital privatkopiering og lovlig kopieringsgrunnlag ved å undersøke det han omtaler som *seriekopiering* og *en bloc-kopiering*⁶⁷. Med uttrykket seriekopiering sikter han til den situasjon at jeg fremstiller et lovlig eksemplar til privat bruk, og låner det ut til min venn B med hjemmel i § 12. B fremstiller et eget eksemplar på grunnlag av eksemplaret han har lånt av meg, og låner det ut til sin venn C som i sin tur fremstiller et eget eksemplar osv. Likt med utlån, setter han i denne sammenheng tilrådighetsstillelse i et lukket datanettverk. Med uttrykket en bloc-kopiering sikter han til den situasjon at jeg låner bort harddisken med hele musikk-samlingen min til B, som i løpet av sekunder kan fremstille egne eksemplarer av hele samlingen. Både for den enkelte en bloc-handling og seriekopiering både enkeltvis og en bloc, kommer han til at det er tillatt innenfor rammen av § 12 dersom handlingene i *hvert enkelt ledd* befinner seg innenfor den tillatte personkrets⁶⁸ – til tross for det betydelige omfanget en slik kopiering kan få.

Det at tilrådighetsstillelse i et lukket datanettverk er likestilt med utlån i drøftelsene, må så vidt jeg kan forstå bety at *fremføringshandlingene* slik tilrådighetsstillelse innebærer i tillegg må være innenfor rammene som settes for den tillatte personkrets etter § 2 for å være lovlig. Dette er også i tråd med Rognstads synspunkt, når han uttaler at «filoverføring i datanett bør kun anses som innenfor det private område i den utstrekning selve overføringen skjer mellom nære familiemedlemmer og venner.⁶⁹»

⁶⁷ Rieber-mohn 2010 s. 121–122

⁶⁸ Op. cit. s. 133

⁶⁹ Rognstad 2009 s. 196

4.2.5 Nærstående rettigheter

Parallelt med opphavsmannens enerett til å råde over sitt åndsverk, gir åndsverkloven i kapittel 5 enkelte regler som verner prestasjonene til andre enn opphavsmannen som kan sies å være involvert i åndsverket på en eller annen måte. Da reglene var ny i 1961 ble de ansett for ikke å høre til i en lov opphavsrett til litterære og kunstneriske verk, men allikevel med en så nær tilknytning til dem at det var naturlig å innpasse reglene i loven⁷⁰.

Jeg skal her gi en oversikt over reglene for de nærstående rettighetene som er aktuelle i forbindelse med fildeling. Det gjelder rettigheten for tilvirkere av lydopptak og film (4.2.5.1) og rettighetene for utøvende kunstnere (4.2.5.2).

4.2.5.1 Rettigheter for tilvirker av lydopptak og film

De felles rettighetene for lydtilvirkere og filmtilvirkere er gitt i § 45. Første ledd første pktlyder: «En tilvirker av lydopptak og film har, innen de grenser som følger av denne lov, enerett til å råde over opptaket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av det og å gjøre opptaket tilgjengelig for allmennheten.»

Vi ser at som for opphavsretten er vernet gitt som eneretter til eksemplarfremstilling og offentlig tilgjengeliggjøring av opptaket. Formuleringene har samme betydning som i § 2.

De som nyter vernet, *tilvirkerne*, er de produsentene som står for opptak av musikk og film. Som regel vil det si henholdsvis plateselskaper og filmselskaper⁷¹. Dersom det er opphavsmannen selv som forestår opptak av verket sitt, er han på samme tid både opphavsmann etter § 1, med de rettigheter det gir ham, og tilvirker etter § 45.

⁷⁰ Op. cit. s. 289

⁷¹ Rognstad 2009 s. 316

Omfanget av eneretten til eksemplarframstilling er den samme som opphavsmannens, og det vil si at i forbindelse med fildeling kan eksemplarframstillingen være i strid også med tilvirkeres enerett.

Tilvirkerens enerett til offentlig tilgjengeliggjøring er etter første ledd i utgangspunktet den samme som for opphavsmenn. For lydopptak er det imidlertid en modifisering i andre pkt: «For offentlig fremføring av lydopptak gjelder likevel bestemmelsene i § 45b ...».

Henvisningen til § 45b medfører en begrensning i eneretten for tilgjengeliggjøring i form av *offentlig fremføring*, som innebærer at slik tilgjengeliggjøring kan gjøres uten rettighetshaverens *samtykke* såfremt han mottar *vederlag* for fremføringen. Begrensningen gjelder imidlertid ikke «fremføringen skjer på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket.» Denne formuleringen kjenner vi igjen fra § 2 fjerde ledd, og den omhandler nettopp den typen fremføringshandling tilgjengeliggjøring via fildeling innebærer. Med andre ord kan tilgjengeliggjøringen av filer i forbindelse med fildeling være i strid med tilvirkeres enerett til offentlig tilgjengeliggjøring.

Tilsvarende som i § 19, er det i § 45 tredje ledd angitt en regel om konsumpsjon av spredningsrett. Heller ikke her er digitale eksemplarer omfattet⁷².

4.2.5.2 Rettigheter for utøvende kunstnere

Utvøvende kunstnere er gitt rettigheter i åndsverkloven § 42, som langt på vei er utformet over samme lest som opphavsmenns rettigheter etter § 2. Legaldefinisjonen av «utøvende kunstnere» i fondsavgiftloven⁷³ er forutsatt å gjelde tilsvarende for begrepet i åndsverkloven⁷⁴. Fondsavgiftloven § 1 definerer utøvende kunstnere som «musikere,

⁷² Op. cit. s. 313

⁷³ Lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstners prestasjoner m.v., 14. desember 1956 nr. 4

⁷⁴ Rognstad 2009 s. 309

sangere, skuespillere, dansere, dirigenter, sceneinstruktører og andre som gjennom sin kunst framfører åndsverk.»

Den utøvende kunstneren gis i første hånd vern for sin innsats ved å ha enerett til å «gjøre varig eller midlertidig opptak av fremføringen», jf. åndsverkloven § 42 første ledd litra a. Dersom slikt opptak er gjort, har den utøvende kunstneren videre enerett til å «fremstille varig eller midlertidig eksemplar» av det (litra b) og til å «gjøre det tilgjengelig for allmennheten» (litra c). Dette er de samme formuleringene som i §§ 2 og 45, og innhold og omfang er sammenfallende med sistnevnte.

På samme måte som for lydopptak i § 45, er det for offentlig fremføring henvist til § 45b. Helt tilsvarende er det også tatt unntak der «fremføringen skjer på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket.»

For spredningsretten er det også i § 42 en konsumpsjonsregel, som heller ikke her gjelder for digitale eksemplarer.

Etter dette ser vi at i forbindelse med fildeling kan både eksemplarfremstillingen og tilgjengeliggjøringen være i strid med utøvende kunstneres rettigheter.

4.3 Eksempler på fildelingsteknologier og krenkelse av opphavsretten via P2P

Jeg skal her beskrive et utvalg teknologier og metoder for fildeling via internett, herunder to P2P-nettverk. Hensikten er ikke å gi en komplett oversikt, men å presentere et utvalg. Utvalget er gjort med henblikk på tre momenter: For det første er teknologiene og metodene som er valgt stort sett representative for alle typer fildeling, slik at de formene som ikke er nevnt her allikevel kan forstås nokså greit i lys av beskrivelsene. For det andre gir de valgte formene et godt grunnlag for å drøfte koblinger til internettleverandørene og presentere problemstillingene senere i oppgaven. For det tredje finnes det norsk eller nordisk rettspraksis som kan belyse spørsmål om lovligheten av de valgte formene.

Det er ikke meningen å gi en fullstendig fremstilling av (u)lovligheten til fildeling for alle involverte i enhver situasjon; poenget er å peke på at de fleste former for fildeling *kan* være og ofte *er* ulovlig for flere av de involverte.

4.3.1 Direct Connect⁷⁵

Direct Connect er en P2P-løsning, altså en modell hvor filene ikke er lagret på en sentral lagringsserver. Filene er lagret på brukernes datamaskiner, som de delvis åpner for hverandre slik at alle har tilgang til den totalte mengden filer de gjør tilgjengelig.

Brukerne deltar i fildeling via Direct Connect ved å koble til en såkalt *hub*. Dette er et dataprogram, og det kjøres på en datamaskin som er tilkoblet internett. Brukerne benytter et annet skreddersydd program, en *klient* for å koble til huben via sine egne internettlinjer. Når brukeren er koblet til huben, velger han i klienten hvilke filer på hans egen harddisk som skal være tilgjengelig for de andre brukerne tilkoblet huben. Han, og de andre brukerne som er tilkoblet huben og har gitt alle deltagende brukere tilgang til et utvalg av filer fra egne harddisker, har med det fullført en *fremføringshandling* etter åndsverkloven § 2 hva angår de av de tilgjengeliggjorte filene som betraktes som åndsverk. Hvis fremføringen må betraktes som *offentlig* og skjer uten rettighetshavernes samtykke, er aktiviteten i strid med disses enerett.

Kopieringen foregår ved at man kan sende en forespørsel til huben om innhold man er interessert i å laste ned, i form av artistnavn, tittel på dataprogram, låt eller film og lignende. Basert på filnavnene tilgjengelig i nettverket sender deretter huben tilbake en henvisning til brukerne som har det ønskede innholdet tilgjengelig. På den søkende brukerens initiativ kan det deretter igangsettes en overføring mellom brukerne. Ved denne nedlastingen fremstilles det et *nytt eksemplar* av det aktuelle innholdet innenfor rammen av eksemplarframstillingsbegrepet i åndsverkloven § 2. Hvis kopieringen ikke kan hjemles i

⁷⁵ Innholdet i avsnittet er basert på egen kunnskap i kombinasjon med engelske Wikipedias artikkel om Direct Connect, jfr. http://en.wikipedia.org/wiki/Direct_connect

§ 12 fordi den ikke er til privat bruk, *eller* hvis fremføringshandlingen som ligger til grunn er offentlig – og således ikke lovlig kopieringsgrunnlag – er nedlastingen i strid med rettighetshavernes enerett til eksemplarfremstilling.

Administratorene av hubene – altså de brukerne som oppretter og styrer en hub – kan velge å kjøre den nødvendige hub-programvaren på sine egne private datamaskiner, eller på en server hos en tredjeparts tjenesteleverandør. Når huben vel er oppe og går vil administratoren typisk foreta en del vedlikeholdsoppgaver og annet for å påse at huben fungerer som den skal og oppebærer fildelingsnettverket som tiltenkt. Administrator kan la huben være åpen slik at hvem som helst kan koble seg til, eller fastsette regler for adgang til dem. For eksempel kan det bestemmes av bare brukere som selv deler innhold, gjerne med mengdekrav av typen minst 5 gigabyte eller lignende, får slippe inn. En annen mulighet er å la huben være «lukket», slik at bare de brukerne administrator ved en utvelgelsesprosess etter eget forgodtbefinnende aktivt gir tilgang kan slippe inn.

I «Direct Connect»-dommen⁷⁶ hadde en mann latt tre Direct Connect-huber kjøre på datautstyr han disponerte, og selv deltatt i fildeling via dem både ved å laste ned filer og ved å gjøre sine egne filer tilgjengelig for andre. Han var tiltalt både for selv å ha drevet med ulovlig fildeling, og for å ha medvirket til andres fildeling ved å drive hubene.

Retten fastslo at hans egen fildeling ved deltakelse på hubene utvilsomt var tilgjengeliggjøring og eksemplarfremstilling innenfor rammen av åndsverkloven § 2. Spørsmålet var videre hvorvidt filene ble utvekslet utenfor det private området, og således ulovlig: Av de tre hubene var to lukket. Den ene hadde bare 30–35 aktive brukere, mens den andre hadde «en betydelig brukermasse som tiltalte også rekrutterte aktivt til.» Den tredje huben var åpen, og hadde flere hundre brukere. På de lukkede hubene slapp tiltalte bare til brukere han omtalte som «venner», og det fremkommer at opptil flere av disse var han kjent med kun via interaksjon på internett. I drøftelsen av hvorvidt det mellom

⁷⁶ RG 2005 s. 1627

vedkommende brukere og tiltalte forelå de nødvendige personlige bånd til at handlingene kunne anses for å ha skjedd på det private området uttalte retten:

Et tema som retten må vurdere er hvordan man juridisk skal forholde seg til de menneskene man treffer i cyberspace, men som man kun etter en periode – eller aldri – treffer ansikt til ansikt. Det er ikke tvilsomt at måten man treffer nye mennesker har endret seg etter at pc'er og Internett har blitt utbredt. Det retten må spørre om er om det faktum at man ikke har truffet et menneske ansikt til ansikt gir grunnlag for å legge til grunn at det ikke foreligger et vennskap.

Etter rettens syn er det vanskelig å legge dette til grunn. Domstolene må også forholde seg til den samfunnsutviklingen som finner sted, og til de nye kontaktformene som oppstår. Etter rettens syn må det være mulig å kalle en person man kun har pratet med via Internett som en venn, på samme måte som man må kunne kalle en person man kun har snakket med på telefonen en venn. Nå er det ikke slik at dette ikke skaper problemer med hva som skal kreves av kontakthypighet mm., men retten kan ikke se at det forhold alene at man er kjent over Internett skal kunne avvises som vennskap.

Retten fant det imidlertid «unødvendig å gå nærmere inn på hvor stor denne gruppen kan være da retten finner det bevist at det – med enkelte unntak – ikke foreligger slike personlige bånd som må forutsettes foreligge for straffefri deling av filer.» Man kan antagelig slutte fra dette at de «vennskap» og omgangsbånd som *oppstår i forbindelse med fildeling* ikke er tilstrekkelig til at fildelingen blir lovlig, i alle fall ikke hvis utgangspunktet for og hovedinnholdet i omgangen er relatert til fildelingsvirksomheten.

4.3.2 BitTorrent⁷⁷

BitTorrent er også en P2P-teknologi, men den fungerer på en litt annerledes måte enn Direct Connect og tilsvarende løsninger.

En fil som spres via BitTorrent er oppdelt i mange små blokker. Informasjon om blokkene en fil består av og hvordan de skal settes sammen for å få en identisk kopi av utgangspunktet, er lagret i en liten metadatafil kalt *torrent*-fil. Teknisk sett har torrentfilen kontroll på blokkene en fil består av i form av kontrollsummer og digitale «signaturer» som er i stort sett unike for enhver tenkelig blokk, slik at ikke blokker kan forveksles med hverandre. Som regel inneholder torrentfilen også nettadressen til en springstjener («tracker») som holder orden på den totale tilgjengeligheten av brukere og blokker tilknyttet hver enkelt torrentfil. Dette kommer jeg tilbake til straks nedenfor.

Distribusjonen av en fil starter ved å dele den opp i blokker og opprette torrentfilen. Dette gjøres i en automatisert prosess ved å anvende en av mange *BitTorrent-klienter*, dataprogrammer som er spesialdesignet for BitTorrent-fildeling.

Neste trinn er å sørge for at brukere som kan være interessert å laste ned filen får tilgang på torrentfilen – det er nemlig denne som er nøkkelen til spredningen. Tilgang til torrentfilen kan gis på mange måter; i utgangspunktet alle tenkelige måter en hvilken som helst fil kan dsitribueres på internett – kanskje med unntak av BitTorrent-teknologien selv. Den aller vanligste metoden for å gjøre torrentfilen tilgjengelig, er imidlertid via en internettside – en *torrent site*. Det sannsynligvis mest kjente nettstedet for distribusjon av torrentfiler per i dag – og kanskje det største målt både i antall besøkende og tilgjengelig innhold – er det opprinnelig svenske nettstedet The Pirate Bay⁷⁸.

⁷⁷ Innholdet i avsnittet er basert på egen kunnskap i kombinasjon med engelske Wikipedias artikkel om BitTorrent-protokollen, jfr. http://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent_%28protocol%29

⁷⁸ <http://www.thepiratebay.org>

Når brukeren har fått tak i torrentfilen som peker til innholdet han er på jakt etter, kan nedlastingen starte. Dette skjer vet at han åpner torrentfilen i BitTorrent-klienten på sin egen datamaskin. Klienten tar deretter straks kontakt med sporingstjeneren, som til enhver tid har oversikt over alle brukere som i øyeblikket er tilknyttet den aktuelle torrentfilen, og hvilke blokker av hovedfilen hver og en av dem har tilgjengelig på sine harddisker⁷⁹. Her kommer vi til kjernen i BitTorrent-teknologien: Klienten begynner å laste ned flere tilfeldige enkeltblokker på en gang, fra flere forskjellige brukere. På den måten blir den totale nedlastingshastigheten langt høyere enn hvis han skulle lastet ned hele filen fra en enkelt bruker. Så snart en bruker har lastet ned en blokk, blir den tilgjengelig for nedlasting for *alle andre* brukere tilknyttet torrentfilen. Alle brukere tilknyttet en torrentfil deltar altså i en simultan opplasting og nedlasting av filen, og deler slik den totale tilgjengelige båndbredden i brukergruppen. Når en bruker har lastet ned alle blokkene en fil består av, ligger filen klar til bruk på harddisken hans. Hvis han fortsatt er tilknyttet torrentfilen blir han en såkalt *seeder*, som altså ikke lenger laster ned noe, men bare laster opp blokker til de andre brukerne. Den såkalt *opprinnelige seedingen* foregår på samme måte; den første brukeren som er tilknyttet en torrentfil – som regel den samme som i utgangspunktet opprettet torrentfilen og delte hovedfilen opp i blokker – sørger for å være tilknyttet så lenge at hver eneste blokk filen består av er lastet opp til minst en annen bruker. Det spiller ingen rolle om ingen av de andre brukerne på dette tidspunktet har hele filen; den dynamiske kryssnedlastingen mellom dem sørger for at alle snart har samtlige blokker.

Den simultane opplastingen og nedlastingen som skjer hos hver bruker, må være betrakte som en simultan fremførings- og eksemplarframstillingshandling innenfor rammen av åndsverkloven § 2. I en sak i Sverige mot de antatte bakmennene til The Pirate Bay er det samme utgangspunktet lagt til grunn. På side 56 i dommen⁸⁰ heter det:

⁷⁹ I startet benyttet BitTorrent-teknologien en sentral sporingstjener, men nyere versjoner av programvaren er ikke lenger avhengig av dette. Nå benyttes det en desentralisert sporingstjeneste ved hjelp av såkalt *Distributed Hash Table*

⁸⁰ Stockholms tingsrätt sak nr. B 13301-06

«Förfarandet är såvitt avser åtkomlighet för andra Internetanvändare i princip detsamma som när ett verk tillgängliggörs genom att läggas ut på en öppen hemsida på Internet. Förutsatt att det finns en seeder uppkopplad till Internet kan en annan Internetanvändare, en leecher, få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt han eller hon själv väljer. Det sätt på vilket angivna filer hanteras av en ursprungsseeder och de användare som genom fildelning erhållit hela eller delar av aktuella filer utgör, enligt tingsrätten, ett sådant tillgängliggörande som enligt upphovsrättslagen är att betrakta som en överföring till allmänheten.»

Hvis filen som spres blant brukerne er et åndsverk og handlingen mangler rettighetshavernes samtykke, er handlingen i strid med enerettene. Med den dynamiske og automatiske kryssnedlastingen som foregår sier det seg selv at avgrensningen for privatbrukskopiering i § 12 og til allmennheten i § 2 ikke kommer til anvendelse – med mindre det er helt sikkert alle alle deltagende brukere har de nødvendige personlige bånd til samtlige andre brukere. Dette vil nok i praksis svært sjelden være tilfellet, og i alle fall ikke dersom torrentfilen kan lastes ned fra en nettside som er åpen for alle.

Det foreligger ingen norsk rettspraksis som kan underbygge synspunktet hva gjelder de deltagende brukere. Når det gjelder den *opprinnelige seeder* finnes det imidlertid en dom fra Fredrikstad tingrett⁸¹. Uten rettighetshavers samtykke hadde tiltalte gjort filmen «Pitbullterje» tilgjengelig ved å legge ut en torrentfil på The Pirate Bay og opptre som opprinnelig seeder. Retten kom til at tilgjengeliggjøringen var i strid med åndsverkloven § 2. Dommen ble anket hva gjaldt straffeutmålingen, men handlings- og skyldspørsmålene var ikke ankegenstand⁸².

⁸¹ TFRED-2006-177576

⁸² RG 2008 s. 193

4.3.3 Usenet⁸³

Usenet er et verdensomspennende diskusjonssystem, og er kanskje bedre kjent som «News». Det er en av de tidligste tjenestene som ble tilgjengelig på internett.

Usenet fungerer som et nett av servere, som er inndelt i *feedere* og *readere*. Sistnevnte er de serverne sluttbrukerne logger på for å motta de nyeste innleggene, mens førstnevnte er servere som distribuerer innleggene til hele nettverket.

Diskusjonene foregår i nyhetsgrupper («newsgroups») som er organisert og navnet i et hierarkisk emnesystem. Hver diskusjonstråd har et eget navn i hierarkiet, som for eksempel *sci.physics* for generelle diskusjoner om forskningsfeltet fysikk. For å lese *news* – de nyeste innleggene i diskusjonene – logger brukeren på en reader-server ved hjelp av newsklienten sin. Klientene laster deretter ned nye innlegg fra serveren. Brukeren har på forhånd definert i klienten hvilke nyhetsgrupper han vil følge, og det er bare nye innlegg i disse gruppene som lastes ned.

For å bidra med et nytt innlegg, laster brukeren det opp på newsserveren han er koblet til via klienten. Innlegget videresendes deretter til andre feedere og readere i nettverket, slik at det etter hvert når alle brukerne på Usenet.

En dom fra Oslo tingrett handler om pronografisk materiale som ble spredt via Usenet⁸⁴. Spørsmålet var om Tele2, som var tiltalt, hadde medvirket til spredningen ved å drive newsservere i sitt nett. Retten gir en god beskrivelse av hvordan distribusjonen i Usenet fungerer:

⁸³ I tillegg til angitte kilder er innholdet i avsnittet basert på egen kunnskap i kombinasjon med engelske Wikipedias artikkel om Usenet, jfr <http://en.wikipedia.org/wiki/Usenet>

⁸⁴ TOSLO-2001-5479. Dommen ble anket, jfr RG 2003 s. 1268. Anken hadde imidlertid ikke noe med den tekniske beskrivelsen av Usenet å gjøre.

«Tele2 betjener den alminnelige nyhetstjenesten gjennom to servere, en såkalt « feeder » (kalt Romeo) og en såkalt « reader » (kalt Julie). Artikler (meldinger) mottas av « feederen » fra andre « feeder »-maskiner på Usenet. Etter et kort opphold og prosessering i « feederen » videresendes artiklene dels til andre servere (« feedere ») på nettet og dels til Tele2s egen « reader » såfremt artiklene tilfredsstillir visse tekniske krav. Mellom de ulike tjenesteyteres « feedere » er det en ganske fri flyt av artikler og kun tjenesteyterens administrator har tilgang til artiklene i « feederen ». Nettkundene har bare tilgang til « readeren ». I kommunikasjonen mellom Tele2's « feeder » og « reader » finnes et teknisk filter som kontrollerer at alle artikler som inneholder lyd, bilde eller film skal ha ordet « binaries » i sitt artikkelnavn (« headingen »). Tele2s egen nyhetstjeneste har betegnelsen « news.c2i.net », eventuelt « romeo.dax.net ». Dette er en lokal gruppe som etter hva retten forstår ikke spres til andre servere, slik at det kun er Tele2's kunder som har tilgang til Tele2's nyhetsgruppe.»

Som det fremkommer av dommen, er det mulig å spre alle mulige typer filer – blant annet «lyd, bilde eller film» – gjennom Usenet, ved hjelp av *alt.binaries*-gruppene. Koblingen til fildeling er med det opplagt: Den som vil tilgjengeliggjøre en fil, poster den på Usenet via en newsserver. Brukere som vil kopiere filen og fremstille egne eksemplarer laster den deretter ned via andre newsservere.

Et annet moment som fremkommer av det inntatte sitatet fra dommen, er at newsservere kan være tilgangskontrollerte. Ofte vil tilgangsløseleverandører, som Tele2 i dommen, operere servere for sine egne kunder. Kommersielle servere, hvor man kan betale for tilgang, er heller ikke uvanlig.

På samme måte som annen eksemplarframstilling og offentlig fremføring som er forbeholdt åndsverklovens rettighetshavere, må tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling av filer på denne måten være i strid med enerettene når det blir gjort av andre.

Det som var hovedspørsmålet i dommen – om tjenesteleverandørens medvirkeransvar – kommer jeg tilbake til i kapitlet om ansvarsfritak for internettleverandørene.

4.3.4 HTTP⁸⁵ og FTP⁸⁶

HTTP (HyperText Transfer Protocol) er det tekniske navnet på overføringen av nettsider i World Wide Web. I adressefeltet på nettleseren ser man det helt i starten av nettadressen; for eksempel er den komplette adressen til nettsiden for Det juridiske fakultet:

`http://www.jus.uio.no/index.html`

Som kjent kan nettsider brukes til å gjøre filer tilgjengelig for nedlasting, og det er ikke tvilsomt at dersom filen er et åndsverk og nettstedet er åpent for alle, vil både den offentlige fremføringen og eventuelt den påfølgende eksemplarframstillingen kunne være i strid med rettighetshavernes eneretter.

FTP er en forkortelse for File Transfer Protocol, og er på samme måte som HTTP en grunnleggende del av internetts virkemåte. Som det fremkommer av navnet, er FTP en spesialisert implementering for å overføre filer. I forbindelse med FTP er det ingen nettside eller lignende. Ved tilkobling til en FTP-adresse får brukere bare en liste over filer som er tilgjengelig på det aktuelle lagringsområdet. De kan deretter laste ned de filene de ønsker. FTP-tjenesten kan også være konfigurert slik at tilkoblede brukere kan laste filer *opp* på lagringsområdet. Et lagringsområde som det gis tilgang til via en FTP-tjeneste omtales som en FTP-server.

⁸⁵ Jfr. <http://en.wikipedia.org/wiki/Http>

⁸⁶ Jfr. <http://en.wikipedia.org/wiki/Ftp>

I *Drink or Die*-dommen fra Oslo tingrett⁸⁷ var to personer tiltalt for å ha medvirket til ulovlig fildeling ved å bidra til driften av et nettverk av FTP-servere. Den ene av dem var også tiltalt for selv å ha tilgjengeliggjort åndsverk via en av serverne. Retten aksepterer uten videre at det å ha beskyttede åndsverk liggende som filer på en FTP-server og gi andre tilgang til dem er tilgjengeliggjøring innenfor rammen av åndsverkloven § 2. FTP-servere kan imidlertid stilles inn med tilgangskontroll slik at det kreves brukernavn og passord («brukerkonto») for å logge på og få tilgang til filene, og denne muligheten var benyttet i det foreliggende tilfellet. Det var bare et fåtall personer som hadde brukerkonto, og retten gikk derfor videre til å undersøke hvorvidt tilgjengeliggjøringen av den grunn var innenfor det private området, og derved lovlig. Under tvil kom retten til at det var tilfellet, men følgende uttalelse tyder på at man la ganske strenge rammer til grunn for grensedragningen mellom det offentlige og private området i forbindelse med FTP:

«Selv om antall som har tilgang er lite, kan man likevel falle utenfor det private området dersom tilknytningen mellom de involverte er liten. Hvordan dette stiller seg i herværende sak, er imidlertid uklart. Det er trolig at flere av de dokumenterte brukerne ikke bare er venner, men venners venner. Retten baserer denne antagelsen på at det synes unaturlig å opprette en FTP server dersom man skal spre datamateriale til venner - da ville man i stedet for eksempel brent en CD til vedkommende. På den annen side har det ikke vært ført bevis for at brukerne ikke utelukkende var venner og familie slik at de utgjorde en lukket krets.

Det kan etter dette ikke utelukkes at materialet kun ble gjort tilgjengelig innenfor det private område.»

⁸⁷ TOSLO-2003-19164 («Drink or Die»)

Uttalelsen føyer seg inn i rekken av uttalelser, jfr. Direct Connect-dommen og juridisk teori behandlet ovenfor, som tar til orde for en restriktiv holdning på dette punkt hva gjelder digitale eksemplarer og fremføring via internett.

4.4 Andre typer tilgjengeliggjøring av rettighetsbeskyttet materiale på Internett

En stadig mer vanlig måte å levere multimedia via internett, er såkalt *streaming*. Eksempler på dette er webradio og web-TV fra store aktører som NRK, videotjenesten YouTube, og filmtjenester som SF Anytime⁸⁸.

Det å presentere åndsverk via streaming er omfattet av eneretten til tilgjengeliggjøring i åndsverkloven § 2, på lik linje med tradisjonell kringkasting⁸⁹. Hvis fremføringen er offentlig, for eksempel ved at streamingen skjer via nettsider som kan vises av alle, kreves rettighetshavernes samtykke for at den skal være lovlig.

I forbindelse med streaming lagres det ingen varig fil hos mottakeren, og det foregår derfor ingen varig eksemplarframstilling på brukerens hånd.

En annen mulig form tilgjengeliggjøring av åndsverk via internett som ikke er fildeling, finner vi i muligheten til å vise åndsverk som fotografier eller digitaliserte reproduksjoner av kunstverk på en nettside. Det vil også være fremføring av åndsverk, og falle under enerettene i åndsverkloven. Tilsvarende hvis teksten på en nettside utgjør hele eller deler av en roman, dikt og lignende.

⁸⁸ <http://sfanytime.com/>

⁸⁹ Jfr Rognstad 2009 s. 182

5 Sanksjonsmidlene i åndsverkloven

5.1 Straff

Overtredelse av åndsverkloven er belagt med straff i § 54. Handlinger som utløser straffesanksjonen er for det første brudd på opphavsmannens eneretter som angitt og avgrenset i kapittel 1 og 2 (§ 54 første ledd litra a), og for det andre tilsvarende brudd på de nærstående rettigheter som angitt i kapittel 5 (litra b). Skyldkravet er *forsett eller uaktsomhet*, allikevel slik at straffansvar for overtredelse av § 12 bare utløses ved forsettlige handlinger (jfr. annet ledd). Forsett kreves også for at den strengere strafferammen ved «særlig skjerpene forhold» i fjerde ledd skal komme til anvendelse.

Forsettlige forsøkshandlinger som omfattes av de straffutløsende handlingene behandlet her kan etter femte ledd straffes likt med fullbyrdet handling.

Spørsmålet om *medvirkning* kommer jeg tilbake til straks nedenfor.

5.2 Erstatning

Erstatningsansvar ved brudd på åndsverkloven følger langt på vei reglene for straffeansvar. I § 55 heter det: «Skade som voldes ved overtredelse som nevnt i § 54 (...) kan kreves erstattet etter alminnelige erstatningsregler. Er opphavsmann eller en utøvende kunstners rett (...) krenket forsettlig eller grovt uaktsomt, kan retten dessuten tilkjenne ham et pengebeløp som oppreisning for skade av ikke-økonomisk art.»

I den *alminnelige erstatningsrett* er culpa-ansvaret et viktig erstatningsgrunnlag. Erstatningsansvar ved culpa inntreder der man ved *simpel uaktsomhet* har voldt skade som medfører økonomisk tap⁹⁰. Henvisningen til alminnelige erstatningsregler i § 55 innebærer

⁹⁰ Jfr. Lødrup 1999 s. 124 flg.

dermed at uaktsomhet er tisluttrekkelig til å utløse erstatningsansvar⁹¹. Et unntak fra dette finner vi imidlertid i tredje ledd; i forbindelse med eksemplarframstilling i strid med § 12 fjerde ledd, kreves forsett for å utløse erstatningsansvar.

Formuleringen «[s]kade som voldes» sammenholdt med henvisningen til alminnelig erstatningsrett, klargjør er at det er rettighetshaveres eventuelle økonomiske tap som kan kreves erstattet. Hvorvidt det faktisk foreligger et økonomisk tap i det enkelte tilfellet vil måtte bero på en konkret vurdering. Her kan det oppstå problemer med hensyn til bevisbildet i noen tilfeller, og i relasjon til fildeling er særlig spørsmålet om hvorvidt krenkeren hadde foretatt den krenkende handlingen dersom han måtte betale vederlag for bruken aktuelt. Fildeleren som krenker opphavsretten og nærstående rettigheter ved ulovlig å framstille et eksemplar betaler ikke vederlag, og mangel på betaling av vederlag vil være et økonomisk tap for rettighetshaver. På den annen side er det ikke sikkert krenkeren hadde kommet til å framstille eller anskaffe et eksemplar hvis han måtte betalt for det; det kan være at han i så fall ville avstått fra å ta del i verket. I så fall innebærer krenkelsen for rettighetshaver en økning i publikum uten følge av økonomisk gevinst, men ikke et økonomisk tap.

I analogi til norsk *varemerkerett*, og under henvisning til svensk og dansk opphavsrett, mener Rognstad at for slike situasjoner gjelder det en ulovfestet vederlagsregel i norsk opphavsrett. Denne gir rettighetshavere krav på vederlag for ulovlig bruk, selv om et økonomisk tap ikke kan påvises og det derfor ikke er adgang til erstatning etter de alminnelige erstatningsreglene⁹². Om denne ulovfestede vederlagsregelen skriver han videre: «Det må antas at et vederlagskrav på ulovfestet grunnlag kan gjøres gjeldende på rent objektivt grunnlag, dvs. uten hensyn til utvist uaktsomhet hos krenkeren.»

⁹¹ Jfr. Rognstad 2009 s. 402

⁹² Rognstad 2009 s. 403

Så vidt jeg kan forstå, vil en adgang til å kreve vederlag på rent objektivt grunnlag i forbindelse med ulovlig eksemplarframstilling etter åndsverkloven § 12 fjerde ledd være i direkte strid med åndsverkloven § 55 tredje ledd om at det for slike handlinger kreves forsett for å havne i erstatningsansvar. I alle fall i den eksemplarframstillingen som skjer i forbindelse med fildeling er det jo nettopp ikkebetalingen av vederlag som kan tenkes å utgjøre en tapspost. Når loven uttrykkelig sier at uaktsom eksemplarframstilling ikke medfører erstatningsansvar, harmonerer det dårlig å allikevel la rettighetshaver kunne kreve rimelig vederlag på ulovfestet grunnlag. Da må den eldre, ulovfestede regelen vike for lovregelen, i alle fall slik at den ikke kan anvendes på objektivt grunnlag. Å la den komme til anvendelse for å krav om rimelig vederlag der forsettkravet i § 55 er oppfylt, men det er usikkerhet med hensyn til økonomisk tap på grunn av et vanskelig bevisbilde som beskrevet ovenfor, er det imidlertid ikke noe i veien for.

I forlengelsen av dette må det nevnes at rettighetshaveres adgang til å kreve økonomisk reparasjon i forbindelse med ulovlig fildeling neppe er særlig begrenset på grunn av forsettkravet i § 55 tredje ledd. I de aller fleste situasjoner vil eksemplarframstillingen på den enkelte fildelers hånd klart være forsettlig. Og videre, selv om en del av eksemplarframstillingshandlingene skulle være bare uaktsomme, kan man etter mitt syn like godt betrakte fremføringshandlingen som ligger til grunn for eksemplarframstillingen som den virkelig skadevoldende handlingen. Situasjonen kan klargjøres ved hjelp av et rett nok noe upresist, men mer intuitivt eksempel med fysiske eksemplarer: Hvis jeg lager 1000 kopier av en populær CD-plate og deler dem gratis ut til folk som ellers ville ha kommet til å kjøpe et eksemplar i platebutikken, har rettighetshaverne blitt påført et økonomisk tap. Det vil være naturlig å i alle fall i utgangspunktet holde *meg* ansvarlig for tapet, ikke hver og en av dem som tok imot et eksemplar fra meg fremfor å kjøpe et i platebutikken. I eksemplet fremstiller riktignok ikke hver enkelt mottaker sitt eget eksemplar, og den handlingen som først skaper tapspotensialet er min omfattende eksemplarframstilling i form av massekopiering. Imidlertid er det ikke eksemplarframstillingen *som sådan* som aktualiserer tapet, det er det min påfølgende *spredning* av eksemplarene – som er

tilgjengeliggjøring for allmennheten – som gjør. For tilgjengeliggjøringen er det ikke formulert noe forsettkrav, og uaktsomhet vil være tilstrekkelig for erstatningsansvar.

5.3 Medvirkning

Etter åndsverkloven § 54 tredje ledd er *medvirkning* til brudd på opphavsrett og nærstående rettigheter straffbart, tillike med hovedgjerningen. Som ellers i norsk strafferett vurderes eventuelle medvirkere selvstendig, og uavhengig av hovedgjerningsmannen⁹³. Det innebærer at medvirkere for å kunne straffes etter § 55 må ha utvist subjektiv skyld. Den generelle henvisningen paragrafens første og andre ledd fra tredje ledd om medvirkning, innebærer sannsynligvis at ikke bare forsettlig, men også *uaktsom* medvirkning rammes i forbindelse med de overtredelsene der skyldkravet for hovedgjerningen er uaktsomhet.

Medvirkning til rettighetskrenkelses som rammes av § 54 medfører også erstatningsansvar, jfr. formuleringen «[s]kade som voldes ved overtredelse som nevnt i § 54» i § 55. Dette er også fastslått av Høyesterett blant annet i Rt. 2005 s. 41 behandlet straks nedenfor.

De interessante medvirkningshandlinger i forbindelse med fildeling, er de handlinger som kan ses på som istandsettelse eller organisering av filutveksling. I eksemplene på fildelingsmetoder ovenfor, kan det å drive en DC-hub eller FTP-server, eller det å drive et nettsted som gjør rettighetsbrudd mulig for brukerne, kunne ses på som organisering eller istandsettelse. Eksempler på nevnte type nettsteder kan være slike som lar brukere fremføre åndsverk i form av streaming, tilby nedlasting i form av direkte lenker eller gi adgang til deling via BitTorrent ved å tilby torrentfiler for nedlasting – såkalte *torrent sites*.

5.3.1 Nettsted – lenking

Vi har én norsk høyesterettsdom om fildeling, i Rt. 2005 s. 41 (Napster). Dommen ble avgitt i erstatningssøksmålet mot en mann som drev et nettsted på nettadressen napster.no.

⁹³ Jfr. for eksempel Andenæs 2004 s. 338

På nettstedet kunne brukere legge ut lenker til rettighetsbeskyttede åndsverk som kunne lastes ned via internett. Filene var ikke lagret i tilknytning til nettstedet, men på forskjellige utenlandske servere. Brukerne som la inn lenkene på napster.no kunne selv ha gjort et digitalt eksemplar tilgjengelig for nedlasting ved å laste det opp på en internettserver, eller de kunne tilfeldigvis ha kommet over et som allerede var tilgjengeliggjort. Nettstedets primærfunksjon var å samle lenkene til filene på ett sted, slik at det var enkelt for flere brukere å nå dem og kunne laste dem ned. I innledningen på nettstedets forside het det:

«Velkommen til napster.no

Du befinner deg nå på Norges største og beste nettside med gratis musikk. Her kan du laste ned så mye musikk du bare måtte ønske.» (Sitert fra dommen).

Høyesterett kom til at virksomheten var medvirkning til den tilgjengeliggjøringen som hadde skjedd ved at de enkelte filene i utgangspunktet ble tilgjengelig på internett. Hvem som utførte den opprinnelige tilgjengeliggjøringshandlingen ved å laste opp filen på en internettserver, var etter rettens syns ikke relevant. Det spilte heller ingen rolle om opplasteren var kjent med lenkingen på napster.no. Det sentrale var at «[l]enkingen har forsterket virkningen av opplasterens handlinger ved å øke tilgjengeligheten til musikken» og at «brukerne normalt ikke ville funnet musikkfilene uten lenker til disse.» Uten særlig tvil fant man at tiltaltes hensikt med nettstedet nettopp var å gi andre tilgang til musikken, og at driften av den var «forsettlig og meget klanderverdige medvirkningshandlinger».

5.3.2 Direct Connect

I Direct Connect-dommen gjaldt saken i tillegg til tiltaltes egen fildeling spørsmålet om han hadde medvirket til brukernes fildeling. Vurderingen retten gjorde av hvorvidt tiltaltes egen deltakelse i fildeling som foregikk på hubene var ulovlig, ser ut til å bli implisitt antatt gjeldende tilsvarende for de andre brukerne. Dette aktualiserte spørsmålet om tiltalte ved å *drive* hubene hadde medvirket til de andre brukernes ulovlige fildeling. Det kom retten

frem til at han hadde. I forbindelse med drøftelsen av skyldspørsmålet uttaler retten at «den alt overveiende hensikt med hub'ene var å dele opphavsrettslig beskyttet materiale uten samtykke fra rettighetshaveren. Tiltalte måtte være klar over at ulovlig fildeling med all sannsynlighet ville bli resultatet da han startet hub'ene.» Dette, kombinert med at han hadde spilt en rolle i å muliggjøre de andres fildeling ved rent faktisk å holde hubene i gang, var tilstrekkelig til domfellelse.

Resultatet i Direct Connect-dommen ble bekreftet i TJARE-2007-6676 (Jæren tingrett, tilståelsesdom). I siktelsesgrunnlaget heter det om tiltalte at i et gitt tidsrom «medvirket han til at minst 1.500 personer utvekslet 40 Gb fildata i gjennomsnitt hver, inneholdende kopier av opphavsbeskyttede musikk- og filmopptak uten opphavsmannens samtykke, ved å stille til rådighet for allmennheten via internett en DirectConnect hub betegnet 'enterthedragon.net'. DirectConnect huben fungerte som bindeledd mellom sluttbrukere med formål deling av musikk- og filmfiler, ved teknisk tilrettelegging for, og forenkling av, gjensidig nedlasting (kopiering) fra ftpservere og andre masselagringsenheter brukerne i mellom.» Retten finner at dette klart oppfyller det objektive straffbarhetsvilkåret.

5.3.3 FTP

For at brukere skal kunne dele filer via en FTP-server, må det ligge til grunn en FTP-server hvor fildelingen kan skje. Spørsmålet om det å drive en FTP-server som ble brukt til fildeling var oppe i Drink or Die-saken fra Oslo tingrett⁹⁴. Denne delen av dommen var basert på tiltaltes tilståelse hva gjaldt den faktiske handlingen å drive en FTP-server, og retten kom uten tvil til at virksomheten var ulovlig medvirkning. Man fant til og med på grunnlag av et betydelig antall brukere og utvekslede filer at det forelå skjerpene omstendigheter.

⁹⁴ TOSLO-2003-19164

5.3.4 BitTorrent

I forbindelse med fildeling via BitTorrent er den mest aktuelle formen for medvirkning drifting av torrent sites. Disse nettstedene organiserer tilgang til torrentfiler slik at brukere kan gjøre filer tilgjengelig for hverandre i omfattende utveksling.

Vi har foreløpig ingen avgjørelser om spørsmålet i Norge, men det er hovedspørsmålet i den svenske Pirate Bay-saken fra Stockholms tingrett. Der er de fire som er antatt å ha startet opp den store torrent siden The Pirate Bay tiltalt for å ulovlig ha medvirket til fildeling ved å drive nettstedet.

At virksomheten på The Pirate Bay – det at torrent-filer ble gjort tilgjengelig sammenholdt med måten det skjedde på – var ulovlig medvirkning, var retten ikke særlig i tvil om:

«Det har genom utredningen i målet framkommit att The Pirate Bay, vid den tidsperiod som är aktuell i åtalet, var en populär webbplats med många användare runt om i världen. Syftet med The Pirate Bay var att skapa en mötesplats för fildelare. Webbplatsen var, enligt vad som framkommit genom förhören med Fredrik Neij och Gottfrid Svartholm Warg, under ständig utveckling. Ny hårdvara köptes kontinuerligt in och sökfunktionerna samt trackern utvecklades, allt i syfte att effektivisera tillgängligheten till, och överföringen av uppladdat material. Vissa användare av webbplatsen kom att utnyttja den och nämnda funktioner på ett sätt som innebar att användarna begick brott mot upphovsrättslagen på det sätt som påstås i åtalet (huvudbrotten). I enlighet med vad som vidare kommer utvecklas nedan har samtliga tilltalade känt till att en hel del användare av webbplatsen ägnade sig åt olovliga förfoganden av upphovsrättsligt skyddat material. Genom att tillhandahålla en webbplats med välutvecklade sökfunktioner, enkla uppladdnings- och lagringsmöjligheter samt genom att förmedla kontakter mellan enskilda fildelare genom den till sajten knutna trackern har, enligt tingsrätten, den genom The Pirate Bay bedrivna

verksamheten underlättat och således främjat dessa brott (jfr Ds 2007:29, s. 323 och Rosén i NIR 2008 s. 101).

För medverkansansvar är det inte nödvändigt att The Pirate Bays verksamhet var en förutsättning för att rättigheterna eller verken blivit tillgängliggjorda för allmänheten. Att de upphovsrättsligt skyddade alstren eventuellt kan ha tillgängliggjorts för allmänheten på andra webplatser innan de tillgängliggjordes på The Pirate Bay, eller att de eventuellt kan ha tillgängliggjorts på andra webbplatser samtidigt som de tillgängliggjordes på The Pirate Bay, saknar enligt tingsrättens mening betydelse för det medverkansansvar som kan åligga de tilltalade för deras handlande.

(...)

(...) De tillgängliggöranden som utgör huvudbrotten enligt åtalet har, såvitt avser ursprungsseedern, fullbordats i samband med att han/hon laddade upp torrentfilen på The Pirate Bays webbplats och därefter började göra alstret tillgängligt för andra. Övriga seeders har fullbordat sina respektive brott i samband med att de, efter att ha fått ned en del av det skyddade alstret, gjort detta tillgängligt för andra. Det krävs heller inte att man tillgängliggör ett helt verk för att det ska vara fråga om ett brott mot upphovsrättslagen, att tillgängliggöra en del av ett verk är tillräckligt för att brottet ska vara fullbordat (...)

(...)

Sammanfattningsvis har den inom The Pirate Bay drivna verksamheten objektivt sett medverkat till brott mot upphovsrättslagen.»

(Dommen s. 63–64)

Samme vurdering av handlingene for å avgjøre hvorvidt de utgjør ulovlig medvirkning må etter min mening kunne legges til grunn her i Norge. Lovgrunnlaget for vurderingene er for en stor del tilsvarende, og handlingene endrer ikke karakter selv om de vurderes i norsk rettslig lys.

På sett og vis ligner en torrent site på den norske nettsiden napster.no. Via torrentfilene som legges ut får brukerne adgang til tilgjengeliggjort materiale, som en form for lenke. I tråd med resultatet i Napster-dommen kan disse lenkene derfor ses på som ulovlig medvirkning til den tilgjengeliggjøringen som foregår mellom brukerne av hver enkelt torrent.

At den typen medvirkningshandling som skjer via en torrent site kan være ulovlige finner jeg også støtte for i et par norske underrettsdommer.

I Direct Connect-dommen medvirket tiltalte til fildeling ved at han satte brukerne i kontakt med hverandre, og på den måten muliggjorde fildelinger. Elementer som ligner på dette finner vi også på en torrent site; det er tilgjengeliggjøringen av torrent-filene som setter brukerne i kontakt med hverandre og muliggjør filutvekslingen.

I Drink or Die-dommen hadde en av de tiltalte vedlikeholdt og opprettholdt en IRC-tjeneste (Internet Relay Chat, en sanntids samtalejeneste i tekstform på internett) som brukerne av nettverket anvendte til å utveksle opplysninger om nettsadresse, brukernavn og passord til FTP-servere hvor det kunne utveksles rettighetsbeskyttede filer. Denne virksomheten ble bedømt som ulovlig medvirkning til fildeling.

Endelig kan TOSLO-2005-1066005 tas til inntekt for synspunktet, og koblingen til nettsider blir tydeligere. Tiltaltes handlinger var av tilsvarende art som driften og vedlikeholdet av IRC-tjenesten i Drink or Die. Han drev et nettforum som brukerne anvendte til å legge ut opplysninger om adresse, brukernavn og passord til FTP-servere hvor rettighetsbeskyttet materiale kunne lastes ned.

5.3.5 Sammenfatning

Etter dette ser vi at en del former for organisering og istandsettelse av fildeling etter forholdene kan være medvirkning ulovlig fildeling. Om den enkelte virksomhet som betraktes vil måtte vurderes som ulovlig medvirkning, beror på en konkret vurdering av tilknytning til fildelingen. I tillegg må den som driver aktiviteten utvise subjektiv skyld i form av forsett eller uaktsomhet. Av betydning her vil være hvordan virksomhetens egenreklame fremstår, i hvilken grad utveksling og tilgjengeliggjøring av filer og annet er en ønskelig og/eller godkjent aktivitet på tjenesten, og hvorvidt det må antas forsett eller uaktsom hva gjelder anvendelse av funksjonaliteten til å tilgjengeliggjøre rettighetsbeskyttede åndsverk.

Momenter som kan kaste lys over dette spørsmålet i bevisomgangen kan for eksempel være hvorvidt nettstedet overfor sine brukere tar avstand fra spredning av rettighetsbeskyttet materiale og hvordan de som driver nettstedet forholder seg til henvendelser fra rettighetshavere som har funnet sine verk tilgjengeliggjort via tjenesten. To kontraster her er The Pirate Bay og YouTube. Hensikten med nettstedet YouTube er å gjøre filmsnutter tilgjengelig for allmennheten. Det er åpenbart at tjenesten kan benyttes til ulovlig tilgjengeliggjøring av rettighetsbeskyttede verk. Imidlertid tar YouTube sterk avstand fra dette, og i vilkårene man må godta for å kunne laste opp en video er det et eksplisitt krav at man ikke laster opp materiale som man ikke eier rettighetene til. Videre er det opprettet rutiner for å fjerne tilgangen til slikt materiale dersom rettighetshaveren henvender seg til nettstedets representanter og godtgjør sin påstand om at de eier rettighetene. The Pirate Bay er nærmest den rake motsetningen; allerede i navnet aner man hva hensikten med nettstedet er. Selv om man nok ikke kan si at de som driver nettstedet direkte oppfordrer brukere til å spre rettighetsbeskyttet materiale, er kategoriseringen av nettstedet i kategorier for filmer i ulike sjangre, TV-serier og dataprogrammer for ulike plattformer tilsynelatende en implisitt velsignelse av aktiviteten. Når det gjelder henvendelser fra rettighetshavere nekter bakmennene å ta stilling til dem; tidligere ble de faktisk snarere lagt ut på nettstedet og gjort narr av.

I resten av denne fremstillingen legges det til grunn at fildelingshandlingene som omtales ville blitt bedømt som ulovlige av en domstol.

5.4 Forbud

Åndsverkloven inneholder ingen regler om adgangen til å få nedlagt rettslig forbud overfor krenkelser. Allikevel er forbudssanksjonen antatt å være en sentral sanksjon i opphavsretten, og det er ikke tvilsomt at domstolen kan avsi forbudsdom. Som nevnt er innholdet i opphavsretten og nærstående rettigheter utformet som eneretter, hvis *negative side* nettopp inneholder en rett til å forby andre å råde over åndsverket. Et krav om fullbyrdelse av denne retten vil innebære at fortsatt krenkelse forbys, og eventuelt at krenkeren pålegges en plikt til å bringe en pågående overtredelse til opphør⁹⁵.

Forbudssanksjonen og anvendelse av den i forbindelse med krenkelse av opphavsrett og nærstående rettigheter, og særlig spørsmål om hvem som kan være subjekt for forbud, behandler jeg i kapittel 8.

6 Internettleverandørene

6.1 Internetts infrastruktur og virkemåte

Wikipedia gir følgende overordnede beskrivelse av hva internett er⁹⁶:

⁹⁵ Jfr. Rognstad 2009 s. 400

⁹⁶ <http://en.wikipedia.org/wiki/Internett>

«The Internet is a global system of interconnected computer networks that use the standard Internet Protocol Suite (TCP/IP) to serve billions of users worldwide. It is a *network of networks* that consists of millions of private, public, academic, business, and government networks of local to global scope that are linked by a broad array of electronic and optical networking technologies. The Internet carries a vast array of information resources and services, most notably the inter-linked hypertext documents of the World Wide Web (WWW) and the infrastructure to support electronic mail.»

I dommen fra Oslo tingrett om spredning av pornografi via Usenet, hvor retten måtte ta stilling til handlinger som foregikk via internett, valgte retten å gjøre noen innledende betraktninger om hvordan internett fungerer. Fra dommen hitsettes:

«Internett er et verdensomspennende nettverk av datamaskiner hvor individer og institusjoner som brukere har tilgang på kommunikasjonstjenester og ressurser i nettverket. Basisen for kommunikasjonen mellom datamaskinene er signaler som befordres gjennom en internasjonal infrastruktur bestående av kabler, ledninger mv., typisk telekommunikasjonsnett. Selve kommunikasjonen mellom datamaskinene skjer ved tekniske standarder – protokoller – slik at signalene som sendes gjennom nettet blir identifisert, konvertert og behandlet innenfor et for de tilknyttede datamaskinene felles « språk ». Internettprotokollene kalles TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol).

Grunnlaget for dagens Internett ble utviklet innen det amerikanske forsvar i slutten av 1960-årene som et alternativt kommunikasjonssystem. Utover 1970-årene begynte forskningsinstitusjoner og universiteter også å benytte seg av denne kommunikasjonsteknologien. I slutten av 1980-årene overtok universitetene helt, idet det amerikanske forsvar trakk seg ut og utviklet sitt

eget nett. I begynnelsen av 1990-årene ble Internett åpnet for kommersiell trafikk og privat bruk slik vi kjenner det i dag.

For å få tilgang til nettet, må den enkelte bruker ha sin datamaskin (terminal) tilknyttet en leverandør av nettjenester (tjenesteyter). Tilknytningen kan være av forskjellig karakter, for eksempel direkte netttilknytning gjennom et modem fra leverandøren eller indirekte tilknytning gjennom et lokalt nettverk som igjen er knyttet til en internettnode. Globalt finnes det et stort antall tjenesteytere som hver for seg knytter sine brukere til det internasjonale nettverket. Internett består således av en rekke mindre nett koblet sammen til ett stort. Dette innebærer blant annet at det finnes et utall av kommunikasjonsveier. Dersom deler av nettet er inoperativt, tar meldingene en annen rute, og meldingene søker hele tiden den raskeste veien.

Internett som sådan har ingen eier og det finnes ingen egentlig sentral ledelse eller overnasjonal regulering av det. Det er derimot eiere til de enkelte nettverk som Internett består av og det er eiere til infrastrukturen som Internett forutsetter. Den enkelte tjenesteyter vil være underlagt lovgivningen i det land foretaket hører hjemme i, og kan dessuten gjennom sine abonnementsvilkår sette regler og retningslinjer for brukerne.»

Vi ser av beskrivelsene at internett ikke består av én enkeltstående aktør, og ikke er underlagt noens eksklusive kontroll. Den store masse som utgjør internett er et stort konglomerat av individuelle aktører, som alle eier og administrerer sin lille bit av det store hele. De grunnleggende elementene som utgjør dette hele kan deles i tre:

1. Data – informasjon – er lagret på datamaskiner på nettet. Mange av datamaskinene er dedikerte servere for websider, ren fillagring og epostkontoer. Men også private datamaskiner hjemme i folks stuer kan inneholde data som er tilgjengelig på internett.

2. For å slippe til på nettverket og kunne benytte dataene trenger den enkelte bruker tilgang til det. Med tilgang menes en av flere metoder for tilkobling av brukerens datamaskin til nettet.

3. Data må overføres i nettet. Kommunikasjonen av data mellom en sluttbruker og en server eller annen sluttbruker vil ofte passere gjennom mange deler av nettverket, og de ulike delene administreres av forskjellige aktører.

6.2 Rettslig regulering: ehandelsloven

Når jeg i denne fremstillingen anvender uttrykket «internettleverandør», tenker jeg på de aktørene som hver på sin måte bidrar til den underliggende infrastrukturen som utgjør internett, slik det er beskrevet i forrige avsnitt – og særlig de aktørene som utfører sin virksomhet i profesjonell kapasitet. Men det er ikke med det umiddelbart klart hva en internettleverandør *er og gjør*, og hvem som er internettleverandør. I vanlig språkbruk anvendes ordet som oftest om det selskapet men betaler for å «ha internett», typisk bredbåndsløseleverandører som for eksempel Telenor og NextGenTel. Virksomheten til disse og andre selskaper er imidlertid ikke ensartet, og for å komme nærmere en klar definisjon er det nødvendig med en nærmere oppdeling basert på de ulike formene for virksomhet. Et naturlig utgangspunkt for denne oppdelingen er definisjonene i ehandelsloven⁹⁷, som trådte i kraft i 2003 for å gjennomføre ehandelsdirektivet⁹⁸ i norsk rett⁹⁹.

⁹⁷ Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester, 23. mai 2003 nr. 35.

⁹⁸ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/31/EF, 8. juni 2000

⁹⁹ Jfr. Ot. prp. nr. 31 (2002–2003)

6.2.1 Leverandør av informasjonssamfunnstjeneste

Ifølge ehandelsloven § 1 gjelder den for offentlige myndigheters regulering av og kontroll med *elektronisk handel* og *andre informasjonssamfunnstjenester*. Hva loven forstår med det uskjønne begrepet informasjonssamfunnstjeneste er forklart i annet ledd. Det er to grupper i hovedinndelingen:

- a) enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag og som formidles elektronisk, over avstand og etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker, samt
- b) enhver tjeneste som består i å gi tilgang til, eller overføre informasjon over, et elektronisk kommunikasjonsnett, eller i å være nettvært for data som leveres av tjenestemottakeren.

Den *første* hovedgruppen, i litra a, gjelder tjenester som leveres til brukere via de tjenestene som utgjør internetts infrastruktur¹⁰⁰. Disse kan kalles *innholdstjenester* og er foreløpig ikke interessant i vår sammenheng.

Den *andre* hovedgruppen, i litra b, omhandler som vi ser nettopp de tjenestene som til sammen danner internetts infrastruktur. At internett er et slikt «elektronisk kommunikasjonsnett» som loven omtaler, er ikke tvilsomt¹⁰¹. De aktørene som leverer slike tjenester er altså å regne som leverandør av informasjonssamfunnstjeneste etter loven, og det er de leverandører av de tjeneste som omfattes av § 1 annet ledd litra a jeg i omtaler som *internettleverandører* i denne fremstillingen.

¹⁰⁰ Jfr. Sunde 2006 s. 246–247

¹⁰¹ Jfr. for eksempel Jfr. Ot. prp. nr. 31 (2002–2003) s. 14

6.2.1.1 Litt om skillet mellom tjenester som formidles og formidlingen av dem

Lovens skillet mellom innholdstjenester – *tjenester som formidles* – i § 1 annet ledd litra a og *selve formidlingen* av dem i litra b, har først og fremst betydning i relasjon til reglene om ansvarsavskjæring for tjenesteytere i ehandelsloven §§ 16–18. Jeg kommer tilbake til disse reglene i kapittel 7, men påpeker her at de gjelder kun for formidlere i § 1 annet ledd litra b¹⁰². Jeg skal gi en oversikt over enkelte implikasjoner av dette.

Alle innholdstjenester som formidles må «finnes på internett», og de må overføres til sluttbrukeren. At en tjeneste finnes på internett innebærer at innholdet og funksjonene i tjenester er lagret på en server, og at sluttbrukere har tilgang til tjenesten via nettverket. Hvis jeg lager en internettside hvor brukere kan laste opp bilder de har tatt med mobiltelefon av sitt daglige liv og levnet for å dele dem med andre brukere, vil jeg benytte en nettvært for lagring av innholdet på en webserver. Når brukere går inn på nettadressen til min tjeneste, overføres innholdet – som er lagret på nettværtens server – til sluttbrukeren. Vi ser her at både nettverten og jeg er tjenesteytere, og både brukerne mine og jeg er tjenestemottakere. Jeg er tjenesteyter etter § 1 annet litra a overfor mine brukere, og tjenestemottaker av den lagringstjenesten nettverten leverer meg etter litra b. Brukerne mine er også mottakere av tilgangs- og lagringstjenester etter litra b. Viktigheten av skillet blir synlig hvis jeg bestemmer meg for å gjøre tjenesten min ulovlig, for eksempel ved å oppfordre til og la brukerne mine legge ut rettighetsbeskyttete åndsverk som de selv ikke eier rettighetene til fremfor egne bilder. Nettverten min, som leverer en tjeneste omfattet av litra b, er antagelig omfattet av ansvarsavskjæringsreglene og kan ikke straffes. Jeg, som leverer en tjeneste som er omfattet av litra a, kan *ikke* påberope meg ansvarsavskjæringsreglene under henvisning til at jeg leverer en informasjonssamfunnstjeneste og nyter ansvarsavskjæring, fordi reglene ikke gjelder for tjenester omfattet av litra a.

¹⁰² Jfr. Sunde 2006 s. 246

Det kan innvendes mot dette at forarbeidene til ehandelsloven åpner for å betrakte et webforum som en tjeneste omfattet av begrepet nettvært i litra b. På side 14, andre spalte, siste avsnitt heter det:

«Det vil også kunne være en hosttjeneste å tilby elektronisk anslagstavle. Dette er en Internettjeneste som tilbyr brukerne å ta del i det materiale andre her har lagt ut, eller brukeren kan selv legge ut eget materiale. På denne måten kan man for eksempel bytte dataprogrammer, bilder og musikkfiler eller foreta skriftlige dialoger i realtid over Internett («chatte»).

Formuleringen «vil ... kunne være» er etter min mening ganske vag, og det er ikke angitt noen forklaring på hvilke momenter som skal legges til grunn i en vurdering av hvilke typer webforum som vil kunne være å betrakte som nettvært og omfattet av beskrivelsen i § 1 annet ledd litra b. Den nærmere grensegangen omkring dette behandles ikke her, men spørsmålet – særlig i relasjon til spørsmålet om det kan antas et tradisjonelt redaktøransvar på internett – er behandlet av både Bing¹⁰³ og Manshaus¹⁰⁴.

Vi ser altså at i forbindelse med fildeling kan skillet bli viktig. De leverandørene som lagrer og overfører data på vegne fildelerne – brukerne – kan være omfattet av ansvarsavskjæringsreglene. Det er ikke brukerne, uavhengig av om deltagelsen organiseres som en slags informasjonssamfunnstjeneste. Det samme gjelder for medvirkerne, for eksempel de som driver en torrent site eller en nettside hvor rettighetsbeskyttet materiale kan streames uten tillatelse fra rettighetshaverne. Bing tar til orde for en forståelse av Direct Connect som kan tas til inntekt for et synspunkt i samme retning der¹⁰⁵. Han skriver

¹⁰³ Bing 2008. Spørsmålet er hovedtemaet i boken.

¹⁰⁴ Manshaus 2005

¹⁰⁵ Bing 2008 s. 215

at mannen som drev de tre DC-hubene snarere enn noe annet leverte en funksjonalitet, og at ansvarsavskjæringsreglene derfor ikke ville kunne komme til anvendelse.

6.3 Tjenestenes innhold og rollen i fildeling

Ehandelsloven § 1 annet ledd litra b deler inn internettleverandører i tre undergrupper. De er for det første de internettleverandørene som gir *tilgang* til internett. For det andre er det de aktørene som *overfører informasjon* over internett, altså de som forestår kommunikasjonen. For det tredje er det de som er *nettvert for data*, altså de som tilbyr ulike lagringstjenester.

Nedenfor utdyper jeg noe om de tre gruppene, og knytter tjenestene som leveres til bruken i forbindelse med fildeling.

6.3.1 Tilgang

Tilgangsleverandører er de som gir kunder et tilkoblingspunkt mot internett, som regel mot vederlag. Gruppen omfatter typisk den aktøren vi intuitivt oppfatter som vår egen internettleverandør, nemlig den vi betaler løpende abonnement hos for å ha tilgang til internett.

Den rene tilgangsleverandørens rolle i fildeling er helt enkelt at det er han som gjennom sin tjeneste gir brukerne tilgang til internett, hvor fildelingen foregår.

6.3.2 Overføring

Teknisk sett skjer overføringen av data over internett via mange ledd, og i form av små pakker. Som eksempel kan vi for eksempel si at jeg, hjemme i Norge, leser en amerikansk nettavisen. Innholdet i avisen vil være lagret på en server i USA, og dataene må overføres til min datamaskin for at jeg skal kunne få opp avisen i nettleseren min. Slik overføring

kalles gjerne «mere conduit», på norsk *ren videreformidling*. Det tekniske hendelsesforløpet er forklart slik i forarbeidene til ehandelsloven¹⁰⁶:

«Under oversendelse av informasjon i et nettverk skjer det rent teknisk utallige reproduksjoner av den aktuelle informasjonen. Denne reproduksjonen skjer ved en prosess som består i at data som blir oversendt i nettverket blir splittet opp i små deler kalt «packets». Datapakkene blir lest av datamaskiner i nettverkets knutepunkter, kjent som «rutere», og blir deretter dirigert i riktig retning. En e-postmelding for eksempel kan fordeles i ulike pakker som passerer ulike rutere og servere på sin vei til sluttdestinasjonen. Den informasjonen som transporteres over Internett kommer derfor, i deler eller i sin helhet, til automatisk å bli mellomlagret på andres servere og rutere. Slik mellomlagring er nødvendig for at overføringen skal kunne gjennomføres.»

I forbindelse med fildeling utfører tjenesteyterne denne overføringen mellom brukerne kontinuerlig, og av alle filene som kopieres mellom brukerne fremstilles det altså utallige kopier i form av nødvendig mellomlagring. Dette kan ses på som *midlertidig eksemplarframstilling* omfattet av åndsverkloven § 2 i stor skala¹⁰⁷.

6.3.3 Lagring

Om «nettvert for data» kan man lese i forarbeidene til ehandelsloven: «Den som vil legge en nettside ut på Internett, men som ikke har en egen webserver med permanent Internettoppkobling, kan leie en slik lagringsplass. Slike tjenester tilbys av mange teleoperatører og av portaler, som for eksempel Nextra og Tele 2.» Den sentrale gruppen av

¹⁰⁶ Ot. prp. nr. 31 (2002–2003) s. 14

¹⁰⁷ Jfr. Rognstad 2009 s. 153

aktører som omfattes er altså de som står for selve lagringen av alt det innholdet som finnes på internett.

Disse aktørenes rolle i forbindelse med fildeling er åpenbar. Alle filer som utveksles via andre former for fildeling enn P2P-løsninger vil måtte være lagret på en server, og det alt overveiende flertall av slike servere vil være en del av tjenester tilbudt av profesjonelle aktører. Serverne som utgjør lagringstjenesten kan spille rollen som webserver, hvor det gis tilgang til filen via en nettside, eller FTP-server. Enn videre må selve det nettstedet brukerne besøker for å få tilgang til lenker, torrentfiler og lignende være lagret på en slik server, og for sistnevnte også torrentfilene som sådan. Det samme gjelder for nettsteder som tilbyr streaming av film og musikk; filene må være lagret på en server.

6.4 Objektiv medvirkning?

Alle lovbrudd må skje fra eller på et *sted*. I forbindelse med fildeling er dette «stedet» internett¹⁰⁸. Det åpner for å undersøke om internettleverandørene gjennom å utøve sin aktivitet kan anses som medvirkende til fildelingen ved at de har stilt et sted som er egnet til å foreta de straffbare handlingene til rådighet for fildelerne.

Problemstillingen kan belyses ved å se på Rt. 1995 s. 820 (Hjemmebrent). Saken handlet om utleie av lokaler som skulle brukes til produksjon av hjemmebrent. Ved inngåelse av avtalen ble utleieren gjort oppmerksom på at lokalet skulle brukes til hjemmebrenning, men det hindret ham ikke i å inngå avtalen. Han ga imidlertid beskjed om at han ikke ville bli dratt inn i hjemmebrentproduksjonen. Høyesterett avgjorde at det var langt fra tilstrekkelig til å fritta ham for straffansvar. Når han hadde leid ut lokalet vel vitende om at det skulle anvendes til produksjon av hjemmebrent, hadde han helt klart medvirket til at produksjonen kom i stand og kunne fortsette.

¹⁰⁸ Jfr. Sunde 2006 s. 244

Vi ser altså at det å stille til disposisjon et sted hvor lovbruddene kan foregå etter forholdene kan være straffbar medvirkning. Spørsmålet er om internettleverandørene, ved å stille *internett* til rådighet, kan anses for å medvirke til fildelingen. Dette spørsmålet tok tingretten særlig stilling til i sin avgjørelse av Telenor-saken. På side 8 i kjennelsen står det:

«Telenors aktive handlinger består i å tilby den nødvendige infrastrukturen og nødvendige tjenesten for å overføre datatrafikk slik at rettighetskrenkelsen kan finne sted. Videre utfører Telenor aktive driftsoppgaver for å tilby denne tjenesten, som drift, vedlikehold og brukerstøtte. (...)

Retten finner etter bevisforselen at Telenors aktive handlinger i seg selv innebærer en fysisk medvirkning til krenkelsene. Det vises til at nettverket er en nødvendig fysisk forutsetning for at rettighetsltrenkelsene kan finne sted.»

Det ser ikke ut til at lagmannsretten har tatt avstand fra denne innledende, objektive vurderingen i sin behandling av ankesaken.

Etter dette ser vi at som utgangspunkt er internettleverandørenes handlinger *objektivt sett* medvirkning til brukernes fildelingsaktivitet. Det er imidlertid ikke dermed sagt at medvirkningshandlingene er ulovlige. For at de skal bli det må straffbarhetsbetingelsene være oppfylt. Det vil si at det må foreligge subjektiv skyld hos internettleverandøren, og handlingene må kunne betraktes som rettsstridige¹⁰⁹. Disse momentene behandler jeg i neste kapittel.

¹⁰⁹ Jfr. Andenæs 2004 s. 101

7 Straff- og erstatningsansvar

Som vi har sett, kan internettleverandørene objektivt sett anses som medvirkere til fildeling. De øvrige kravene som må oppfylles for at de skal bli straff- og erstatningsansvarlige behandler jeg her. I tillegg til de tradisjonelle straffe- og erstatningsrettslige grunnene for fritak – at det ikke foreligger subjektiv skyld og/eller klanderverdig atferd – kompletteres imidlertid for internettleverandørenes del av ehandelslovens regler om ansvarsavskjæring. Fordi det bare er unntaksvis internettleverandørene vil befinne seg utenfor disse og falle i straff- eller erstatningsansvar, er det ansvarsavskjæringsreglene som vies størst plass.

7.1 Ansvarsavskjæringsreglene

Reglene om ansvarsavskjæring for internettleverandører er gitt i ehandelsloven §§ 16–18. Reglene er gitt som generelle angivelser av situasjoner hvor leverandørene ikke er strafferettslig eller erstatningsrettslig ansvarlig (§§ 16 og 17) og situasjoner hvor de bare er ansvarlige under gitte forutsetninger (§ 18). Det tilsynelatende overflødige bakteppet for reglene er gitt i § 15: «For tjenesteyter som overfører informasjon, gir tilgang til et kommunikasjonsnettverk eller lagrer informasjon gjelder de alminnelige rettsregler om erstatningsansvar og straffeansvar hvis ikke annet følger av §§ 16-18.» Dette utgangspunktet bidrar imidlertid til å synliggjøre at reglene §§16–18 ikke utgjør hjemmel for straff- eller erstatningsansvar selv om forutsetningene for ansvarsavskjæring ikke er oppfylt. Ansvarsavskjæringsreglene er utelukkende unntak fra bakgrunnsretten, og et eventuelt straff- eller erstatningsansvar må hjemles der.

7.1.1 Bakgrunnsretten

Regler som kan begrunne straff- eller erstatningsansvar er §§ 54 og 55 i åndsverkloven. Som nevnt må internettleverandørene ha utvist subjektiv skyld, klanderverdig oppførsel i en eller annen form, for å rammes av reglene. I de strafferettslige spørsmålene blir den generelle rettsstridsreservasjonen et viktig vurderingsgrunnlag.

7.1.1.1 Rettsstridsreservasjonen

Den generelle rettsstridsreservasjonen kan ses på som et generelt prinsipp om innskrenkende tolkning av straffebud, med rot i det strenge strafferettslige lagalitetsprinsippet. Andenæs formulerer det som «en generell reservasjon fra lovgiverens side om at det ikke er meningen å ramme alle de tilfelle som ellers ville gå inn under beskrivelsen i straffebudet». I sin kjennelse i Telenor-saken fant tingretten grunn til å undersøke hvordan situasjonen ble for internettleverandørens medvirkningshandlinger når de ble underlagt en rettsstridsvurdering. Retten finner at «medvirkningshandlingene ikke er konkret rettet verken mot Telenors enkelte kunder og deres handlinger, eller mot The Pirate Bays handlinger. Telenor handler på samme måte uansett om deres tjeneste brukes til et lovlig eller ulovlig formål. Dette tilsier etter rettens syn at medvirkningen ikke anses som rettstridig.» Grunnen til at retten finner det formålstjenlig med en rettsstridsreservasjon selv om saken ikke var en straffesak, men en sivil sak med krav om rettslig forbud, var saksøkernes påstand om at forbudssanksjonen for nærværende tilfelle måtte hjemles i straffebudet for medvirkning til rettighetsbrudd i åndsverkloven § 54. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor i kapittel 8.

Kjennelsen ble anket, og lagmannsretten ser ut til å slutte seg til tingrettens vurdering av internettleverandørens handlinger sett i lys av rettsstridsreservasjonen. Det uttales: «Det er ikke naturlig å se Telenors aktivitet som leverandør av et nettverk som straffbar medvirkning til at noen av Telenors kunder via The Pirate Bay direkte seg imellom laster opp eller laster ned opphavsrettslig beskyttet materiale. Telenors nøytrale og tekniske bidrag til disse handlingene er for fjerne til at de i lovens forstand unne ha blitt karakterisert som ulovlige og straffbare handlinger.»

Basert på disse betraktningene, ser det ut til at de av internettleverandørens alminnelige handlinger som de gjør i egenskap av å være internettleverandør, handlinger som er ledd i drift og vedlikehold av tjenestene, neppe kan betraktes som rettstridige.

7.1.1.2 Litt om ansvarsavskjæring og ytringsfrihet

I en artikkel¹¹⁰ om ansvarsavskjæringsreglene skrevet før lovreglene som gjennomførte ehandelsdirektivet i norsk rett ble vedtatt, skriver Bing om fritaksregelen for vertstjenester i art. 14 at den «åpenbart» har et vanskelig forhold til ytringsfriheten. Denne observasjonen fremstår som noe upresis, idet bestemmelsen i ehandelsdirektivet jo er en regel som *unntar* fra ansvar i tilfeller der bakgrunnsretten ellers ville kunne ha medført ansvar. I så fall er det ikke direktivet som har et vanskelig forhold til ytringsfriheten, men den tolkningen man prejudisielt har gjort av bakgrunnsretten. Ansvarsbegrensningsbestemmelsen virker i et landskap hvor det potensielt kan oppstå problemer i forhold til ytringsfriheten, men i og med at bestemmelsen nettopp handler om *ikke*-ansvar kan den ikke selv være i et anstrengt forhold til ytringsfriheten. Situasjonen må være den omvendte: Hvis man i et gitt tilfelle finner at ansvarsbegrensningsregelen ikke kommer til anvendelse, og bakgrunnsretten i det aktuelle tilfellet fører til et resultat som er vanskelig i forhold til ytringsfrihet, er det nettopp i bakgrunnsretten man finner problemet – ikke i ansvarsbegrensningen i ehandelsloven. Det kan tenkes at en noe annerledes formulering av ansvarsbegrensningsregelen ville ha unntatt for ansvar i den konkrete situasjonen man finner problemet i, og at denne annerledes utformede ansvarsbegrensningsregelen ville ha reddet den problematiske situasjonen i bakgrunnsretten fra å stå i konflikt med ytringsfriheten, men at det ikke har slått til. I så fall er det fortsatt i bakgrunnsretten problemet faktisk og rettslig oppstår, ikke i ansvarsbegrensningsregelen som ikke kommer til anvendelse.

Synspunktet om det åpenbart vanskelige forholdet fritaksregelen har til ytringsfriheten er senere korrigert av Bing selv¹¹¹, men det bidrar til å belyse viktigheten av å være nøyaktig med hensyn til vurderingsgrunnlagene når man har å gjøre med ansvarsavskjæringsreglene i ehandelsloven.

¹¹⁰ Bing 2004

¹¹¹ Bing 2008 s. 232

7.1.2 Overføring og tilgang

Ansvarsavskjæring i forbindelse med den rene videreformidling av informasjon fra en internett-tjeneste til en sluttbruker er gitt i ehandelsloven § 16: «En tjenesteyter som overfører informasjon for en tjenestemottaker i et kommunikasjonsnettverk, er ikke strafferettslig eller erstatningsrettslig ansvarlig for innholdet i den overførte informasjonen» (første ledd) dersom tre forutsetninger er oppfylt. Det kan ikke være internettleverandøren som på eget initiativ igangsetter overføringen (litra a), det kan ikke være internettleverandøren som velger mottakeren for overføringen (litra b), og internettleverandøren kan ikke selv bestemme *hva* som skal overføres eller *endre* innholdet i overføringen underveis.

I forbindelse med kundenes anvendelse av internettlinjer er situasjonen uproblematisk. Det vil alltid være brukerne som bestemmer hva som skal overføres til hvem og igangsetter overføringen. Ved denne bruken av tjenesten er det heller ikke sannsynlig at internettleverandøren i forbindelse med overføringen går inn og endrer på innholdet som overføres.

I annet ledd klargjøres at også «automatisk, mellomliggende og kortvarig lagring av den overførte informasjonen» er omfattet. Det er her snakk om den omfattende kopieringen og videresendingen av pakker som skjer når informasjon sendes via flere ledd og undernettverk for å nå fra avsender til mottaker, som er nødvendig for i det hele tatt å kunne overføre informasjon. Det som ellers ville kunne anses som omfattende midlertidig eksemplarframstilling er det altså gitt ubetinget fritak for hva gjelder straff og erstatning.

Reglene i § 16 gjelder for tilgangsløse til like med overføring, jfr tredje ledd.

7.1.3 Visse mellomlagringstjenester

Lovens § 17 gir et like romslig og generelt fritak fra straff og erstatning for informasjon som «automatisk, mellomliggende og midlertidig lagres utelukkende for å gjøre

overføringen til andre tjenestemottakere mer effektiv». Det er her tale om en type mellomlagring som er delvis mer permanent enn den helt forbigående i § 16 annet ledd. Forøvrig er sammenhengen med § 16 klar, og det er presisert at regelen gjelder de samme leverandørene. I forarbeidene er aktivitetet det er tatt sikte på å verne omtalt som «caching», og det fremgår at det er anvendelsen av *proxyservere* som vernes¹¹². Hva proxyservere benyttes til beskrives slik:

«Servercaching, eller proxycaching, innebærer at en tjenesteyter lagrer informasjon på sine lokale servere (proxyservere). Forenklet beskrevet fungerer dette slik at populære nettsider som har mange besøkende lagres på en server nærmere kunden. På denne måten skapes flere kopier av same nettside, såkalte cachekopier. De som besøker nettsiden behøver da ikke styres til den opprinnelige sidens server, men kan i stedet styres til de cachekopier som ligger nærmest. Dette minsker belastningen på nettet, det går forttere og er mer effektivt.»

I forbindelse med slik proxycaching kan det altså tenkes at i enkelte tilfeller vil filer som inneholder åndsverk være lagret på internettleverandørens servere i lengre tid. Allikevel vil internettleverandøren være fritatt fra straff- og erstatningsansvar etter § 17, forutsatt at de videre vilkårene i annet ledd er oppfylt. Ansvarsavskjæringen kommer bare til anvendelse dersom «tjenesteyteren uten ugrunnet opphold fjerner eller sperrer tilgang til den lagrede informasjonen når tjenesteyter har fått kunnskap om at en domstol, en offentlig myndighet eller et særskilt organ utpekt av departementet i forskrift har gitt pålegg om å fjerne eller sperre tilgangen til informasjonen. Det samme gjelder når tjenesteyter har mottatt underretning om at informasjonen er fjernet fra opprinnelsesstedet eller at tilgangen til informasjonen er sperret.»

¹¹² Ot. prp. nr. 4 (2003–2004) s. 7

Selv om ansvarsavskjæringen ikke skulle komme til anvendelse fordi internettleverandøren har latt informasjon som for eksempel åndsverk lagre utover de rammene som oppstilles i annet ledd, havner ikke leverandøren automatisk i straff- og erstatningsansvar. For at det skal inntre, må det i henhold til bakgrunnsretten foreligge et subjektivt moment hos leverandøren med hensyn til overtredelsen.

7.1.4 Lagring

Av de tre gruppene aktører som faller under beskrivelsen i ehandelsloven § 1 annet ledd litra b, er det bare *nettvertene* som ikke omfattes av ansvarsavskjæringsreglene i §§ 16 og 17. I § 18 med overskriften «Ansvarsfrihet for visse lagringstjenester» er det gitt regler som gjelder for «En tjenesteyter som lagrer informasjon på oppfordring fra en tjenestemottaker». Selv om formuleringen ikke er helt sammenfallende med formuleringen «å være nettvært for data som leveres av tjenestemottakeren» er det sannsynligvis nettværter regelen omfatter¹¹³.

Nettværter kan havne i straff- eller erstatningsansvar for «lagring av ulovlig informasjon eller medvirkning til ulovlig virksomhet ved lagring av informasjon» *kun* ved utvist subjektiv skyld. For straff er skyldkravet *forsett* for at ansvarsavskjæringen ikke skal komme til anvendelse (litra a), og for erstatning er kravet *forsett eller grov uaktsomhet* (litra b). I forhold til fildeling kan det ved første øyekast se ut som om ansvarsavskjæringen er helt overflødig, idet det allerede kreves subjektiv skyld for at internettleverandøren skal havne i ansvar. Skyldkravet i ehandelsloven § 18 er imidlertid strengere enn i åndsverkloven §§ 54 og 55. Etter åndsverkloven kreves kun simpel uaktsomhet for både straff og erstatning. En internettleverandør som på grunn av simpel uaktsomhet kan anses som ansvarlig for ulovlig tilgjengeliggjøring ved lagring, vil altså allikevel være fritatt på grunn av det strengere skyldkravet i ehandelsloven § 18.

¹¹³ Jfr. Sunde 2006 s. 248 og Bing 2008 s. 229

I annet ledd går § 18 enda lenger: «Tjenesteyteren er i alle tilfelle straffri eller fri fra erstatningsansvar dersom han uten ugrunnet opphold treffer nødvendige tiltak for å fjerne eller sperre tilgangen til informasjonen etter at forsettet eller den grove uaktsomheten etter første ledd forelå.»

Forsettkravet i § 18 er basert på en formulering om *positiv kunnskap* i ehandelsdirektivet¹¹⁴. Det må da altså være slik å forstå at hvis nettverten innehar sikker kunnskap om at materiale som er lagret på hans server krenker opphavsretten eller nærstående rettigheter, utviser han forsett med hensyn til *fortsatt lagring* dersom han ikke straks – uten ugrunnet opphold – fjerner eller sperrer tilgangen til det krenkende materialet.

For det tilfellet at tilbydere av webforum og lignende omfattes av betegnelsen «nettvert» i § 1 (se ovenfor i 6.2.1.1), gir dette et interessant sammenfall med angivelsen jeg har gitt av enkelte momenter som kan legges til grunn i vurderingen av om en nett-tjeneste er å betrakte som ulovlig medvirkning til fildeling eller ikke – eksemplifisert ved ulikhetene mellom YouTube og The Pirate Bay – ovenfor i 5.3.5. Hvis den som driver en webtjeneste der brukere kan legge ut videoer og lignende sletter innhold som krenker opphavsretten og nærstående rettigheter straks forsettet hans foreligger – altså når han oppnår positiv kunnskap om videoens eksistens og dens krenkelse av andres eneretter – følger det av § 18 annet ledd at han går fri fra straff- og erstatningsansvar.

Det ligger i forsettbegrepet at også forsettformen *dolus eventualis* og *forsettlig uvitenhet* er omfattet¹¹⁵.

¹¹⁴ Ot. prp. nr. 4 (2003–2004) s. 26

¹¹⁵ Op. cit. s. 26–27

7.1.5 Enkelte midlertidige eksemplarer

Vi finner en regel om ansvarsfritak som gjelder for internettleverandører i forbindelse med ulovlig fildeling også i åndsverkloven § 11a. Denne gjelder når en «tilfeldig eller forbigående fremstilling av midlertidig eksemplar utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess» dersom den tekniske prosessen har til *eneste formål* å muliggjøre lovlig bruk av et verk (litra a) eller overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter (litra b). Det følger av litra b at leverandøren av tilgangs- eller overføringstjeneste er fri fra ansvar for den midlertidige eksemplarfremstillingen som skjer i hans nett i forbindelse med overføring av data fra en bruker til en annen, selv om kopieringsgrunnlaget ikke er lovlig etter § 12 fjerde ledd.

8 Rettslig forbud

Opphavsrettsdirektivet har i art. 8(3) et krav om at rettighetshavere skal kunne gå til domstolen for å få et rettslig pålegg overfor mellommenn om å bringe overtredelser av opphavsretter til opphør. I vår lovgivning er det ingen positiv regel tilsvarende opphavsrettsdirektivet art. 8(3), så det er nødvendig å undersøke om vi har andre rettsgrunnlag som gir rettighetshavere denne muligheten. Kan overtredere dømmes til å slutte med den aktiviteten eller virksomheten som utgjør lovbruddet, og gjelder eventuelt en slik adgang også overfor mellommenn? Hvilke vilkår må i så fall oppfylles?

Sakens kjerne er koblingen mellom kravet om å kunne gå til «intermediary» i art. 8(3), ansvarsavskjæringen for mellommenn i ehandelsloven, spørsmålet om det i norsk rett foreligger hjemmel til allikevel å pålegge mellommenn å bringe en overtredelse til opphør.

8.1 Opphavsrettsdirektivet art. 8(3)

I dette avsnittet behandler jeg det materielle innholdet i opphavsrettsdirektivet art. 8(3), og de kravene vedtaket i EØS-komiteen om å innta det i vedleggene til EØS-loven innebærer for Norge.

8.1.1 Implementeringens rettslige side

Det følger av art. 7 i EØS-avtalen – som er gjort gjeldende som norsk lov gjennom EØS-loven § 1 – at EU-rettsakter som etter vedtak i EØS-komiteen besluttet inntatt i vedlegg til EØS-avtalen skal gjennomføres i avtalepartenes nasjonale rettsorden. For direktiver bestemmer art. 7 litra b at det overlates «til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen».

Dette innebærer at Norge har plikt til å gjennomføre reglene i opphavsrettsdirektivet, dog slik at lovgiver har en relativ frihet til å avgjøre hvordan harmoni mellom nasjonal rett og kravene i direktivet. Denne friheten gjelder innenfor visse rammer. Reglene kan gjennomføres ved endringer og suppleringer av eksisterende nasjonalt lovverk, og kan altså omskrives for å passe inn – forutsatt at det materielle innholdet forblir det samme¹¹⁶. Det må også innfortolkes et krav om at gjennomføringen må gjøre rettstilstanden hva gjelder det materielle innholdet i direktivet klar og utvetydig, og forutberegnelig for landets borgere¹¹⁷. Som hovedregel vil dette bety at de materielle reglene må fremkomme uten tvilsomme tolkningsspørsmål i lov eller forskrift. Hvis de materielle reglene allerede klart er gjeldende nasjonal rett, er det adgang til helt enkelt å fastslå samsvar¹¹⁸.

¹¹⁶ Jfr. Sejerstad et al. 2004 s. 186

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Op. cit. s. 187

8.1.2 Implementeringens faktiske side

Opphavsrettsdirektivet¹¹⁹ ble gjennomført i norsk rett ved endringen av åndsverkloven i 2005¹²⁰. Bestemmelsen i art. 8(3) medførte ingen endring i norsk rett ved gjennomføringen av direktivet; den er faktisk slett ikke omtalt i forarbeidene.

8.1.3 Det materielle innholdet i direktivet

I den engelske originalversjonen av direktivteksten lyder art. 8(3) slik:

«Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.»

Den offisielle norske oversettelsen lyder:

«Medlemsstatene skal påse at rettighetshaverne har mulighet til å kreve midlertidig forføyning overfor mellommenn hvis tjenester brukes av en tredjemann til å gjøre inngrep i en opphavsrett eller beslektet rettighet.»

Bestemmelsen må leses i lys av fortalen avsnitt 59. I den engelske originalteksten lyder den:

«In the digital environment, in particular, the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an

¹¹⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF

¹²⁰ Jfr. Ot. prp. nr. 46 (2004–2005)

injunction against an intermediary who carries a third party's infringement of a protected work or other subject-matter in a network. This possibility should be available even where the acts carried out by the intermediary are exempted under Article 5. The conditions and modalities relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States.»

Og i offisiell norsk språkdrakt:

«Mellommenns tjenester kan, særlig i det digitale miljø, i økende grad bli brukt av tredjemann til å gjøre inngrep. I mange tilfeller er det mellommennene som best kan bringe slike inngrep til opphør. Uten at andre tilgjengelige sanksjoner og klageadgang berøres, bør rettighetshaverne derfor ha mulighet til å kreve midlertidig forføyning overfor en mellommann som formidler en tredjemanns inngrep i et beskyttet verk eller et annet beskyttet arbeid i et nett. Denne muligheten bør finnes også dersom mellommannens handlinger omfattes av et unntak i henhold til artikkel 5. Vilkårene og nærmere regler for slike forføyninger bør fastsettes i medlemsstatenes nasjonale lovgivning.»

8.1.3.1 «apply for an injunction»

I den engelske versjonen av EU-direktivet heter det i fortalen avsnitt 59 at «rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary».

Tilsvarende heter det som nevnt i art. 8(3) at rettighetshavere skal være «in a position to apply for an injunction against intermediaries».

I den danske versjonen heter det «rettighedshaverne derfor [bør] have mulighed for at kræve nedlagt forbud over for en mellemmand» og «at rettighedshaverne kan kræve nedlagt forbud over for mellemænd», og i den svenske «rättsinnehavare [bör] därför ha möjlighet att begära ett föreläggande mot en mellanhand» og «att rättsinnehavare har möjlighet att begära ett föreläggande gentemot mellanhänder». I den norske oversettelsen

av direktivet¹²¹ heter det kuriøst nok at «rettighetshaverne [bør] derfor ha mulighet til å kreve *midlertidig forføyning* overfor en mellommann» (min utheving) og «at rettighetshaverne har mulighet til å kreve *midlertidig forføyning* overfor mellommenn» (min utheving).

EØS-komiteens beslutning om å innlemme opphavsrettsdirektivet ble forelagt Stortinget for samtykke til godkjenning ved St.prp. nr. 6 (2004-2005). I den foreløpige norske oversettelsen av opphavsrettsdirektivet som var vedlagt proposisjon, var begrepet «rettslig forbud» anvendt om det som i den endelige oversettelsen ble «midlertidig forføyning».

Det som på engelsk omtales som «injunction», har altså på norsk blitt til «midlertidig forføyning». Det er ikke tvilsomt at en *injunction* kan være både et endelig og et foreløpig forbud. Tilsvarende kan et *forbud* i dansk rett være både en endelig og en midlertidig sanksjon. Presiseringen i den norske oversettelsen er derfor interessant. Heller ikke i Norge kan det være tvil om at rettslig forbud kan være både et foreløpig forbud bestemt ved midlertidig forføyning, og et endelig forbud nedlagt ved dom i fullbyrdelsessøksmål etter full realitetsprøving i hovedforhandling¹²².

Det kan på dette grunnlag være fristende å tolke presiseringen i den norske oversettelsen dithen at man i realiteten har søkt å innsnevre kravet om sanksjonsadgang til å kun å gjelde midlertidige forbud. En slik tolkning har imidlertid lite for seg. Det følger klart av norske prosessregler at adgangen til midlertidig forføyning er betinget av at man kan få endelig dom for hovedkravet hvis realitetsbehandlingen i hovedforhandling viser at de materielle vilkår er oppfylt¹²³.

¹²¹ Publisert i EØS-tillegget nr. 16/2007/s. 298.

¹²² Jfr. for eksempel Garlie 2008

¹²³ Jfr. tvisteloven § 34-2. Se også

Hvis man ikke kan vise til et hovedkrav som det er mulig å få endelig dom for, kan man heller ikke få midlertidig forføyning. Følgelig er det slik at når den norske direktivteksten forlanger adgang til midlertidig forføyning, impliserer det også et krav om at det må være adgang til endelig forbud nedlagt ved dom (eller kjennelse) etter hovedforhandling.

8.1.3.2 «intermediaries whose services»

Det er nokså klart at begrepet «intermediaries» omfatter internettleverandører. Allikevel ble spørsmålet om også *tilgangsleverandører* reist i sak C-557/07 (Tele2) for EU-domstolen. Domstolen påpekte at tilgangsleverandører «provide a service capable of being used by a third party to infringe a copyright or related right, inasmuch as those access providers supply the user with the connection enabling him to infringe such rights.» Under henvisning til at rettighetshavere skal ha mulighet til å få nedlagt forbud overfor mellommenn «som formidler en tredjemanns inngrep i et beskyttet verk eller et annet beskyttet arbeid i et nett¹²⁴» kom domstolen uten særlig tvil til at også tilgangsleverandører er omfattet av begrepet: «... access providers which merely provide users with Internet access, without offering other services such as email, FTP or file sharing services or exercising any control, whether *de iure* or *de facto*, over the services which users make use of, must be regarded as ‘intermediaries’ within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29.»

I forbindelse med dette, er det verdt å merke seg et tilgangsleverandøren ikke har samme mulighet som nettverter til å bringe overtredelser til opphør. Tilgangsleverandører har ingen mulighet til direkte å slette eller fjerne tilgangen til data slik nettvertene har. Følgelig kan et rettslig forbud overfor tilgangsleverandører ikke handle om annet enn at de forpliktes til å påse at data av nærmere angitt type ikke blir overført i sitt nett. Dette kan for eksempel gå ut på at enkelte nettsted, eller nettsteder med en viss type innhold, ikke skal være tilgjengelig i nettet.

¹²⁴ Fra den norske oversettelsen av fortalen avsnitt 59

Når det gjelder det sistnevnte sorterer tilgangsleverandørene allerede ut nettsteder med en viss type innhold gjennom det såkalte barnepornofilteret.

8.1.3.3 Subjektive kvalifikasjonskrav?

Legger direktivet opp til at rettighetshavere skal kunne «apply for an injunction» uavhengig av utvist skyld, eller utilbørlig adferd?

Det er ikke uttalt noe eksplisitt om i hvilke tilfeller den *muligheten* rettighetshavere skal ha til å kreve forbud skal føre til at forbud faktisk blir resultatet. Hvorvidt en internettleverandør må ha lagt for dagen noen grad av subjektiv skyld er altså ikke umiddelbart tydelig.

Man kan da legge to betraktningmåter til grunn. Den ene er at når direktivet ikke sier noe om eventuelt skyldkrav, er det opp til det enkelte medlemsland å avgjøre hvorvidt subjektiv skyld er relevant. Etter denne tolkningen medfører ikke art. 8(3) noe annet krav enn at det ikke skal være *umulig* å få nedlagt forbud overfor internettleverandører. Det impliserer at forbud overfor internettleverandører bare er en aktuell sanksjon i de situasjoner hvor ansvarsavskjæringsreglene i ehandelsloven ikke kommer til anvendelse, og sannsynligvis forutsatt at leverandøren har utvist en grad av skyld som uansett vil medføre straff- og erstatningsansvar.

Den andre muligheten er at direktivet ikke sier noe om subjektiv skyld, fordi skyld *ikke er* relevant. Etter denne tolkningen medfører art. 8(3) at forbud overfor internettleverandører *som utgangspunkt alltid* er aktuelt dersom leverandørens kunde krenker opphavsretten eller nærstående rettigheter.

8.1.3.4 Telenorkjennelsen om opphavsrettsdirektivet art. 8(3)

I Telenorkjennelsen legger lagmannsretten en variant av det første tolkningsalternativet til grunn.

Utgangspunkt for den korte drøftelsen tas i ehandelsloven § 20, som slår fast at ansvarsavskjæringsreglene ikke er til hinder for at domstolen kan nedlegge rettslig forbud, og en uttalelse i forarbeidene til endringsloven som gjennomførte ansvarsavskjæringsreglene i norsk rett¹²⁵. Deretter fremholder retten at adgang til å nedlegge forbud overfor internettleverandører «som medvirker til opphavsrettskrenkelser er også forutsatt i opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3.» Etter dette behandles opphavsrettsdirektivet art. 8(3) og ehandelslovens presisering av at ansvarsavskjæringsreglene ikke er til hinder for rettslig forbud som tilnærmet identiske regler: «Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at forutsetningene uttrykt i forbindelse med ehandelsloven og opphavsrettsdirektivet om at adgangen til å kreve midlertidige forføyninger mot teknisk tjenesteytende mellomledd fortsatt skulle stå åpen, i seg selv gir hjemmel for et krav mot Rettighetshaverne.»

Avslutningsvis siteres fortalen til opphavsrettsdirektivet avsnitt 59. Man støtter seg til den siste setningen om at «[v]ilkårene og nærmere regler for slike forføyninger bør fastsettes i medlemsstatenes nasjonale lovgivning» og konkluderer uten noen videre drøftelse med at opphavsrettsdirektivet art. 8(3) ikke kan tolkes slik at det ikke kreves subjektiv skyld for at det skal være adgang til rettslig forbud overfor internettleverandører.

Etter min mening er løsningen temmelig lettvin i et så viktig, og tidligere uavklart, spørsmål. Det drøftes ikke hvorvidt det er korrekt å behandle opphavsrettsdirektivet art. 8(3) og ehandelsloven § 20 som identiske regler, og det er flere sammenhenger som burde vært grundigere undersøkt.

¹²⁵ Ot. prp. nr. 4 (2003–2004)

8.1.3.5 Innvendinger mot Telenorkjennelsens tolkning

Den første problemstillingen jeg vil reise vedrørende lagmannsrettens drøftelse, er antakelsen om at opphavsrettsdirektivets art. 8(3) og ehandelsloven § 20 er tilnærmet identiske regler. Etter min mening kan de nok til forveksling ligne hverandre, men en nærmere undersøkelse viser at de er nokså forskjellige. Den andre problemstillingen gjelder den stillingtagen – eller fraværet av sådan – som er gjort til formuleringene i opphavsrettsdirektivet fortalen avsnitt 59. En nærmere undersøkelse av avsnitt 59 vil vise at snarere enn å være identiske *utfyller* opphavsrettsdirektivet art. 8(3) og ehandelsloven § 20 hverandre og viser et mer komplett bilde.

Ehandelsloven § 20 er helt konkret relatert til ansvarsavskjæringsreglene i §§ 16–18, og fastslår helt enkelt at disse ikke er «til hinder for at en domstol eller en forvaltningsmyndighet på annet rettsgrunnlag enn denne loven krever at tjenesteyteren bringer en overtredelse til opphør eller hindrer den.» Det stemmer at den regelen ikke i seg selv gir hjemmel til å nedlegge forbud. En slik hjemmel må finnes i bakgrunnsretten, men forutsatt at den finnes er ansvarsavskjæringsreglene ikke til hinder for at den anvendes.

Regelen i opphavsrettsdirektivet art. 8(3) er av en nokså annen art. Den *forutsetter* ikke at det skal være mulig å kreve forbud overfor internettleverandører, den inneholder et *krav* om at nasjonal rett skal gi slik adgang. Det er heller ikke riktig som lagmannsretten fremholder at adgangen skal gjelde overfor «mellomledd som medvirker til opphavsrettskrenkelser», sett hen til at retten ikke opererer med noe konsekvent skille mellom *medvirkning* og *ulovlig medvirkning*. Formuleringen i art. 8(3) er at adgangen skal gjelde «overfor mellommenn hvis tjenester brukes av en tredjemann til å gjøre inngrep i en opphavsrett eller beslektet rettighet.»

Etter min mening er innholdet i formuleringen i art. 8(3) det samme som tingretten la til grunn for sin vurdering av om internettleverandørens handlinger *objektivt sett* kan betraktes som medvirkning. På denne bakgrunn fremstår det for meg som sannsynlig at forbudsadgangen art. 8(3) legger opp til skal gjelde *uavhengig* av hvorvidt det foreligger

subjektiv skyld hos internettleverandøren, i tråd med tolkningsalternativ to ovenfor i 8.1.3.3.

Jeg mener å finne støtte for dette synspunktet også i avsnitt 59 i fortalen til opphavsrettsdirektivet. Her sies det rett ut at i det digitale miljø kan mellommenns tjenester i stadig økende grad bli brukt av tredjemenn til rettighetskrenkelser, og at i mange tilfeller er det mellommennene som har best mulighet til å bringe slike krenkelser til opphør. Det er dette som er bakgrunnen for bestemmelsen i art. 8(3) om at rettighetshavere skal ha mulighet til å kreve forbud overfor mellommenn. Særlig nest siste setning i avsnitt 59 indikerer at muligheten skal gjelder uavhengig av skyld: «This possibility should be available even where the acts carried out by the intermediary are exempted under Article 5.» Opphavsrettsdirektivet art. 5 er grunnlaget for åndsverkloven § 11a om at midlertidige eksemplarer som blir automatisk fremstilt i forbindelse med overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter. I forbindelse med slike fremstillingshandlinger vil internettleverandører typisk ikke ha utvist skyld, men allikevel skal altså forbudsadgangen etter opphavsrettsdirektivet art. 8(3) gjelder for dem.

Etter min mening er altså innholdet i art. 8(3) at det skal være mulig for rettighetshavere å kreve forbud overfor internettleverandører uavhengig av subjektiv skyld.

Sammenhengen mellom opphavsrettsdirektivet art. 8(3) og ansvarsavskjæringsreglene i ehandelsloven blir med det også klarere hva gjelder opphavsrettskrenkelser. Man kan betrakte det slik at ansvarsavskjæringsreglene i enhver relasjon unntar internettleverandørene for ansvar dersom tjenesten benyttes til å krenke opphavsretten, men til gjengjeld gir opphavsrettsdirektivet art. 8(3) anvisning på at i *de samme relasjoner* skal det være mulig for rettighetshaverne å kreve at rettighetshaverne skal bringe krenkelsene til opphør.

For at norsk rett skal være i samsvar med opphavsrettsdirektivet art. 8(3) kreves det derfor at det finnes en hjemmel for forbud på objektivt grunnlag overfor internettleverandørene. Denne hjemmelen må være klar og utvetydig.

8.2 Nærmere om eventuell forbudshjemmel

8.2.1 Telenorkjennelsen

I Telenorkjennelsen la den ankende part, saksøker, med påstand om midlertidig forføyning for at Telenor måtte stenge tilgangen til The Pirate Bay for kundene sine.

Nettstedet The Pirate Bay er ikke lagret i Telenors nett, og Telenor har dermed ingen mulighet til å slette innholdet. Relasjonen mellom The Pirate Bay og Telenors kunder er at Telenor gir kundene sine tilgang til internett, og på vegne av dem overfører innholder på The Pirate Bay når de velger å gå inn på nettsiden. Denne prosessen skjer helt automatisk, og dekkes helt av den typen handlinger det er gitt ansvarsavskjæring for i ehandelsloven. Det er heller ikke tvil om at Telenor ikke utviser noen subjektiv skyld i forbindelse med den enkelte overføring. Imidlertid er tilgangsløseleverandører og aktører som overfører data på vegne av tredjepersoner omfattet av opphavsrettsdirektivet art. 8(3), og det er mulig forbudsadgangen artikkelen gir anvisning på også kan gjelde sperring av tilgang til nettsider som beviselig krenker opphavsretten og nærstående rettigheter.

Virksomheten The Pirate Bay driver har i Sverige blitt bedømt som straffbar medvirkning, og det er på dette faktum stengingspåstanden er gjort gjeldende.

Hjemmelen som skal gi mulighet til stenging er formulert som en slags vurdering etter strafferettens medvirkningsregler, dog slik at Telenor ikke er å kunne straffe for forholdet. Tankegangen ser ut til å være at den objektive medvirkning Telenor foretar ved å drifte nettet rammes av åndsverkloven § 54, og § 54 gir også hjemmel for forbud. Under henvisning til opphavsrettsdirektivet art. 8(3) mener man at denne forbudshjemmelen også må gjelde overfor Telenor, selv om det ikke er utvist subjektiv skyld.

Tankegangen ser ut til å være basert på et brev fra Kultur- og kirke departementet til SIMONSEN Advokattfirma datert 24.09.2007. Brevet er svar på en henvendelse fra SIMONSEN Advokatfirma foranlediget av en avgjørelse i dansk Højesteret. I saken¹²⁶ ble TDC Totalløsninger pålagt å utestenge en av sine kunder som hadde drevet med ulovlig fildeling. Forbudsadgangen ble basert på at i forbindelse med overføring i nettet av data fra den krenkende kunden ble det fremstilt midlertidige eksemplarer i TDC's nett. Disse midlertidige eksemplarene var i seg selv krenkende, fordi de manglet lovlig kopieringsgrunnlag. I Danmark gjelder kravet om livlig kopieringsgrunnlag også for slike midlertidige eksemplarer som er omfattet av vår åndsverkloven § 11a, i motsetning til hos oss. SIMONSEN spurte departementet om deres vurdering av rettstilstanden i Norge sett hen til § 11a. Det var i svaret på denne forespørselen departementet fremsatte sin tese om at i Norge kunne man ikke få en avgjørelse som danske TDC Totalløsninger på samme *grunnlag*, men at man allikevel nok kunne oppnå samme *resultat*. Hjemmelsgrunnlaget skulle i så fall være det strafferettslige medvirkningsansvaret.

I Telenorkjennelsen avviste lagmannsretten at et slikt hjemmelsgrunnlag kunne gjøres gjeldende for adgang til forbud rettet mot Telenor:

«Lagmannsretten mener (...) at riktig utgangspunkt etter gjeldende rett, må være å tenke seg ansvarfriheten for Telenor borte. Bare dersom Telenors stilling som leverandør av internettjenester ellers hadde falt inn under åndsverklovens straffebestemmelse om medvirkning til opphavsrettskrenkelser, vil Rettighetshaverne kunne tenkes å ha et krav mot Telenor. Tillegget om medvirkning kom inn i åndsverkloven gjennom endringslov 23. desember 1988 nr. 101. Forarbeidene til endringsloven gir ikke holdepunkter for noe annet enn at medvirkningsbestemmelsens rekkevidde skal avgjøres på bakgrunn av den alminnelige bakgrunnsrett for

¹²⁶ U2006.1474.H

medvirkning, jf. NOU 1983:35 side 120 og Ot.prp.nr.34 (1987-1988) side 55. Som det allerede har fremgått, finner ikke lagmannsretten at en slik tilnærming kan tenkes å lede frem til resultater som er i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, eller som ikke er i samsvar med lovgivers forutsetninger i forbindelse med at ansvarfritaket etter ehandelsloven ble gitt.

På grunnlag av sitt utgangspunkt er lagmannsretten kommet til at rettighetshaverne ikke har noe krav mot Telenor. Det er ikke naturlig å se Telenors aktivitet som leverandør av et nettverk som straffbar medvirkning til at noen av Telenors kunder via The Pirate Bay direkte seg imellom laster opp eller laster ned opphavsrettslig beskyttet materiale. Telenors nøytrale og tekniske bidrag til disse handlingene er for fjerne til at de i lovens forstand unne ha blitt karakterisert som ulovlige og straffbare handlinger. Lagmannsretten har på dette punkt funnet støtte i forarbeidene til endringsloven som innførte ehandelslovens regler om ansvarfrihet ...»

Kravet om forbud nedlagt overfor Telenor førte altså ikke frem, og med det er tilsynelatende rettstilstanden i Norge at det ikke foreligger hjemmel til å nedlegge forbud overfor internettleverandører.

Imidlertid kan det innvendes at lagmannsretten ved sin avgjørelse ikke har avvist *enhver* mulighet til å få forbud overfor internetleverandører, den har bare avvist at forbud kan oppnås *på det anførte grunnlag*. Det følger av forhandlingsprinsippet i sivilprosessen at retten må forholde seg til partenes anførsler (tvisteloven § 11-2 første ledd)¹²⁷. Retten har riktignok et eget ansvar for korrekt anvendelse av gjeldende rett (tvisteloven § 11-3), men likefullt gjelder at retten må anvende de rettsreglene som gir en riktig løsning *basert på partenes anførsler*. I Telenorsaken ble det anført at Telenor måtte vurderes som *medvirker*

¹²⁷ Jfr. Hov III s. 271 flg.

til opphavsrettskrenkelsene, og retten hadde dermed hverken plikt eller adgang til å undersøke om det finnes rettsregler som kunne ha ført til forbud dersom påstandsgrunnlaget hadde vært *et annet*.

Med dette er det altså, til tross for lagmannsrettens avgjørelse i Telenorkjennelsen, mulig at det i norsk rett er adgang til å få rettslig forbud overfor internettleverandører.

8.2.2 Åndsverkloven

Jeg har nevnt ovenfor i 5.4 at forbudssanksjonen er sentral i opphavsretten, og det er ikke tvilsomt at den kan anvendes selv om man leter forgjeves etter hjemmel i åndsverkloven¹²⁸. Dette er en konsekvens av enerettens negative side. Med en slik betraktning er det nærliggende å anta at utgangspunktet for vurdering av forbudssanksjonen er angivelsen av enerettene i § 2, ikke straffebudet i § 54 eller regelen om erstatning i § 55. Om betraktningvinkelen bringer oss nærmere en adgang til å nedlegge forbud overfor internettleverandører, og hvorvidt forbudsadgangen er betinget av klanderverdige forhold, er imidlertid uklart.

Koktvedgaard ser ut til å mene at i immaterialretten kan forbud nedlegges dersom en lovbestemt enerett objektivt er overtrådt¹²⁹; det stilles ingen krav til klanderverdig oppførsel på saksøktes hånd. Denne antagelsen utledes fra det faktum at det ofte nedlegges forbud selv om man rent faktisk ikke vet om en enerett i det hele tatt er overtrådt. Hvor like er mønstrene? Kjølene? Andre situasjoner hvor det i immaterialretten antagelig kan nedlegges forbud, er der noen har krenket en annens enerett uten i det hele tatt å være klar over at det faktisk var noen annen som allerede hadde eneretten. Hvis noen for eksempel på bakgrunn av egne ideer og egen innsats frembringer en oppfinnelse som helt tilfeldigvis en annen allerede har patent på, vil det kunne nedlegges forbud overfor den siste oppfinneren,

¹²⁸ Jfr. Rognstad 2009 s. 400 flg.

¹²⁹ Koktvedgaard 2005 s. 456

selv om han ikke visste at oppfinnelsen allerede fantes, og slett ikke hadde forsett om å krenke en annens enerett. Forholdet kan til og med være at han ikke var uaktsom, og i det hele ikke oppfyller noen slike subjektive kvalifikasjoner – utover selve «forsettet» om å frembringe oppfinnelsen. Men hvordan stiller dette seg på opphavsrettens område?

For åndsverk, hvor det ikke gjelder noen registrering av ytelsen for å nyte vern, er det ikke slik at objektiv overtredelse av enerettene fordi tilfeldigheter har ført til en dobbeltfrembringelse medfører sanksjonsadgang for noen av opphavsmennene overfor den andre som tilfeldigvis har fremstilt noe som ligner¹³⁰.

Vi er med dette ikke nærmere noe svar på om det i opphavsretten er adgang til forbud på objektivt grunnlag, og eventuelt overfor hvem.

I RG 2001 s. 676 (BRIO) importerte leketøykjeden BRIO en serie «lykketroll» som til forveksling lignet på en annen serie kunstnerisk utformede «lykketroll» som hadde vært på markedet vesentlig lenger. Det ble nedlagt forbud overfor BRIO mot å «produsere/innføre, markedsføre og selge» kopitrollet, under henvisning til utilbørlighet:

Det er ikke påstått at «Treasure»-trollen skulle være noe åndsverk. At produsenten av en etterligning som masseproduseres i kommersielt øyemed, ikke vil lykkes fullt ut i å formidle det samme estetiske opplevelse av kvalitet som originalverket, hindrer ikke at man står overfor en rettsstridig utnyttelse av dette.

Det var ikke BRIO selv som hadde utformet og produsert trollene, de ble innkjøpt fra en utenforstående leverandør. Slik kan man kanskje produsenten som krenker, og BRIO som mellommann. Imidlertid var det ikke produsentens tilsynelatende kopiering av de rettighetsbeskyttede trollene som lå til grunn for forbudet. BRIO ble funnet å ha opptrådt

¹³⁰ Jfr. Rognstad 2009 s. 134

uaktsomt ved at det ikke var gjort grundige nok undersøkelser av om trollene man ønsket å omsette ville krenke noens enerettet. Det var denne klanderverdigheten som lå til grunn for forbudet.

I LE-2008-48261 (Birgers dagbok) hadde en forfatter lagt ut 500 eksemplarer av en bok for salg hos to lokale bokhandlere. Deler av boken var ordrett kopi av en annen forfatters råmanuskript. Sistnevnte gikk til sak om midlertidig forføyning, og det ble avgitt kjennelse om at alt salg og øvrig distribusjon av boken skulle stanses.

Også her er det krenkerens subjektive skyld som er utgangspunkt for avgjørelsen. Imidlertid kan kjennelsen tenkes å få betydning for *bokhandlerne* hvor boken lå for salg. Innebærer at den midlertidige forføyningen at forfatteren hadde et ansvar for på egen hånd å fjerne bøkene fra handelen, slik at denne frem til da kan selge den, eller innebærer forbudet også en plikt for bokhandleren til straks å avstå fra videre salg av boken? Dette sier kjennelsen ikke noe om, og det er uklart hva som gjelder.

Det fremstår for meg som ytterst tvilsomt at det i norsk rett foreligger hjemmel for på objektivt grunnlag å nedlegge forbud overfor mellomledd i handlinger som krenker opphavsretten og nærstående rettigheter. En eventuell slik hjemmel er i alle fall ikke klar og uvetydig.

9 Oppsummering og avslutning

Analysen har vist at det er kun helt i unntakstilfeller at internettleverandører havner i alminnelig straff- eller erstatningsansvar i forbindelse med fildeling.

Jeg har kommet til en antakelse om at opphavsrettsdirektivet art. 8(3) inneholder et krav om at det skal være mulig for rettighetshavere å kreve forbud nedlagt overfor mellommenn

uavhengig av om det er utvist skyld. Hvis denne antakelsen er korrekt, kreves det klar og tydelig hjemmel i norsk rett for slike krav. En slik hjemmel har jeg ikke funnet, og følgelig er norsk rett ikke i samsvar med opphavsrettsdirektivet art. 8(3). Det er å håpe at denne situasjonen løses i forbindelse med den gjennomgangen av åndsverkloven Kultur- og kirke departementet i Prop. 1 S (2009–2010) har varslet, blant annet med sikte på å konkretisere medvirkeransvaret for ulovlig fildeling.

10 Litteraturliste

Bøker

- Andenæs 2004 Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utgave. Universitetsforlaget 2004
- Bing 2008 Bing, Jon *Ansvar for ytringer på nett*. Universitetsforlaget 2008
- Garlie 2008 Garlie, Gard Erik *Forbudssanksjonens innhold og utstrekning i: Aktuell immaterialrett*, Universitetsforlaget 2008
- Hov III Hov, Jo *Rettergang III*. Papinian 2007
- Koktvedgaard 2005 Koktvedgaard, Mogens *Lærebog i immaterialret*. København 2005
- Lødrup 1999 Lødrup, Peter *Lærebok i erstatningsrett*. 4. utgave. Oslo 1999
- Rieber-Mohn 2010 Rieber-Mohn, Thomas *Digital privatkopiering* Gyldendal akademisk 2010
- Rognstad 2009 Rognstad, Ole-Andreas *Opphavsrett*. Universitetsforlaget 2009
- Sejersted et al. 2004 Sejersted, Francis et al. *EØS-rett*. 2. utgave. Universitetsforlaget 2004
- Sunde 2006 Sunde, Inger Marie *Lov og rett i cyberspace*. Fagbokforlaget 2006

Artikler

- Bing 2004 Bing, Jon *Regulering av ytringer på Internettet*, i: Lov og Rett 2004 s. 3 [sitert fra Lovdata]
- Manshaus 2005 Manshaus, Halvor *Redaktøransvar på Internett*, i: Tidsskrift for Forretningsjuss (TfF) 2/2005 s. 260 [sitert fra Lovdata]

Forarbeider

- Ot. prp. nr. 31 (2002–2003) «Om lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester»

Ot. prp. nr. 4 (2003–2004) «Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester»

Ot. prp. nr. 46 (2004–2005) «Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.»

St.prp. nr. 6 (2004-2005)

Lover

Fondsavgiftloven	Lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v., 14. desember 1956 nr. 4
Åndsverkloven	Lov om opphavsrett til åndsverk m.v., 12. mai 1961 nr. 2
EØS-loven	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v., 27. november 1992 nr. 109
Ehandelsloven	Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester, 23. mai 2003 nr. 35
Twisteloven	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister, 17. juni 2005 nr. 90

EU/EØS

Ehandelsdirektivet	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/31/EF, 8. juni 2000
Opphavsrettsdirektivet	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF, 22. mai 2001
EØS-tillegget nr. 16/2007	

Rettspraksis

Rt. 1953 s. 633 (Bedriftsmusikk)

Rt. 1995 s. 820 (Hjemmebrent)

Rt. 2005 s. 41 (Napster)

Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Tjosfossen)

LB-1997-1194

RG 2001 s. 676 (BRIO)

RG 2003 s. 1268

RG 2005 s. 1627 (Direct Connect)
TOSLO-2005-1066005 (Veritas BB)
LE-2008-48261 (Birgers dagbok)
RG 2008 s. 193 (Pitbullterje)

TOSLO-2001-5479
TOSLO-2003-19164 (Drink or Die)
TFRED-2006-177576 (Pitbullterje)
TJARE-2007-6676 (Stavanger Dragon)

U2006.1474.H (TDC Totalløsninger)

Stockholms tingsrätt sak nr. B 13301-06 (Svenske piratebay)

C-557/07 (Tele2)

Offentlige handlinger og dokumenter

Brev fra Kultur- og kirke departementet 24.09.2007 til SIMONSEN Advokatfirma
vedrørende opphavsrettsdirektivet art. 8(3)
Prop. 1 S (2009-2010)

Nettressurser

no.wikipedia.org
en.wikipedia.org
www.jus.uio.no
www.regjeringen.no
www.youtube.com
www.thepiratebay.org

