



## BORGARTING LAGMANNSRETT

### KJENNELSE

---

**Avsagt:** 09.02.2010

**Saksnr.:** 10-006542ASK-BORG/04

**Dommere:**

Lagdommer	Jan-Fredrik Wilhelmsen
Lagdommer	Dag A. Minsaas
Lagdommer	Sveinung Koslung

---

Ankende part	Nordic Records Norway AS	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Univeral Music as	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Universal City Studios LLLP	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Bonnier Amigo Music Norway AS	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Voices Music & Entertainment AS	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Sandrew Metronome Norge AS	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Playground Music Scandinavia Norge Norsk Avdeling Av Utenlandsk Foretak	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Twentieth Century Fox Film Corporation	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	TONO	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Friland Produksjon AS	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Warner Music Norway AS	Advokat Rune Ljostad

Ankende part	Steelworks Stein Groven	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Warner Bros. Entertainment, Inc	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Daworks Music Publishing	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Sf Norge AS	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Nordisk Film Distribusjon AS	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Dj Beat Records Scandinavia AS	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Sony Music Norway AS	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Filmkameratene AS	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	EMI Recorded Music Norway as	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	The Music Business Organisation (mbo) AS	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Sony Pictures Entertainment, Inc	Advokat Rune Ljostad
Ankende part	Paramount Picture Corporation	Advokat Rune Ljostad
Ankemotpart	Telenor ASA	Advokat John Steffen Gulbrandsen

Saken gjelder begjæring om midlertidig forføyning med krav om at Telenor skal forbys å medvirke til tilgjengeliggjøring for allmennheten og eksemplarframstilling via nettstedet The Pirate Bay av opphavsrettslige beskyttede verker og arbeider.

Begjæringen ble tatt ut 16. juni 2009 ved Asker og Bærum tingrett av 23 selskaper og sammenslutninger, som omfatter 12 norske plateselskaper, TONO, fem amerikanske filmstudioer, tre norske filmdistributører og to norske filmprodusenter (heretter "Rettighetshaverne"). I alt 5 bransjeforeninger har erklært partshjelp til støtte for begjæringen, jf tvisteloven § 15-7. Formålet med begjæringen er fra Rettighetshavernes side å hindre krenkelser av opphavsrettlig beskyttede verker over Internett. Rettighetshaverne har opphavsrettigheter og andre nærstående rettigheter til det alt vesentlige av musikk og film på det norske markedet.

The Pirate Bay ble etablert som nettsjeneste høsten 2003. Tjenesten består av en nettside som kan nås under flere adresser på nettet. Nettsiden legger forholdene til rette for fildeling mellom brukerne av The Pirate Bay. Fildelingen finner ikke sted fysisk gjennom The Pirate Bay, men ved at det opprettes direkte kontakt mellom sluttbrukerne som utveksler filene. The Pirate Bay er basert på den såkalte Bit-Torrent teknologien. Teknologien fungerer slik at brukeren ved å laste ned fra The Pirate Bay og åpne en såkalt torrent-fil, automatisk kobler seg til andre brukere som tilbyr hele eller deler av den filen (som regel film, musikk eller programvare) som torrent-filen viser til. Teknologien formidler på denne måten kontakt med andre brukere som kan tilby den aktuelle etterspurte filen, og holder til enhver tid styr på hvilke brukere som tilbyr hvilke filer.

I Norge er Telenor den største leverandøren av internettjenester og står for ca 50 % av markedet. I egenskap av å være en såkalt Internet Service Provider leverer Telenor en tjeneste – i første rekke en ren fysisk infrastruktur – som gjør det mulig for Telenors internettkunder å oppsøke sidene til The Pirate Bay. Telenor tilbyr med andre ord den nødvendige infrastrukturen for å overføre datatrafikk med den konsekvens at ulovlig fildeling kan finne sted og i noen grad finner sted blant Telenors kunder som oppsøker The Pirate Bay. Telenor foretar videre handlinger i form av drift, vedlikehold og brukerstøtte som er nødvendig for å tilby denne tjenesten til sine sluttbrukere. Telenor er selv ikke internettleverandør til The Pirate Bay og står ikke i noe kontraktsforhold til de selskaper eller personer som står bak nettsiden.

Det er uomtvistet i saken at brukerne av The Pirate Bay i mange tilfeller benytter nettsiden til ulovlig fildeling som kan innebære en krenkelse av Rettighetshaverne og at dette også gjelder Telenors kunder, selv om det er uenighet mellom partene om omfanget av det ulovlige materialet som er tilgjengelig via The Pirate Bay og andelen av Telenors kunder som er involvert i den ulovlige fildelingen. Tingretten har lagt til grunn at så mye som 90 % av

materialet som kan tilbys via The Pirate Bay er ulovlig fildelt, mens Telenor på grunnlag av informasjon fra The Pirate Bay har oppgitt en ulovlig andel på om lag 20 %. Tingretten har videre lagt til grunn at om lag 140.000 personer i Norge oppsøker The Pirate Bay daglig, mens Telenor i sitt tilsvarende til lagmannsretten – på grunnlag av opplysninger fra The Pirate Bay – har anslått 12.000 brukere. Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å gå inn på disse bevissspørsmålene i det følgende, men legger til grunn at den ulovlige fildelingen via The Pirate Bay finner sted i ikke ubetydelig grad også blant Telenors kunder, og at dette representerer et alvorlig problem for Rettighetshaverne. The Pirate Bay er utvilsomt et av de nettstedene som i dag i størst grad fasiliterer ulovlig fildeling.

Asker og Bærum tingrett avsa 6. november 2009 kjennelse i saken med slik slutning:

1. Begjæringen forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke.

Tingretten bygget sitt resultat om ikke å ta begjæringen til følge, på at Telenors medvirkning i form av å stille sitt nett til rådighet for The Pirate Bay uten overvåking eller kontroll av de aktuelle nettsider, ikke representerte en rettstridig medvirkning. Konklusjonen på dette punkt er i kjennelsen uttrykt som følger:

Retten er etter dette kommet til at en medvirkning fra Telenor, enten den er aktiv eller passiv, ikke kan anses som rettsstridig. Idet medvirkningen ikke anses rettsstridig, er det ikke nødvendig for retten å ta standpunkt til om det foreligger skyld og årsakssammenheng. Det er heller ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt det foreligger sikringsgrunn. Begjæringen har ikke ført frem, og blir etter dette å forkaste.

Rettighetshaverne anket kjennelsen til Borgarting lagmannsrett 9. desember 2009. Anken gjelder tingrettens rettsanvendelse og bedømmelse av de faktiske forhold.

Telenor innga tilsvarende til anken den 8. januar 2009. I tilsvaret er det opplyst at Telenor Norge AS har overtatt partsstillingen til Telenor Telecom Solutions AS gjennom dette selskapets fusjon med Telenor Mobil AS, Telenor Privat AS og Telenor Bedrift AS til nye Telenor Norge AS med samme organisasjonsnummer som det tidligere Telenor Telecom Solutions AS. Lagmannsretten legger dette partsforholdet til grunn, og Telenor Norge AS er i denne kjennelsen benevnt "Telenor".

**De ankende parter, Rettighetshaverne,** har i det vesentlige anført følgende:

### *Hovedanførsler*

Vilkårene for å beslutte midlertidig forføyning er oppfylt, og tingrettens kjennelse er derfor uriktig.

Opphavsrettsdirektivets artikkel 8.3 er grunnleggende for forståelsen av problemstillingene saken reiser og retten må ta utgangspunkt i dette ved avgjørelsen av saken.

De ankende parter har et krav på annet enn ”penger”, jf. tvisteloven § 32-1 tredje ledd. Kravet bygger på åndsverkloven §§ 2, 42 og 45 om opphavsmennenes enerett og utøvende kunstneres og produsenters nærstående rettigheter, og medvirkningsansvaret i åndsverkloven § 54 tredje ledd jf. § 55 første ledd. Telenor medvirker fysisk og passivt til den ulovlige virksomhet som drives av de ansvarlige for The Pirate Bay, så vel som de ulovlige handlinger Telenors sluttbrukere begår når de laster opp eller ned (hhv. tilgjengeliggjør for allmennheten og fremstiller eksemplarer av) film- og musikkverker som de ankende parter har rettigheter til. Medvirkningen er rettsstridig.

Det foreligger sikringsgrunn etter begge alternativer i tvisteloven § 34-1. I forhold til alternativ a vil det ikke foreligge foregrepet fullbyrdelse av hovedkravet ved å gi medhold i et krav om midlertidig forføyning.

### ***Opphavsrettsdirektivet som utgangspunkt for vurderingen av forføyningsgrunnlaget***

Rettighetshaverne skal i følge opphavsrettsdirektivet (2001/29/EF) artikkel 8.3 ha adgang til å kreve forføyning mot mellommenn: *”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”*. Denne bestemmelsen er ikke vurdert av tingretten.

De nødvendige endringer for å implementere opphavsrettsdirektivet internt i norsk rett ble gjort i forbindelse med endringene av åndsverkloven som trådte i kraft 1. juli 2005. Når det gjelder denne implementeringen, uttalte Kultur- og kirke departementet i brev av 24. september 2007 at opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 ikke trengte en spesiell implementering for å bli bindende internt, da de eksisterende bestemmelsene om medvirkning i åndsverkloven og midlertidig forføyning i tvisteloven (daværende tvangsfullbyrdelsesloven) allerede var tilstrekkelige til å konstatere at norsk rett var i samsvar med direktivet. Denne uttalelsen fra departementet og Norges forpliktelser i henhold til EØS-avtalen til å bringe norsk lovgivning i samsvar med opphavsrettsdirektivet, er av sentral betydning for rettsanvendelsen i saken. Det resultat tingretten er kommet til er uforenlig med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og innholdet av brevet fra Kultur- og kirke departementet 24. september 2007, og det uten at tingretten i sin avgjørelse verken har kommentert forholdet til opphavsrettsdirektivet eller departementets brev.

Tingretten uttaler i annet avsnitt på side 9 i kjennelsen at det er *”ingen tvil”* om at saksøkerne har et behov for å få stanset krenkelsene og at det er *”nødvendig å finne en løsning for å møte dette behovet”*. Retten uttaler videre at *”retten kan imidlertid ikke se at dette skal gjøre*

*Telenor ansvarlig, når de øvrige hensyn taler så sterkt imot* . Dette resonnementet viser at tingretten har misforstått saken. Det er ikke fremmet krav om at Telenor skal gjøres straffe- eller erstatningsansvarlig. Den etablerte læren om medvirkningsansvar må imidlertid tolkes og anvendes på en måte som er i samsvar med Norges forpliktelser i henhold til opphavsrettsdirektivet og EØS-avtalen, jf. også EØS-loven § 2 og presumsjonsprinsippet.

Ved den rettslige vurderingen av vilkårene for midlertidig forføyning er det vesentlig å ha klart for seg følgende utgangspunkt: Dette er ikke en sak om ansvar for tjenesteyteren (internettilbyderen), verken straffe- eller erstatningsrettslig. Grunnen til at den hovedsakelig strafferettslige læren om medvirkning har fått så stor oppmerksomhet i denne saken, er måten norsk lovgiver har valgt å oppfylle forpliktelsene i opphavsrettsdirektivet på. Når medvirkningslæren skal anvendes på forholdet i denne saken, har det avgjørende betydning at artikkel 8.3 i opphavsrettsdirektivet gir en generell og ubetinget adgang for rettighetshaverne til å kreve forføyninger mot mellommenn for å forhindre tredjemanns overtredelse av opphavsrett eller beslektet rettighet, uten hensyn til bestemmelsene om ansvarsfrihet i ehandelsloven (som eksplisitt unntar forføyninger fra sitt virkeområde).

Artikkel 8.3 inneholder ingen rettsstridsreservasjon, og stiller ikke noe krav til skyld fra mellommannens (internettilbyderens) side. Det er i henhold til direktivet nok at det konstateres at mellommannens tjeneste brukes av en tredjemann til å overtre en opphavsrett eller beslektet rettighet, f.eks. ved at ulovlig materiale overføres i nettverket til mellommannen. Andre vilkår for blokkering er ikke oppstilt. Dette er av betydning for anvendelsen av medvirkningsansvaret i denne saken, som er begrenset til et krav om at internettilbyderen (Telenor) blokkerer sluttbrukernes tilgang til The Pirate Bay for å forhindre krenkelser fra å finne sted gjennom Telenors nettverk, og ikke noe annet.

### ***Til vilkåret om at Rettighetshaverne skal ha et "krav" mot Telenor***

De ankende parter "krav" mot Telenor bygger på at Telenor medvirker til The Pirate Bays og Telenors sluttbrukeres ulovlige handlinger.

Åndsverkloven §§ 2, 42 og 45 gir de ankende parter vern for retten til eksemplarframstilling (nedlasting) og tilgjengeliggjøring for allmennheten (opplasting) av titler (musikk- og filmverk) som krenkes ved ulovlig fildeling gjennom Telenors nettverk. Åndsverkloven § 54 tredje ledd fastsetter et medvirkningsansvar for krenkelser av rettighetshavernes rettigheter. Gjennom § 55 er medvirkningsansvaret også gjort gjeldende for erstatningsansvar.

Tingrettens kjennelse er korrekt når den på side 8 tredje avsnitt konkluderer – uten å være i tvil – med 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*

*rettighetskrenkelsene kan finne sted*". Kjennelsen er imidlertid ikke korrekt når den legger til grunn at Telenors medvirkning ikke er rettsstridig.

Det er opplagt at ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven ikke er til hinder for å gi medhold i en beslutning om midlertidig forføyning. Tvert imot taler disse reglene for at Telenor kan pålegges å bringe den ulovlige fildelingen gjennom Telenors nettverk til opphør eller hindre den.

Det fremgår av ehandelsloven § 15 at det er de alminnelige regler for straff og erstatning som gjelder, med mindre annet er bestemt i ehandelsloven. Ehandelsloven fritar kun fra straffansvar og erstatningsansvar, jf. ehandelsloven § 16 som regulerer den type overføringstjenester Telenor leverer. Baksgrunnsretten er derfor fortsatt relevant for hjemmelen for et pålegg om å blokkere Telenors sluttbrukeres tilgang til The Pirate Bay.

Ehandelsloven § 20 unntar uttrykkelig pålegg fra en domstol eller forvaltningsorgan om å *bringe en overtredelse til opphør eller hindre den*, fra området for ansvarsfriheten. Forarbeidene til ehandelsloven § 20 fastslår uttrykkelig at *"retten til midlertidig forføyning påvirkes ikke av innføringen av artiklene 12-14"*, jf. Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) side 34.

Det er ingen motstrid mellom presiseringen i § 20 av at en tjenesteyter uavhengig av en eventuell ansvarsfrihet kan pålegges å bringe en overtredelse til opphør eller hindre den, og presiseringen i § 19 jf. §§ 16 til 18 av at tjenesteyteren ikke har en generell plikt til å kontrollere, overvåke eller undersøke forhold for å oppnå en slik eventuell ansvarsfrihet. En tolkning av § 19 som direkte eller indirekte hindret en domstol fra å kreve at tjenesteyteren brakte en overtredelse til opphør eller hindret den, ville derimot være direkte i strid med det tosporede system – hvor det skilles mellom straffe- og erstatningsansvar for overtredelser på den ene side (§§ 16 til 18 jf. § 19) og på den på den annen side pålegg om å bringe overtredelser til opphør eller hindre dem (§ 20) – som ehandelsloven fastsetter.

Det dreier seg i denne saken uansett ikke om et generelt pålegg om å kontrollere, overvåke eller undersøke, men å reagere på konkrete, allerede dokumenterte, forhold og forhindre slike fra å skje igjen ved å blokkere bestemte internettadresser eller bruke andre effektive metoder. Det vises videre til Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) side 32 venstre spalte, hvor det fastslås at tjenesteyteren ikke er fritatt fra slik undersøkelsesplikt dersom han mottar veldokumenterte opplysninger. De ankende parter overlater til Telenor å beslutte hvilken effektiv metode som skal benyttes.

Å ta ehandelsloven til inntekt for at internettilbydere ikke skal foreta seg noe når det gjelder krenkelser som finner sted i deres nettverk, er derfor ikke riktig. Det fremgår direkte av avsnitt 40 til fortalen til ehandelsdirektivet (som ehandelsloven er en implementering av) at: *"this Directive should constitute the appropriate basis for the development of rapid and reliable procedures for removing and disabling access to illegal information; such mechanisms could*

*be developed on the basis of voluntary agreements between all parties concerned and should be encouraged by Member States; it is in the interest of all parties involved in the provision of information society services to adopt and implement such procedures*". Mens Telenor har avvist ethvert forsøk på en frivillig ordning med rettighetshaverne for å hindre tilgang til opphavsrettslig beskyttet materiale, dels med henvisning til "ehandelslovens system", fremgår det av ehandelsdirektivet at det oppfordres til slike frivillige ordninger mellom de involverte parter. Uansett medfører ikke ehandelsloven noen skranke for domstolenes kompetanse for så vidt gjelder en midlertidig forføyning.

Ytrings- og informasjonsfriheten er heller ikke til hinder for å ta til følge en begjæring om midlertidig forføyning i denne saken. Tvert imot vil pålegg overfor internettilyderne, i dette tilfellet Telenor, om å bringe krenkelsene av opphavsrettigheter og nærstående rettigheter til opphør eller hindre dem, ivareta hensynet også til ytrings- og informasjonsfriheten.

Tingretten synes ikke å ha tatt direkte stilling til hvilken betydning ytringsfriheten har i denne saken, da saken ble avgjort på et annet grunnlag. Tingrettens uttalelse om at "*de krenkende handlinger fra sluttbrukerne [utgjør] en ytring på en nettside*" som vil begrenses ved en blokkering er imidlertid ikke riktig, og synes å tas til inntekt for et særlig hjemmelskrav (uten at tingretten konkluderer på dette spørsmålet). De krenkende handlinger fra The Pirate Bay og sluttbrukerne er ulovlig tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling av rettighetsbeskyttede film- og musikkverk og medvirkning til dette. Film- og musikkverkene er tilgjengelige lovlig gjennom andre kanaler, og det kan ikke være riktig at ytrings- og informasjonsfriheten kan tas til inntekt for den som krenker andres lovbeskyttede rettigheter for å gi seg selv og andre gratis tilgang til film og musikk som er tilgjengelig i handelen.

Aktiviteten som bedrives via The Pirate Bay er ikke i ytrings- og informasjonsfrihetens kjerneområde. Hovedformålet til The Pirate Bay er å tilrettelegge for ulovlig fildeling. Dette har betydning for avveiningen som skal foretas i henhold til Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Det vises til Rt. 2007 side 404 (Brennpunkt-saken) hvor det vektlegges nettopp at saken gjaldt journalistiske ytringer i ytringsfrihetens kjerneområde når det ikke ble innvilget midlertidig forføyning for å hindre at et TV-program ble sendt. I henhold til Grunnloven § 100 skal et eventuelt inngrep vurderes opp mot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. I henhold til EMK artikkel 10 nr. 2 åpnes det også for inngrep etter en interesseavveining, jf. alternativet "*verne andres... rettigheter*". I den avveiningen som skal foretas i henhold til disse bestemmelsene er det et tungtveiende moment at det materialet det er snakk om å blokkere tilgangen til, er opphavsrettslig beskyttet materiale som tilgjengeliggjøres for allmennheten og eksemplarframstilles uten opphavsmannens samtykke.

Grunnlovens forbud mot "forhaandscensur" er heller ikke til hinder for midlertidig forføyning. Det fremgår av NOU 1999:27 punkt 7.3.5 at: "*Det har ikke vært tradisjon i Norge for å behandle midlertidige forføyninger som sensur og det må legges til grunn at ordningen ikke er*



*i strid med [dagjeldende] Grl. § 100, 1. punktum... Hensynet til ytringsfriheten blir ofte trukket frem av saksøkte i saker om midlertidig forføyning, men det foreligger ikke noe prejudikat fra Høyesterett om at domstolene skal være mer tilbakeholdne med forføyninger mot ytringer enn ellers.”*

Det pekes videre på forskjellene mellom forhåndssensur og midlertidige forføyninger: En midlertidig forføyning vil være konkret og ikke generell, den vil ilegges av en domstol og ikke administrativt, og det vil være to private parter som står mot hverandre. Det kan i denne forbindelse pekes på at Telenor ikke har gjort noen prinsipielle innvendinger mot barnepornofilteret som brukes av Telenor og andre internettilbydere, til tross for at dette går ut på å blokkere innhold uten at en domstol er involvert. Det er alene KRIPOS, uten rettslig prøving, som beslutter hvilke internetadresser som skal blokkeres i henhold til denne ordningen.

I denne saken er det snakk om blokkering etter at en domstol har foretatt en vurdering av begjæringen om midlertidig forføyning etter full kontradiksjon og bevisumiddelbarhet. Tingrettens uttalelse om at det er unaturlig at private selskaper skal foreta en vurdering av blokkering (kjennelsens side 8, siste avsnitt) fremstår derfor som uten relevans for det faktiske forhold, ettersom det er domstolene som skal vurdere dette spørsmålet.

Av NOU 1999:27 punkt 7.4.2.2 fremgår det at det også etter endringen av Grunnloven § 100 skal være mulig med midlertidige forføyninger mot ytringer. Det fremgår at *”det bør klargjøres at midlertidige forføyninger bare kan brukes når det er sannsynliggjort at offentliggjøring ikke tilfredsstillende kan repareres med økonomisk kompensasjon og/eller straff”*. At endringen i Grunnloven § 100 ikke medfører et absolutt forbud mot midlertidige forføyninger mot ytringer, selv der ytringene i motsetning til det som er tilfellet her skulle finne seg i ytringsfrihetens kjerneområde, fremgår videre av St.mld. nr. 26 (2003-2004) punkt 5.6.2: *”Ordlyden i Ytringsfrihetskommisjonens grunnlovsforslag oppstiller tilsynelatende et absolutt forbud mot bruk av midlertidige forføyninger mot ytringer før de er publisert. Premissene viser imidlertid at forslaget ikke er ment slik, men som en innstramming i dagens rettstilstand”*.

Det er vanskelig eller umulig å forfølge de enkelte sluttbrukere, blant annet fordi Telenor ikke videre sender eller gjør sluttbrukerne oppmerksomme på henvendelser fra rettighetshaverne til sluttbrukerne med krav om at den ulovlige aktiviteten opphører. Disse forholdene gjør at en forføyning mot internettilbyderen i realiteten er rettighetshavernes eneste mulighet til å få stanset krenkelsene av deres rettigheter som foregår i et enormt omfang. Dette er også den legislative begrunnelsen for opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 som fastslår at internettilbyderen i mange tilfeller er best plassert til å forhindre slike krenkelsener, jf. avsnitt 59 i fortalen. I henhold til opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 skal rettighetshaverne ha adgang til å kreve forføyning uavhengig av om internettilbyderens aktivitet er ansvarsbelagt eller ikke.

Avveiningen mot hensynet til ytringsfrihet er med andre ord allerede foretatt av lovgiver (den europeiske så vel som den norske ved at EØS-komiteen har vedtatt å gjøre opphavsrettsdirektivet til en del av EØS-avtalen og ved at departementet konstaterte harmoni mellom opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 og intern, norsk rett) når det er gitt adgang til å kreve forføyning for å blokkere tilgang til opphavsrettslig beskyttet materiale. Ingen av ytringsfrihetens begrunnelser slik de er definert i Grunnloven § 100 og EMK art. 10 vil være til hinder for et pålegg om å blokkere trafikk til og fra The Pirate Bay. Hensynet til sannhetssøken er ikke truet, fordi det primært er ytringers form (et konkret film- eller musikkverk) og ikke deres idémessige innhold som deles via The Pirate Bay og som vil påvirkes av blokkeringen. Hensynet til demokrati og individets frie meningsdannelse er ikke truet fordi det sparsomme lovlige materialet som er tilgjengelig på The Pirate Bay, også er tilgjengelig andre steder.

Telenor utfører allerede blokkering av barnepornografi gjennom det såkalte barnepornofilteret. Verken Telenor eller norske myndigheter har reist noen innvendinger mot dette filteret (Stortinget uttalte seg også positivt om filteret i Innst. O. nr. 66 (2004-2005) side 4 venstre spalte), til tross for at vurderingen av hvilket innhold som er ulovlig foretas av KRIPOS, mens det i denne saken vil vurderes av en domstol etter en kontradiktorisk prosess med umiddelbar bevisføring.

### ***Særlig om medvirkning og rettstrid som vurderingstema for den midlertidige forføyningen***

Medvirkningsansvaret, jf. åndsverkloven § 54, danner grunnlag for et ”krav” som gir grunnlag for en midlertidig forføyning. Selv om det er et strafferettslig medvirkningsbegrep som legges til grunn i åndsverkloven § 54, gjelder denne saken en midlertidig forføyning. Det er med andre ord ikke snakk om et krav om straff eller erstatning.

Åndsverkloven forbyr medvirkning til krenkelser av opphavsrettigheter og nærstående rettigheter, åndsverkloven § 54 tredje ledd, jf. §§ 55 første ledd, 2, 42 og 45. Selv om det er snakk om en straffebestemmelse, er det klart at de lempelige beviskrav som gjelder sivile saker kommer til anvendelse, jf. Rt. 2005 side 41 (Napster) avsnitt 59. Det er dermed et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt for at det foreligger et krav og en sikringsgrunn.

Medvirkningstillegget i åndsverkloven § 54 kom inn etter en lovendring i 1988. Bakgrunnen for lovendringen var den tekniske utviklingen som fant sted på 80-tallet med hensyn til de tekniske mulighetene for omfattende eksemplarframstilling, jf. Ot.prp. nr. 34 (1987-1988) side 41: *”Departementet er enig med utvalget i at de senere års tekniske utvikling har ført til behov for å skjerpe og utbygge sanksjonsreglene. Med de senere års tekniske framskritt er det blitt mulig for enhver med forholdsvis beskjedne investeringer å masseprodusere eksemplarer, især av lyd- og videobånd. Dette har medført at det i de senere år både internasjonalt og nasjonalt er oppstått en egentlig kriminalitet – den såkalte piratvirksomhet. Det har i atskillig omfang vært problemer med ulovlige grammofonplater og kassettbånd, og problemene har ytterligere*

*tiltatt i forbindelse med det voksende marked for salg og utleie av videogrammer. Både av hensyn til rettshaverne og allmenne kultur- og samfunnsinteresser, er det viktig at man griper inn mot den økende piratkopiering.*” I proposisjonen side 42 fremgår det videre at ”*innføring av et alminnelig ansvar for medvirkning til krenkelse av opphavsrettigheter m m.*” er blant tiltakene som foreslås av utvalget, og som senere ble vedtatt.

Den tekniske utvikling som beskrives i proposisjonen har senere fortsatt i stadig økende tempo, og den legislative begrunnelsen for et medvirkningsansvar slår til med full styrke i denne saken. The Pirate Bay er et nettsted som formidler kontakt mellom brukere som ønsker å laste ned opphavsrettslig beskyttet materiale, og de som tilbyr slikt materiale via The Pirate Bay. The Pirate Bay gjør det mulig for disse brukerne å etablere kontakt og foreta opp- og nedlastinger av innhold. Selve overføringen av det opphavsrettslig beskyttede materialet skjer ”peer-to-peer”, det vil si direkte fra bruker til bruker.

Høyesterett avgjorde i Napster.no-saken, Rt. 2005 s. 41 at det å legge ut linker på en nettside som forenklet prosessen med å finne frem til opphavsrettslig beskyttet materiale som var lagt ut uten rettighetshavernes samtykke, var å anse som erstatningsbetingende medvirkning i henhold til åndsverkloven §§ 55, jf. 54 tredje ledd. Det vises til dommens avsnitt 63 og 65-68, jf. dommens avsnitt 2-4 som beskriver den tekniske prosessen. Det er nettopp en slik funksjon The Pirate Bay har, jf. side 2 fjerde avsnitt i tingrettens kjennelse. Tjenesten gjør det mulig for brukerne å gjøre tilgjengelig og å finne frem til slikt ulovlig tilgjengeliggjort materiale. Det er uten betydning om The Pirate Bay er teknisk involvert i selve dataoverføringen som skjer mellom brukerne, jf. avsnitt 2-4 i Napster.no-dommen. I tillegg til denne ”kontaktskapende” funksjonen tilsvarende Napster.no, som alene er tilstrekkelig til at The Pirate Bays virksomhet er straffbar i Norge, medfører det faktum at The Pirate Bay også opererer en såkalt tracker, at The Pirate Bays forhold til hovedhandlingen er enda tettere enn det tilfellet var i Napster.no-saken.

The Pirate Bays virksomhet er derfor utvilsomt straffbar i Norge i henhold til Napster.no-avgjørelsen. Det fremgår av Napster.no-dommens avsnitt 66 at det er uten betydning om The Pirate Bays virksomhet er straffbar i Sverige (hvor de ansvarlige bak The Pirate Bay er bosatt), så lenge den er straffbar i Norge. På samme måte som i Napster.no-saken, jf. avsnitt 67, må det legges til grunn at The Pirate Bays hovedformål er å gi andre tilgang til ulovlig utlagt musikk og film, noe også tingretten uten videre legger til grunn (kjennelsen side 8, tredje avsnitt).

Vilkårene for å betrakte Telenor som en medvirker til The Pirate Bays og/eller sine sluttbrukeres ulovlige handlinger er at det må foreligge årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen, og at medvirkningshandlingen etter en helhetsvurdering anses rettsstridig. I tillegg må skyldkravet være oppfylt.

Det kreves ikke at medvirkningshandlingen er eneste årsak til hovedhandlingen, jf. Rt. 2005 s. 41 (Napster.no) avsnitt 63, hvor det fremgår at det er tilstrekkelig at medvirkningshandlingen *forsterker* virkningen av opplastersnes (hovedmennes) handlinger. Det er kun et medvirkende årsaksforhold som kreves, jf. Andenæs, Alminnelig strafferett, side 326. Eventuelle muligheter for brukerne til å omgå en blokkering eller benytte andre internettilbydere er derfor ikke relevant for vurderingen av Telenors medvirkningsansvar.

Det kreves heller ikke at det finnes en identifiserbar hovedgjerningsmann. Dette følger av prinsippet om at hver medvirker bedømmes etter sitt eget forhold, jf. Andenæs, Alminnelig strafferett, side 338 og Napster.no-avgjørelsen avsnitt 66.

Videre er det heller ikke noe krav om at det er et bevisst samvirke mellom hovedmann og medvirker. Dette fremgår av Andenæs, Alminnelig strafferett, side 327 og Napster.no-dommen avsnitt 64. Det er derfor uten betydning hvorvidt hovedmannen (The Pirate Bay eller Telenors sluttbrukere) er klar over medvirkerens (Telenors) medvirkningshandling.

Endelig er heller det ikke noe krav om at medvirkningshandlingen i seg selv er ulovlig. Dette slås uttrykkelig fast i Napster.no-dommen avsnitt 63, og noe slikt krav følger som nevnt heller ikke av opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 for så vidt gjelder et krav om forføyning for å forhindre eller blokkere tilgang til opphavsrettslig beskyttet materiale.

Det anføres prinsipalt at Telenor medvirker aktivt fysisk til The Pirate Bays og sine sluttbrukeres ulovlige handlinger. På dette punkt er tingrettens dom korrekt, i det den legger til grunn at (side 8 tredje avsnitt) *"Telenors aktive handlinger i seg selv innebærer en fysisk medvirkning til krenkelsene. Det vises til at nettverket er en nødvendig fysisk forutsetning for at rettighetskrenkelsene kan finne sted"*. Det er ikke bestridt at ulovlig aktivitet finner sted i Telenors nettverk. Det er i flere avgjørelser lagt til grunn at det å stille en infrastruktur til rådighet for ulovlig fildeling er blitt ansett som medvirkning, jf. TOSLO-2005-106005 (VeritasBB), TJARE-2007-6676 (Stavanger Dragon Hub), TOSLO-2003-19164 (Drink or Die) og RG-2005-1627 (DirectConnect). Når internettilbyderen til det medvirkende fildelingsnettverket anses å medvirke i åndsverklovens forstand, er det enda større grunn til å anse internettilbyderen til sluttbrukerne for å medvirke i denne forstand.

Subsidiært anføres det at Telenor medvirker passivt ved å unnlate å gripe inn i rettighetskrenkelsene til tross for positivt kunnskap om dette, og til tross for at slik inngripen vil være teknisk enkelt å gjennomføre. Tingretten tok ikke standpunkt til dette spørsmålet. Vilkåret for å konstatere passiv medvirkning er i prinsippet som for fysisk medvirkning, da det må påvises en årsakssammenheng mellom unnlatsen og hovedhandlingen, jf. Husabø, Straffansvarets periferi, side 175 og 460-462. Det er ikke noe krav om at den alternative handling – å blokkere Telenors sluttbrukeres adgang til The Pirate Bay – vil være fullstendig effektiv, det er tilstrekkelig at hovedhandlingen motvirkes fysisk eller psykisk. Telenor har unnlatt både å fysisk motvirke sine sluttbrukeres tilgang til The Pirate Bay og å psykisk

motvirke dette ved å videresende eller på annen måte gjøre sine sluttbrukere oppmerksom på rettighetshavernes henvendelser om at det foregår ulovlig fildeling fra sluttbrukernes internettoppkobling. Rettspraksis har i flere tilfeller lagt til grunn at det er ansett som medvirkning å passivt la en handling finne sted, jf Rt. 1999 side 996 og Rt 1995 side 820

Tingrettens avgjørelse bygger på at Telenors medvirkning ikke er rettsstridig. Dette er feil rettsanvendelse. Tingretten konkluderer med at Telenors medvirkning ikke er rettsstridig fordi å gi medhold i en forføyning vil føre til *"en vanskelig håndterbar situasjon i praksis"*. Retten peker på at innholdet på The Pirate Bay kan endres, og det pekes på at Telenor og andre internettilbydere ikke bør ha et ansvar for å foreta en vurdering med hensyn til om en aktuell internettside eller tjeneste skal stanses eller ikke.

Fra Rettighetshavernes side fremholdes det at den eventualitet at The Pirate Bay – som til tross for gjentatte foranledninger til å endre dette, i seks år har hatt som hovedformål å tilrettelegge for ulovlig fildeling – kan endres, som tingretten fremholder som begrunnelse for å konkludere med at medvirkningen ikke er rettsstridig, allerede er hensyntatt i tvistelovens bestemmelse om at ankemotparten kan begjære forføyningen opphevet eller innskrenket om det foreligger endrede forhold, jf. tvisteloven § 34-5 første ledd. Dette at forholdene kan endre seg, er for øvrig ikke spesielt for saker som denne og fører etter de ankende parters syn ikke til en så vanskelig håndterbar situasjon i praksis at midlertidig forføyning ikke er et egnet rettslig skritt.

Når det gjelder tingrettens henvisning til at internettilbydere ikke bør ha et ansvar for å foreta en vurdering med hensyn til om en aktuell internettside eller tjeneste skal stanses eller ikke, vises det til at i en situasjon som denne nettopp er domstolene som skal foreta denne vurdering. Slik domstolsprøving av om en aktuell internetttjeneste skal stanses er vurdert kort av tingretten i første avsnitt på side 9 i kjennelsen hvor det kun henvises til at det vil være en *"rettsteknisk uheldig situasjon idet det dreier seg som mange internettilbydere i Norge, og et svært betydelig antall nettsider som kan tenkes å være omstridt"*. Dette er ikke en korrekt tolkning av rettsstridsreservasjonen, og vil medføre en svært uheldig rettstilstand.

For det første legger både ehandelsdirektivet (2000/31/EF) artikkel 12.3 jf. avsnitt 45 i fortalen, opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 jf. avsnitt 59 i fortalen og den norske implementeringen av disse i ehandelsloven § 20 og tvisteloven § 32-1(3) jf. tvisteloven kapittel 34, åndsverkloven § 54 tredje ledd, åndsverkloven § 55 første ledd og Kultur- og kirkedepartementets brev datert 24. september 2007 opp til forføyninger basert på domstolsprøving i saker slik som denne. Forføyning basert på domstolsprøving har således vært vurdert og funnet egnet av lovgiver både i EU og i Norge i slike saker, selv om det skulle dreie seg *"om et svært betydelig antall nettsider som kan tenkes å være omstridt"*, jf. tingrettens kjennelse på side 9. Ehandelsloven fastslår videre uttrykkelig at pålegg om at overtredelser skal opphøre eller forhindres, kan gis uavhengig av eventuell frihet fra straffe-

eller erstatningsansvar og fravær av en generell plikt til å kontrollere, overvåke eller undersøke slike forhold.

Dernest er det ikke riktig, som tingretten synes å legge til grunn, at det vil bli mange slike saker fordi ”*det dreier seg om mange internettilbydere i Norge*”. Som det fremgår av Post- og teletilsynets rapport om det norske ekommerket – 2008 side 33, har de ni største internettilbydere i Norge alene en markedsandel på ca. 90 %. Uansett burde det ikke være nødvendig å reise sak for domstol mot hver enkelt internettilbyder i hvert enkelt tilfelle. Andre internettilbydere er ikke rettslig forpliktet til å fortsette å medvirke til rettighetskrenkelser som en domstol har pålagt en internettilbyder å blokkere tilgangen til. Den grunnen som har vært anført for å fortsette slik medvirkning – at internettilbydere ikke selv ønsker å vurdere spørsmålet om blokkering – bortfaller når spørsmålet har vært rettslig prøvet. De vil således kunne innrette seg etter domstolens avgjørelse uten at det reises sak også mot dem. Dette har også vært praksis f.eks. i Danmark.

Tingrettens tolkning av rettsstridsreservasjonen vil føre til at en part vil være avskåret fra å begjære midlertidig forføyning eller ta ut søksmål fordi problemet parten prøver å forhindre er for omfattende. Det minnes om at de alminnelige bestemmelsene om sikkerhet i tvisteloven § 34-2 og sakskostnader i tvisteloven kapittel 20 mv. vil begrense grunnløse søksmål, og at det ikke er snakk om å gjøre ansvar gjeldende mot Telenor, men kun å få en midlertidig forføyning for at Telenor skal blokkere tilgang til en konkret tjeneste, The Pirate Bay, som har som hovedformål å tilrettelegge for ulovlig fildeling og som det foregår slik fildeling i et enormt omfang via.

Tingrettens begrunnelse for å ikke anse Telenors medvirkning som rettsstridig, er heller ikke i samsvar med det Telenors egen partsrepresentant forklarte under rettsmøtet, nemlig at det i Danmark, hvor Telenors søsterselskap er blitt pålagt å blokkere for tilgangen til The Pirate Bay (jf. kjennelse fra Østre Landsret av 26. november 2008), ikke var oppstått noen slike problemer som tingretten frykter.

Tingretten tar i sin vurdering heller ikke hensyn til alternativet, som er at krenkede rettighetshavere, i stedet for å reise sak mot én (eller i høyden et fåtall) internettilbydere, må reise sak for domstolene mot hver enkelt av de ca. 140 000 unike norske brukerne som hver dag deltar i ulovlig fildeling via The Pirate Bay. Det ville virkelig være en retts teknisk uheldig situasjon, og den unngår en bare om kravet om blokkering i stedet kan rettes mot internettilbyderen i samsvar med EU-direktivenes og den norske implementeringen av direktivenes system.

Rettsstridsreservasjonen er et spørsmål om det skal foretas en innskrenkende tolkning for å motvirke eventuelt urimelige resultater av å konstatere medvirkningsansvar. I Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) ”Om lov om straff” fremgår det i redegjørelsen for gjeldende rett at spørsmålet om rettsstrid er et spørsmål om unntak for å komme frem til et rimelig resultat. Hva som er

rettsstridig medvirkning er derfor avhengig av hva resultatet eventuelt blir ved den ene eller den andre tolkning. I denne saken er spørsmålet om det er rimelig å kreve at Telenor blokkerer tilgangen til The Pirate Bay for sine sluttbrukere. Det har derfor betydning at det her dreier seg om blokkering av tilgang til én tjeneste som har til hovedformål å tilrettelegge for ulovlig fildeling og gjør tilgjengelig enorme mengder ulovlig materiale, og ikke et krav om straff eller erstatning. Det er med andre ord ikke et spørsmål om straffverdighet, men om rimeligheten av saksøkernes krav om å blokkere Telenors sluttbrukeres tilgang til The Pirate Bay.

At det etter norsk rett må skilles i saker som denne mellom på den ene side straffe- og erstatningsansvar, og på den annen side pålegg om å bringe overtredelser til opphør eller hindre dem, følger uttrykkelig av ehandelsloven § 20. Ehandelsloven § 20 fastslår at tjenesteytere kan pålegges å bringe en overtredelse til opphør eller hindre den, selv om de eventuelt er fri for straffe- og erstatningsansvar etter ehandelsloven §§ 16 til 18. At tjenesteyteren ikke kan idømmes straffe- eller erstatningsansvar, kan således etter norsk rett ikke brukes som begrunnelse for at vedkommende tjenesteyter heller ikke kan pålegges å bringe en overtredelse til opphør eller hindre den. At dette skillet også må legges til grunn ved krenkelse av opphavsrettigheter og nærstående rettigheter, er uttrykkelig fastslått i Kultur- og kirkedepartementets brev datert 24. september 2007.

Skillet mellom et eventuelt straffe- og erstatningsansvar på den ene side og på den annen side pålegg om å bringe en overtredelse til opphør eller hindre den, følger klart også av både ehandelsdirektivet artikkel 12.3 jf. avsnitt 45 i fortalen og opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 jf. avsnitt 59 i fortalen. Opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 oppstiller således ikke noe krav om straffe- eller erstatningsansvar for at forbud skal kunne nedlegges mot mellommenn, og avsnitt 59 i fortalen fastslår uttrykkelig at muligheten til å søke om å få nedlagt slikt forbud bør finnes også dersom mellommannens handlinger omfattes av et unntak i henhold til opphavsrettsdirektivet artikkel 5 (inkludert unntaket for fremstilling av midlertidige eksemplarer i artikkel 5.1 implementert i norsk rett i åndsverkloven § 11a) og ansvar således ikke kan gjøres gjeldende.

Både systemet lovgiver har etablert i ehandelsloven og stadfestet at gjelder også ved krenkelse av opphavsrettigheter og nærstående rettigheter, og Norges folkerettslige forpliktelser, innebærer således at det må skilles mellom straffe- og erstatningsansvar og pålegg om å bringe en overtredelse til opphør eller hindre den. At tjenesteyteren ikke kan idømmes straffe- eller erstatningsansvar, kan således etter norsk rett ikke brukes som begrunnelse for at vedkommende tjenesteyter heller ikke kan pålegges å bringe en overtredelse til opphør eller hindre den.

At utgangspunktet etter norsk rett er at også tekniske medvirkere er medvirkere i lovens forstand, følger implisitt av de særbestemmelser vi har om unntak for ansvar for slike medvirkere. Uten et slikt utgangspunkt, ville særbestemmelsene om unntak for ansvar for

tekniske medvirkere være overflødige. Et eksempel på en slik særbestemmelse er straffeloven § 254.

I NOU 2009:1 "Individ og integritet" side 121 fremholdes følgende: *"I den utstrekning tjenestetilbydere, nettverter, tilbydere av fildelingstjenester, og andre, legger til rette for anonyme ytringer, bør disse også ha ansvaret for å forhindre at slike ytringer gjør skade"*. I tilfeller som i denne saken, hvor tekniske medvirkere, i dette tilfellet internettilyderen Telenor, legger til rette for anonyme ytringer – det "motsatte" av å peke ut og identifisere et ansvarssubjekt som f.eks. redaktør, eier eller utgiver – så bør altså de *tekniske medvirkerne* etter Personvernkommissjonens syn ha ansvaret for å forhindre at slike ytringer gjør skade, f.eks. ved å bringe dem til opphør eller hindre dem.

Telenor er varslet om at krenkelsene finner sted, og det er lagt frem omfattende dokumentasjon for krenkelsene. At krenkelsene finner sted, er heller ikke bestridt av Telenor. Telenor blir med andre ord ikke pålagt å blokkere på grunnlag av at de ikke selv har undersøkt eller kontrollert data som overføres gjennom sitt nettverk, men fordi de har unnlatt å følge opp slike varsel med adekvate tiltak.

Skyldkravet i åndsverkloven § 54 tredje ledd jf. § 55 første ledd er uaktsomhet, jf. § 54 første ledd. Telenor er varslet om at det foregår ulovligheter gjennom deres nettverk ved flere anledninger. Telenor bestrider heller ikke at krenkelsene finner sted. Selskapet har derfor vært klar over ulovlighetene, men har likevel ikke gjort noe for å forhindre at krenkelsene kunne fortsette. Skyldkravet er således oppfylt i denne saken.

At Telenor ikke har en generell plikt til å kontrollere, overvåke eller undersøke forhold i henhold til ehandelsloven § 19, er uten betydning for dette spørsmålet. Det fremgår uttrykkelig av § 19 at bestemmelsen kun regulerer en generell plikt til å kontrollere, overvåke eller undersøke forhold i forbindelse med frihet fra straffe- og erstatningsansvar etter ehandelsloven §§ 16 til 18 som ikke medfører at de får en slik generell undersøkelsesplikt. Bestemmelsen omfatter ikke pålegg om å bringe en overtredelse til opphør eller hindre den, jf. ehandelsloven § 20, og en eventuell spesiell undersøkelsesplikt knyttet til grunnlaget for, f.eks. medvirkningsansvaret, eller gjennomføringen av et slikt pålegg.

Kultur- og kirkedepartementet konkluderer også i sitt brev datert 24. september 2007 med at tjenestetilbyder *"i det minste etter å ha mottatt henvendelse fra rettighetshaver med påstand/opplysning om tredjeparts krenkelse – i alle fall hva de etterfølgende krenkelsene angår – ikke [vil] være i god tro, og ansvarsgrunnlag vil da kunne foreligge"*.

Samlet innebærer dette at retten skal legge til grunn at Rettighetshaverne har et krav mot Telenor om at Telenor skal forbys å medvirke til tilgjengeliggjøring for allmennheten og eksemplarframstilling via nettstedet The Pirate Bay av opphavsrettslige beskyttede verker og arbeider.



### ***Til vilkåret om at Rettighetshaverne må påvise en sikringsgrunn***

Det foreligger sikringsgrunn etter begge alternativer i tvisteloven § 34-1 første ledd.

Det foreligger sikringsgrunn etter bokstav a i tvisteloven § 34-1 første ledd. Telenors adferd – å unnlate å blokkere sine sluttbrukeres tilgang til The Pirate Bay – gjør det nødvendig med midlertidig sikring. Rettighetshavernes forfølgning og gjennomføring av hovedkravet vil ellers bli vesentlig vanskeliggjort, da det som redegjort for ovenfor i realiteten ikke finnes andre effektive alternativer for å forhindre krenkelsene.

En forføyning vil ikke innebære en foregrepet fullbyrdelse av hovedkravet. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2003 side 1165 fastslår at hovedkravet i saker om opphavsrettskrenkelser er kravet på respekt for opphavsrettighetene. Forføyningskravet er i dette tilfellet et krav om å sikre denne respekten ved blokkering, fordi det ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort å forfølge eller gjennomføre kravet på respekt for opphavsrettighetene. Det fremgår videre av Rognstad, Opphavsrett, side 401-402 at sikringsgrunn ved opphavsrettskrenkelser ofte vil foreligge, nettopp fordi fortsatt inngrep – i form av unnlattelse av blokkering – vil vanskeliggjøre fullbyrdelsen av rettighetshavernes enerett. Samme forståelse er lagt til grunn i lagmannsrettens avgjørelse i LE-2008-48261: *”Derimot mener lagmannsretten at vilkåret i bokstav a) er oppfylt. Som nevnt må Nordbys ”krav” forstås som hans ideelle krav på respekt for eneretten til å gjøre sitt åndsverk tilgjengelig for allmennheten. Da vil en midlertidig forføyning i form av pålegg til Sjøby om å trekke tilbake sin bok fra omsetning, være et tiltak for å sikre gjennomføringen av dette underliggende kravet, og ikke en foregrepet fullbyrdelse av dette.”*

En midlertidig forføyning er nødvendig fordi det i realiteten er eneste alternativ for å forhindre fortsatt krenkelse av rettighetshavernes rettigheter. Som også tingretten påpeker er det *”ingen tvil”* om at de ankende parter har behov for at saksøkerne får stanset krenkelsene, jf. annet avsnitt på side 9 i kjennelsen.

Rettighetshaverne har arbeidet lenge både nasjonalt og internasjonalt for å stanse ulovlig fildeling generelt, og The Pirate Bay – det største og mest kjente fildelingsnettverket – spesielt. Den løpende innsatsen for å stanse rettighetskrenkelser har inkludert informasjonsarbeid, politianmeldelser og sivil håndheving i Norge og i andre land. En rekke henvendelser direkte til The Pirate Bay har vært harselert med og avvist. I 2006 ble The Pirate Bay politianmeldt, og svensk politi tok beslag i utstyr tilhørende tjenesten. I 2009 dømte Stockholms tingsrätt mennene bak The Pirate Bay til lang fengselsstraff og høye erstatningsutbetalinger, og The Pirate Bays internettilbyder ble pålagt å blokkere tilgangen til krenkede film- og musikkverk. Konsekvensen har vært at The Pirate Bay har flyttet tjenesten til andre internettilbydere i ulike land. Til tross for alle disse tiltakene fortsetter altså de omfattende krenkelsene via The Pirate Bay.

I Norge har et hundretalls tilfeller av rettighetskrenkelsler via The Pirate Bay vært politianmeldt siden 2006. Alle så nær som ett er henlagt. Videre ble det i 2008 rettet henvendelse til internetttilbydere om et hundretalls andre, tilsvarende tilfeller av rettighetskrenkelsler via tjenesten. Toneangivende internetttilbydere, inkludert Telenor, avviste gjennom sin interesseorganisasjon IKT-Norge kategorisk å henvende seg til berørte sluttbrukere i anledning slike varsler. Heller ikke disse tiltakene har med andre ord ført frem. Det er derfor nødvendig med en midlertidig forføyning.

Selv om en blokkering av The Pirate Bay vil kunne være mulig å omgå, vil den forhindre mange fra å få tilgang til nettstedet. En forføyning vil derfor være effektiv. Høyesterett har lagt til grunn at beslag i domenenavn er effektivt, jf. Rt. 2009 side 1692: *"Selv om en nettside vil være tilgjengelig gjennom IP-adressen også etter at domenenavnet er satt ut av drift, følger det av begrunnelsen for å operere med domenenavn at tilgjengeligheten vil være vesentlig redusert."*

Også vilkåret i bokstav b er oppfylt. Det er nødvendig med en midlertidig forføyning for å avverge vesentlig skade eller ulempe. I følge Rt. 2002 side 108 skal det ved vurderingen av dette alternativet foretas en sammensatt vurdering av *"hvor viktig det omtvistede rettsforhold er for saksøkeren, hvor stort behov saksøkeren har for midlertidig forføyning, hvor inngripende en midlertidig forføyning vil være, saksøktets adferd m.v."*

Det er ikke omtvistet at det skjer omfattende rettighetskrenkelsler via The Pirate Bay gjennom Telenors nettverk. Disse krenkelsene fører til store økonomiske tap for de ankende parter. De ankende parter har videre et stort behov for å få stanset krenkelsene gjennom et pålegg om blokkering da dette i realiteten er det eneste alternativet for å forhindre fortsatt krenkelse av deres rettigheter. Etterfølgende økonomisk ansvar for krenkelsene er ikke mulig som følge av internetttilbyders fritak for erstatningsansvar etter ehandelsloven § 16 og fordi det erfaringsmessig er vanskelig eller umulig å i ettertid dokumentere omfanget av slike krenkelsler, utfordringer som øker med det totale omfanget av krenkelsene.

Et pålegg om blokkering vil ikke være særlig inngripende for Telenor da selskapets og sluttbrukernes øvrige tjenester – som e-post, nettbank, offentlige tjenester og alle andre tjenester bortsett fra den ulovlige fildelingen via The Pirate Bay – vil være uberørt av en slik blokkering. Videre vil, den samme teknologien som allerede benyttes til å blokkere barnepornografi, også kunne benyttes for å blokkere Telenors sluttbrukeres tilgang til The Pirate Bay. Telenors standard abonnementsbetingelser gir for øvrig adgang til slik blokkering overfor Telenors sluttbrukere, en adgang Telenor benytter ved andre former for misbruk av internettilknytningen.

Det at rettighetshaverne allerede er påført vesentlige tap er videre ikke til hinder for at det foreligger sikringsgrunn, jf. RG 2001 side 253 hvor det ble ansett for å foreligge sikringsgrunn

selv om den største risikoen for tap knyttet seg til tidspunktet før den midlertidige forføyningen ble avgjort. Krenkelsene som foregår via The Pirate Bay er vedvarende og pågår fortsatt i et enormt omfang, og det foreligger derfor sikringsgrunn for så vidt gjelder disse krenkelsene.

### ***Til interessavveiningen***

Et pålegg om blokkering vil ikke stå i åpenbart misforhold til den interesse de ankende parter har i at forføyningen blir besluttet, jf tvisteloven § 34-2 annet ledd.

Det fremgår av forarbeidene til tvangsfullbyrdelsesloven, Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 291 at det skal foretas en interesseavveining: *”Annet ledd understreker at en midlertidig forføyning ikke kan besluttes dersom den skade eller ulempe som saksøkte påføres, står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet. Bestemmelsen tydeliggjør at det for midlertidige forføyninger gjelder en grunnsetning om proporsjonalitet hvor det tas hensyn til samtlige interesser som er inne i bildet.”*

Ordlyden – *”åpenbart misforhold”* – tilsier at det er en høy terskel for å nekte en avgjørelse om midlertidig forføyning. Som nevnt ovenfor utfører allerede Telenor blokkering av annet materiale, og den nødvendige teknologien er derfor på plass. Blokkering vil ikke være i strid med Telenors standard abonnementsbetingelser. Det utgjør derfor ikke noen fare for tap for Telenor dersom selskapet blokkerer sine sluttbrukeres tilgang til The Pirate Bay. Som redegjort for ovenfor vil heller ikke ytrings- og informasjonsfriheten være til hinder for en avgjørelse om blokkering. I avveiningen er det også sentralt at det ikke dreier seg om å blokkere sluttbrukeres tilgang til Internett – det er bare snakk om å blokkere tilgang til én enkelt tjeneste, The Pirate Bay, som er i en enestående posisjon med hensyn til omfang av krenkelser og holdning til rettighetshavernes forsøk på å ivareta sine rettigheter. Dersom The Pirate Bay skulle endre seg dramatisk, og legge om til et system hvor tjenesten rettighetsklarerer opphavsrettslig beskyttede verker som tilbys via tjenesten, åpner tvisteloven § 34-5 for at det foretas en fornyet vurdering.

Et pålegg om blokkering vil derfor ikke stå i åpenbart misforhold til de ankende parters interesse i at forføyningen blir besluttet.

Det er etter dette nedlagt slik påstand:

1. Telenor Telecom Solutions AS forbyr å medvirke til tilgjengeliggjøring for allmennheten og eksemplarframstilling via nettstedet og trackerne The Pirate Bay av opphavsrettslige beskyttede verker og arbeider som saksøkerne har opphavsrettigheter eller nærstående rettigheter til.



Telenor bestrider ikke at selskapet har kunder som bruker for eksempel The Pirate Bay til å krenke de ankende parters rettigheter, men dette utgjør kun et premiss for spørsmålet om Telenors potensielle plikt til å blokkere The Pirate Bay. En eventuell blokkeringsplikt kan ikke være avhengig av hvordan det aktuelle nettstedet teknisk er konstruert eller hvor mange brukere det har. Rettslig sett ville Telenors rolle vært den samme om saken dreide seg om et annet nettsted eller en annen form for rettighetskrenkelse. Dette illustrerer at saken ikke dreier seg om The Pirate Bay spesifikt, men om blokkering av potensielt ulovlige nettsteder generelt.

Telenors standpunkt er at det verken er eller bør være, internettleverandørers oppgave å blokkere nettsider, altså sensurere deler av Internett, på anmodning fra rettighetshavere eller rettighetspretendenter. En slik situasjon vil kunne få vidtrekkende og potensielt svært uheldige konsekvenser for informasjonsflyten på Internett. En blokkeringsplikt vil i praksis innebære at internettleverandører må påta seg en rolle som er ment å være forbeholdt påtalemyndighet og domstolene. Derfor har Telenor, i likhet med bransjen for øvrig, inntatt et prinsipielt standpunkt til hvordan blokkeringsanmodninger fra rettighetshavere og rettighetspretendenter skal håndteres. Alle anmodninger håndteres likt. Telenor tar ikke stilling til om anmodningene er tilstrekkelig underbygget faktisk eller rettslig. Som internettleverandør har ikke Telenor noen forutsetning eller mulighet til å gjøre slike vurderinger av de mange tusen anmodninger som mottas månedlig.

Relasjonen mellom Telenor og The Pirate Bay er ikke beskrevet i anken. Det er et ubestridt faktum at det ikke foreligger noen relasjon. Telenor er ikke The Pirate Bays internettleverandør, og Telenor har heller ikke noe annet faktisk eller kontraktuelt forhold til The Pirate Bay. Foruten å gi sine kunder tilgang til Internett, som blant annet kan brukes til å besøke nettstedet The Pirate Bay og andre lignende nettsteder, har ikke Telenor noen rolle i den ulovlige fildelingen som finner sted. Telenor leverer en helt generisk tjeneste. Sammenligningen med andre leverandører av kommunikasjons- og infrastrukturtenester, som telefoni, strøm, logistikk, kollektivtransport osv., heriblant Posten og Vegvesenet, er nærliggende.

### ***Til vilkåret om at rettighetshaverne skal ha et "krav" mot Telenor***

De ankende parters (hoved)krav er beskrevet som "*respekt for opphavsretten*". Kravet begrunnes i at "*Telenor medvirker til The Pirate Bays og Telenors sluttbrukeres ulovlige handlinger*". Ettersom The Pirate Bays handlinger ikke utgjør direkte lovovertrедelser, men eventuell medvirkning til opphavsrettskrenkelser, vil det i forholdet mellom Telenor og The Pirate Bay altså være et spørsmål om medvirkning til opphavsrettskrenkelser.

Telenor gjør prinsipielt gjeldende at de ankende parter ikke har hjemmel for sitt krav.

Ehandelsloven gir internettleverandører ubetinget ansvarsfrihet. Internettleverandører skal altså ikke være ansvarlig for den trafikken (filene) som formidles i deres nett, jf. § 16. Denne ansvarsfriheten er prinsipielt begrunnet, blant annet i hensynet til ytrings- og informasjonsfrihet. Ehandelsloven § 19 stadfester at internettleverandører ikke har noen generell kontrollplikt eller undersøkelsesplikt med hensyn til trafikken i deres nett. Internettleverandører har heller ingen plikt til å utføre kontroll, undersøkelse eller andre former for handlinger på anmodning fra rettighetshavere. Ehandelsloven § 20, som de ankende parter mener ”fastsetter” et pålegg om blokkering (ankens s. 14), inneholder utelukkende en henvisning til ”*annet rettsgrunnlag*” og utgjør derfor ingen selvstendig hjemmel for et krav, noe tingretten korrekt påpekte. Under enhver omstendighet kan ikke ehandelsloven hjemle et krav om ”*respekt for opphavsretten*”.

Åndsverkloven hjemler eventuelle erstatnings-, straffe- eller inndragningskrav, jf. sanksjonsbestemmelsene i §§ 54 – 56. Det er uomstridt at Telenor ikke kan pålegges slike krav. Derimot inneholder åndsverkloven ikke hjemmel for noe respektkrav. Uansett unntar åndsverkloven § 11a internettleverandørers handlinger fra opphavsmannens enerett, og de ankende parter kan derfor ikke trekke handlingene tilbake i enerettssfæren gjennom å konstruere et medvirkningsansvar.

Opphavsrettsdirektivet art. 8.3 gir ingen selvstendig hjemmel for de ankende parters krav. EU-direktiv har ikke direkte virkninger i norsk rett, og bestemmelsen ble ikke aktivt implementert i Norge. Uansett gir ikke direktivbestemmelsen anvisning på noen ubetinget forføyningsrett. Det betyr at passiv implementering eller direktivkonform tolkning ikke gir åndsverkloven eller ehandelsloven et meningsinnhold som hjemler rettighetshavernes krav.

Kultur- og kirkedepartementets brev av 27. september 2007, som de ankende parter tillegger sentral betydning ved tolkningen av direktivet, tilsier ikke at midlertidig forføyning kan besluttes i denne saken. Brevet omtaler en annen situasjon enn den foreliggende, og departementet gir uansett ikke uttrykk for en ubetinget forføyningsrett i den situasjon som i brevet omtales.

Under den forutsetning at hjemmel skulle foreligge, gjør Telenor subsidiært gjeldende at Telenor ikke rettsstridig medvirker til krenkelser av de ankende parters opphavsrett. De ankende parter har anført både aktiv og passiv medvirkning. Det fremgikk likevel under den muntlige forhandlingen for tingretten at det faktisk sett er passiv medvirkning det siktes til. Dette videreføres i ankeerklæringen, hvor Telenors adferd særlig beskrives som det å ”*unnlate å blokkere sine sluttbrukeres tilgang til The Pirate Bay*”.

For rettsstridig aktiv medvirkning (dersom det er relevant) kreves det noe mer enn at man kun leverer en generisk, lovlig tjeneste. At tingretten beskriver Telenors tjeneste som en aktivitet fremstår som noe unyansert. Telenor utfører ingen aktiviteter spesifikt knyttet til ulovlig

fildeling (snarere tvert i mot, ved å opplyse sine kunder og andre om at fildeling må skje i overensstemmelse med opphavsmannens rettigheter).

Det følger bl.a. av departementets vurdering i forarbeidene til ehandelsloven, Ot.prp. nr. 4 (2003-2004), at det å levere tilgang til Internett, uavhengig av om tilgangen blir brukt til ulovlige formål, som utgangspunkt er lovlig også uten ansvarsfriheten som ble lovfestet gjennom ehandelsloven § 16: *”Den som tilbyr overførings- eller tilgangstjenester etter § 16 er sannsynligvis allerede i dag fritatt for ansvar for den informasjon de kun overfører”*. Det innebærer at slike tjenester som utgangspunkt ikke kan anses som ulovlig medvirkning.

For rettsstridig passiv medvirkning kreves det en særlig forbindelse mellom hovedmann og medvirker og en særlig plikt for medvirkeren til å handle. Det kan konstateres at det ikke foreligger noen forbindelse mellom Telenor og The Pirate Bay, og at det ikke foreligger annet enn en normal forbindelse mellom Telenor og kundene. Det kan videre konstateres at Telenor uansett ikke har en plikt til å handle, men derimot etter loven er gitt frihet til ikke å handle.

For at aktiv eller passiv medvirkning skal være ulovlig, må det videre være utvist skyld. Telenor har imidlertid ikke handlet klanderverdig. Ettersom det ikke foreligger en plikt til å blokkere nettsider før en eventuell administrativ eller rettslig beslutning, kan det konstateres at Telenor ikke har brutt noen aktsomhetsnorm i denne saken. Tvert imot anser Telenor og bransjen for øvrig at det ikke å etterkomme blokkeringsanmodninger fra sivile parter er det mest aktsomme handlingsalternativet og dessuten den tilnærming som er i samsvar med gjeldende lovgivning.

Under enhver omstendighet vil hovedkravet og forføyningskravet utgjøre en krenkelse av ytrings- og informasjonsfriheten, jf. Grunnloven § 100 og EMK art. 10. En blokkeringsplikt vil innebære at Telenor blir nødt til å hindre sine kunders mulighet til å meddele og motta informasjon på The Pirate Bay. Dette vil også omfatte lovlig innhold som uomtvistelig finnes på The Pirate Bay. Eksempelvis brukes nettstedet som kommunikasjonskanal for politisk meningsytring. Det er ikke avgjørende at dette lovlige materialet også kan tilegnes gjennom andre kanaler. Ytrings- og informasjonsfrihetens hovedregel om forbud mot forhåndssensur vil krenkes gjennom en forføyning i denne saken. Ytrings- og informasjonsfriheten må veie tyngst når saken ikke bare vurderes isolert sett, men ses i lys av de vidtrekkende konsekvensene en forføyning i denne saken vil kunne få, jf. Kyrre Eggen *”Ytringsfrihet”*, 2002, side 157 flg.

Dersom retten likevel kommer til at inngrep i ytringsfriheten her skal skje, forutsetter dette klar lovhjemmel. Som tingretten i sin kjennelse antyder, foreligger det ingen klar lovhjemmel for de ankende parters krav. Det gjelder et proporsjonalitetsprinsipp for inngrep i ytringsfriheten, jf. EMK art. 10. Tilsvarende gjelder det et proporsjonalitetsprinsipp for begrensningen i EØS-rettens fire friheter, som ehandelsdirektivet og ehandelsloven er tuftet på. Det er imidlertid ikke forholdsmessighet mellom de ankende parters forføyningskrav og

det faktiske grunnlag som er påberopt. Mens kravet er basert på at noen av Telenors kunder har benyttet The Pirate Bay til ulovlig fildeling, vil en forføyning pålegge Telenor å blokkere alle kunders tilgang til å bruke The Pirate Bay til ulovlige og lovlige formål i fremtiden.

### ***Til vilkåret om at Rettighetshaverne må påvise en sikringsgrunn***

Telenor fastholder at det ikke foreligger sikringsgrunn.

De ankende parter har opplevd omsetningssvikt de senere år. De gjør gjeldende at dette særlig skyldes ulovlig fildeling. Det hevdes at man taper flere hundre millioner kroner årlig, dvs. at hver måned med ulovlig fildeling medfører et tap på flere titalls millioner.

På denne bakgrunn har de ankende parter anført at sikringsgrunn foreligger i medhold av både tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a og b. Begge alternativer oppstiller et nødvendighetskrav. Telenor anfører at nødvendighetskravet ikke er oppfylt i denne saken.

De ankende parter hevder i ankens pkt. 7.1 at midlertidig forføyning er nødvendig fordi det ”*i realiteten er eneste alternativ*” for å håndheve sine rettigheter. Det vises særlig til at selv om personene bak The Pirate Bay er dømt til erstatnings- og fengselsstraff i Sverige, er The Pirate Bay fortsatt tilgjengelig.

Det kan konstateres at det tok seks år fra The Pirate Bay ble etablert i 2003 til de ankende parter begjærte midlertidig forføyning mot Telenor sommeren 2009. I saken er det dokumentert at Rettighetshaverne, ved IFPI, allerede i 2004 hadde lagt opp en global strategi på hvordan man skulle håndheve sine rettigheter i forhold til ulovlig fildeling. Det er også fremlagt dokumentasjon som viser at de ankende parters prosessfullmektig over en lengre tidsperiode har holdt flere foredrag hvor man har forfektet rettighetshaveres adgang til å kreve forføyning mot internettleverandører, uten at man samtidig har realisert denne adgangen

Rettighetshaverne i Danmark tok ut begjæring om forføyning mot internettleverandører i 2006 (Tele 2-saken, vedrørende nettstedet All of Mp3) og 2007 (Sonofon-saken, vedrørende nettstedet The Pirate Bay). I Norge har rettighetshaverne siden 2003 hatt anledning til å begjære midlertidig forføyning mot The Pirate Bay, begjære midlertidig forføyning eller ta ut sivile søksmål direkte mot fildelere eller begjære midlertidig forføyning eller ta ut ordinært søksmål mot Telenor. I denne perioden har flere av de ankende parter også avvirket bruken av tekniske beskyttelsessystemer, som er et virkemiddel for å begrense ulovlig fildeling. Først sommeren 2009 ble det begjært midlertidig forføyning mot Telenor. Ennå er ikke ordinært søksmål mot Telenor tatt ut, selv om begjæringen er begrunnet i ulempene som de ankende parter påføres i tidsrommet mellom en forføyningsskjennelse og en rettskraftig dom. Eventuell nødvendighet av en forføyning kan derfor ikke lastes Telenor.

Telenor har derimot i lengre tid arbeidet på rettighetshavernes side for etablering av gode løsninger for lovlig omsetning av musikk på Internett. Telenors holdning er at slike løsninger er en nødvendig forutsetning for nettbasert omsetning, og at de kan konkurrere mot og således



motvirke ulovlig fildeling. Derfor har Telenor, sammen med Platekompaniet og Asono, i den senere tiden investert betydelige ressurser i å lansere en nedlastingstjeneste og en abonnementstjeneste for omsetning av musikk. Telenor har også en tjeneste for lovlig nettbasert omsetning av film.

I saken er det fremlagt en undersøkelse utarbeidet av TONOs svenske søsterorganisasjon STIM, som konkluderer med at ni av ti musikkanvendere på Internett er interessert i å betale for lovlige nettbaserte abonnementstjenester for musikk. At gode, lovlige løsninger bidrar til økt omsetning underbygges av IFPIs egne salgsstatistikker. Statistikkene viser en formidabel økning av lovlig omsetning av musikk via Internett i løpet av 2009.

For Telenor fremstår saken nærmest som et ordinært søksmål forkledd som en begjæring om midlertidig forføyning. Dersom de ankende parter gis medhold i spørsmålet om det foreligger et krav, kan de uansett ikke gis medhold i spørsmålet om det foreligger sikringsgrunn.

### ***Til tingrettens vurdering av de materielle spørsmål***

Tingretten gjør først en vurdering av Telenors prinsipale anførsel om manglende hjemmel. Det konstateres korrekt at verken ehandelsloven § 20 eller opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 gir hjemmel, da de kun inneholder henvisninger til annet rettsgrunnlag.

Retten vurderer deretter om åndsverkloven gir hjemmel. Det kommenteres at det følger som en nødvendig konsekvens av opphavsretten, jf. åndsverkloven § 2, at rettighetshavere må kunne kreve at krenkelser av eneretten stanses eller hindres. Her kan det se ut til at retten har blandet vurderingen av hovedkrav og forføyningskrav. Selv om et forføyningskrav kan gå ut på at krenkelser stanses eller hindres, må et hovedkrav hjemles i åndsverklovens sanksjonsregler, som kun gir anvisning på erstatning, straff og inndragning, men derimot ikke stansing eller hindring.

Etter å gi uttrykk for usikkerhet med hensyn til hjemmelsspørsmålet, vurderer tingretten Telenors subsidiære påstand – at Telenor, dersom hjemmel foreligger, ikke uaktsomt eller forsettlig medvirker til opphavsrettskrenkelser. Retten finner at Telenors handlinger utgjør fysisk medvirkning til opphavsrettskrenkelsene, men fordi Telenors handlinger er de samme uavhengig av om nettilgangen brukes til lovlige eller ulovlige formål, mener retten at medvirkningen ikke er rettsstridig. Tingretten har her valgt én av to tilnærminger til medvirkningsbegrepet – en tilnærming som kanskje kan føre til misforståelser.

Den tilnærmingen tingretten har valgt er først å ta stilling til om Telenors virksomhet er en faktisk/teknisk forutsetning for hovedmannens handlinger og deretter foreta en avgrensning av medvirkningsbegrepet via en rettsstridsreservasjon. Det er selvsagt slik at internettleverandørers tjenester utgjør en forutsetning for enhver ulovlighet på Internett. Det samme kan hevdes om leverandører av PC-er og andre former for teknisk utstyr og tjenester. Slik faktisk medvirkning omtales gjerne som ”teknisk medvirkning”.

Det at man tilbyr tjenester som er en fysisk forutsetning for en ulovlig handling er imidlertid ikke tilstrekkelig for å anses som medvirker i rettslig forstand.

Den noe mer vanlige tilnærmingen, som tingretten ikke valgte, er å gjøre disse to stegene i én og samme prosess, dvs. å innfortolke en rettsstridsreservasjon i begrepet ”medvirkning”. Den omstendighet som retten bygger sin rettsstridsreservasjon på – at det dreier seg om en lovlig tjeneste som anvendes av enkelte til ulovlige formål – brukes i teori og praksis normalt som en omstendighet som gjør at handlingen faller helt utenfor medvirkningsbegrepet. Dette er gjort allerede i forarbeidene til straffeloven av 1902: ”*Som strafbar Medvirkning til ulovlig Forhold bør nemlig aldrig handlinger ansees, der i sig selv forfølger et legitimt Forhold, om de end implicite ogsaa skaffer leilighet til noget ulovlig*”.

Ettersom resultatet av de to tilnærmingene blir den samme, er det likevel ikke avgjørende hvordan man velger å angripe forståelsen av medvirkningsbegrepet. Etter å ha slått fast at Telenors lovlige tjeneste ikke utgjør rettsstridig medvirkning basert på den omstendighet at Telenors tjeneste er den samme uavhengig av om nettilgangen brukes til lovlige eller ulovlige formål, går tingretten videre i vurderingen av rettsstridsreservasjonen. Det fremstår noe uklart hvorfor tingretten fortsetter vurderingen av rettsstrid etter å ha konkludert med at rettsstrid ikke foreligger, og uttalelsene fremstår derfor nærmest som et obiter dictum.

I denne vurderingen tar tingretten først stilling til de praktiske og prinsipielle konsekvensene som en forføyning vil kunne få for Telenor og andre internettilbydere. Dernest vurderes de ankende parterers behov for å få stanset krenkelsene. Telenor mener at utgangspunktet for sistnevnte vurdering er noe forfeilet. Rettsstridsreservasjonen er ment å forhindre at handlinger som det ikke vil være rimelig at rammes av lovbestemmelsens ordlyd anses som ulovlige. Utgangspunktet for denne vurderingen må være handlingen i seg selv (her: om det er rimelig at internettleverandørers ellers lovlige tjeneste skal anses som en rettsstridig medvirkning til nettkriminalitet). Det er naturligvis ikke slik at graden av rettighetshaveres behov for en forføyning gjør internettleverandørers tjenester mer eller mindre rettsstridig. Også de ankende parterers anførsler omkring rettsstridsreservasjonen tar feilaktig utgangspunkt i ”*rimeligheten i saksøkernes krav*”.

### ***Til de ankendes anførsler og påstand i anken***

De ankende parter har lagt ned påstand om at Telenor forbys å medvirke til handlinger som skjer ”*via nettstedet og trackerne The Pirate Bay*”. ”Nettstedet” og ”trackerne” er to noe ulike forhold. Så vidt Telenor forstår har ikke The Pirate Bay lenger noen tracker. Det betyr at påstanden på dette punkt ikke kan tas til følge.

En tracker kan forenklet beskrives som en elektronisk katalog over kontaktopplysninger, som benyttes for å etablere kontakt mellom nettbrukere. Denne kontakten kan brukes til en rekke formål, lovlige og ulovlige, avhengig av brukernes valg. Blant annet kan kontakten brukes til

fildeling uten rettighetshavers samtykke. Fildeling kan også skje uten tracker, ved at kontakt opprettes mellom nettbrukere på annen måte (for eksempel via e-post).

En tracker har ingen nødvendig sammenheng med et nettsted. Det finnes en rekke trackere på Internett. Tidligere hadde The Pirate Bay en tracker. Denne fantes på domenet [tracker.thepiratebay.org](http://tracker.thepiratebay.org). Denne trackeren er nå lagt ned.

Så vidt Telenor forstår, skjer den fildeling som for tiden er assosiert med The Pirate Bay ved hjelp av en rekke forskjellige trackere, eller det skjer uten hjelp av tracker.

Ovennevnte illustrerer også med tydelighet de uoversiktlige konsekvensene det vil få dersom internettleverandører pålegges å blokkere nettsider og nettjenester. Internett er svært dynamisk og desentralisert. Nettsider og nettjenester endres, etableres, nedlegges og lenkes til kontinuerlig. Internettleverandører har ingen muligheter for å holde seg oppdatert på enhver slik endring, noe en blokkeringsplikt forutsetter.

Før Telenor mottok krav om blokkering av The Pirate Bay hadde man mottatt forespørsler fra Rettighetshaverne om å utlevere kunders identitet til rettighetshaverne og å videresende til sine kunder et varselbrev fra Rettighetshaverne. De ankende parter peker på at Telenor ikke etterkom slike anmodninger. Telenor antar dette gjøres for å forsøke å etablere skyld hos Telenor. Det er imidlertid uomstridt at Telenor ikke har noen *plikt* til å etterkomme slike anmodninger. Telenor anser dessuten at man ikke har *rett* til dette, jf. ekomloven § 2-9. Telenors oppfatning støttes av Post- og teletilsynets brev, jf. deres brev av 14. april 2009: ”*videreformidlingen [er] et brudd på taushetsplikten internetttilbyderne har etter [e-komloven] § 2-9*”.

De ankende parter trekker frem opphavsrettsdirektivet som sakens grunnleggende utgangspunkt. I forlengelsen av dette tillegges Kultur- og kirke departementets brev av 27. september 2007 avgjørende vekt som støtte for de ankende parters forståelse av direktivet. De ankende parter hevder at opphavsrettsdirektivet og departementets brev ”*overhodte ikke [er] vurdert av tingretten*” (ankens pkt. 5.1 og 5.3). Tingrettens premisser tilsier imidlertid ingen slik slutning. Tingrettens premisser tilsier kun at brevet og direktivet ikke er tillagt avgjørende vekt. Dette er i samsvar med Telenors syn.

I anken hevdes det at ”*opphavsrettsdirektivet gir en generell og ubetinget adgang for rettighetshavere til å kreve forføyninger mot mellommenn for å forhindre tredjemanns overtredelse...*”. Dette er unyansert og gir en uriktig forståelse av direktivbestemmelsen. Det følger av direktivets ordlyd at det kun gis anvisning for den enkelte medlemsstat om å stille rettighetshavere ”*in a position to apply [begjære] for an injunction [forføyning]*”. I henhold til fortalens punkt 59 overlates det til den enkelte medlemsstat å fastsette de nærmere ”*conditions and modalities*” for dette. Direktivet kan vanskelig forstås som en ”*generell og ubetinget adgang (...) til å kreve forføyninger*”.

I anken hevdes det videre at opphavsrettsdirektivet ikke inneholder noen rettsstridsreservasjon og ikke stiller krav til skyld. Det er uklart hva de ankende parter her anfører, idet det er erkjent at åndsverkloven oppstiller vilkår om skyld og at det gjelder en rettsstridsreservasjon. Uansett overlates det som nevnt til de enkelte medlemslandene å oppstille vilkår. Skyldvilkåret og rettsstridsreservasjonen er derfor ikke på noen måte i strid med direktivet. Av den grunn har Telenor også vanskelig for å forstå hvordan en eventuell direktivkonform tolkning av norske lovregler skal gi et annet resultat enn en alminnelig tolkning.

I anken hevdes det også at *”Kultur- og kirke departementet har lagt til grunn at rettighetshaverne har et slikt ’krav’ mot internetttilbydere (...) og at dette kravet kan danne grunnlag for en midlertidig forføyning”*. De ankende parter har her tillagt departementet et standpunkt som brevet ikke gir grunnlag for. Brevet omtalte den danske TDC-saken, hvor internettleverandøren TDC ble pålagt å blokkere en ulovlig fildelingstjeneste som hadde sin internetttilgang som abonnent hos TDC. Det er på det rene at The Pirate Bay ikke har internetttilgang hos Telenor, men som abonnent hos en annen internettleverandør. Uansett kan ikke departementets brev forstås dit hen at rettighetshavere har et krav i slike abonnents-tilfeller, men som et uttrykk for at rettighetshavere, beroende på de nærmere omstendigheter, vil kunne ha et krav, men at dette er opp til domstolene å vurdere. Den uriktige oppfatningen av brevets meningsinnhold medfører en forfeilet slutning om at *”tingrettens kjennelse er uforenlig med Kultur- og kirke departementets brev”*.

Tingretten la i sin avgjørelse vekt på de prinsipielle betenkelighetene ved at internettleverandører påføres et ansvar for å vurdere lovligheten av nettsider som rettighetshavere begjærer stanset. Som nevnt i tidligere prosesskriv mottar Telenor månedlig ca 14.000 slike henvendelser. Dersom Telenor pålegges en blokkeringsplikt i foreliggende sak, må Telenor løpende ta stilling til om tilsvarende plikt gjelder for de øvrige henvendelsene som mottas. De ankende parter argumenterer for at tingrettens vurdering på dette punkt er feil. Det vises til at det er domstolene, ikke internettleverandørene, som skal gjøre denne vurderingen.

Telenor har vanskelig for å forstå de ankende parters resonnement på dette punkt. De ankende parter anfører at Telenor har en blokkeringsplikt, ikke at en plikt først utløses ved en rettslig beslutning. Hjemmelen for kravet må jo bero på at Telenor har opptrådt i strid med en lovhjemlet plikt som eksisterer, uavhengig av en etterfølgende rettslig beslutning. Dersom de ankende parter gis medhold i at Telenor har en blokkeringsplikt, vil det innebære at Telenor og andre internettleverandører er forpliktet til løpende å ta stilling til rettighetshaveres krav om blokkering – forut for en rettslig beslutning. Dette vil medføre at internettleverandører selv må agere som politi og domstol.

De ankende parter har gjort gjeldende at Telenor har utvist skyld fordi man ikke har gjort noe for å forhindre fildelingen. Som ledd i denne argumentasjonen viser de ankende parter til e-handelslovens forarbeider. I anken uttales det: *”Det vises videre til Ot.prp. nr. 4 (2003-2004)*

side 32 venstre spalte, hvor det fastslås at tjenesteyteren ikke er fritatt fra slik undersøkelsesplikt dersom han mottar veldokumenterte opplysninger”. De ankende parter har her vist til departementets redegjørelse av det forutgående høringsnotatet, uten å opplyse om dette. Departementets etterfølgende vurdering på neste side (s. 33, punkt 10.3) presiserer at høringsnotatets uttalelser om undersøkelsesplikt kun gjelder leverandører av lagringstjenester, såkalte nettverter, men altså ikke internettleverandører som Telenor.

Selv om de ankende parter skulle gis medhold i at det foreligger krav og sikringsgrunn, kan ikke retten ta til følge den påstanden som er nedlagt. Påstanden gir anvisning på lite konkrete handlingsplikter basert på generelle rettslige karakteristikk. Den er således ikke egnet til å gi presise rettsvirkninger som Telenor med tilstrekkelig grad av forutberegnelighet kan forholde seg til.

### ***Til spørsmålet om sakskostnader***

Selv om tingretten ga Telenor medhold, ble ikke Telenor tilkjent sakskostnader. Tingretten viste til tvisteloven § 20-2 tredje ledd, som hjemler unntak for det tilfellet ”*tungtveiende grunner gjør det rimelig. Det legges særlig vekt på a) om det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom...*”. Unntaket fra hovedregelen ble begrunnet i at ”*saken har vært tvilsom idet den reiser prinsipielle spørsmål, og at det således var god grunn til å få saken prøvd*”.

Telenor kan ikke se at tingretten har gitt uttrykk for noe tvil. Tingretten har ikke en gang gått inn på de øvrige rettslige anførselene, herunder spørsmålet om sikringsgrunn. Av tingrettens premisser kan det derfor heller ikke utledes tvil om disse forhold. Den omstendighet at saken reiser prinsipielle spørsmål gjør ikke i seg selv saken tvilsom. De prinsipielle spørsmålene bør etter Telenors oppfatning heller adresseres til lovgiver. Telenor kan ikke se at det foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner til å begjære midlertidig forføyning som skulle begrunne unntak fra hovedregelen om at Telenor skal tilkjennes sakskostnader. Telenor kan heller ikke se at unntak fra hovedregelen kan begrunnes i § 20-2 tredje ledd bokstav b eller c. I medhold av tvisteloven § 20-9 krever Telenor at tingrettens sakskostnadsavgjørelse omgjøres.

Telenor fastholder for øvrig at selskapet ikke er ansvarlig for de ankende parter sakskostnader for det tilfellet disse gis medhold i sitt krav. Ehandelsloven § 20 gir Telenor ansvarsfrihet med hensyn til erstatningskrav etter annet lovverk. Således plikter ikke Telenor å erstatte de ankende parter sakskostnader etter tvisteloven kapittel 20.

Det er etter dette nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes
2. De ankende parter betaler in solidum Telenor Norge AS' sakskostnader for tingretten og lagmannsretten, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

**Lagmannsretten** har følgende syn på saken:

Rettighetshaverne har i sin begjæring om midlertidig forføyning bedt om at Telenor skal forby å medvirke til tilgjengliggjøring og eksemplarfremstilling av opphavsrettslig beskyttet materiale via nettstedet The Pirate Bay. Videre har Rettighetshaverne bedt om at Telenor skal pålegge å forhindre at Telenors kunder får tilgang til en rekke internettadresser som The Pirate Bay kan nås på. Begjæringen er utformet i samsvar med tvisteloven § 34-3 første ledd som generelt slår fast at en midlertidig forføyning kan gå ut på at saksøkte kan pålegges å unnlate eller å foreta handlinger.

For at begjæringen skal gis medhold, må Rettighetshaverne ha et krav mot Telenor som forføyningen er egnet til å sikre (tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a), eller som forføyningen kan tjene som en midlertidig ordning for i tvisten om kravet ( tvisteloven. § 34-1 første ledd bokstav b). Det følger av tvisteloven § 34-2 første ledd at rettighetshaverne må sannsynliggjøre så vel krav som sikringsgrunn. Det følger videre av tvisteloven § 34-1 annet ledd at en forføyning er betinget av at de ulemper Telenor blir påført ved forføyningen, ikke står i et åpenbart misforhold til den interesse Rettighetshaverne har i at forføyningen besluttes.

Lagmannsretten tar først stilling til det grunnleggende vilkår om at Rettighetshaverne skal sannsynliggjøre å ha et krav mot Telenor.

Kravet må i det foreliggende tilfelle bygge på Rettighetshavernes enerett etter åndsverkloven § 2:

Opphavsretten gir innen de grenser som er angitt i denne lov, enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av det og gjøre det tilgjengelig for allmenheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur – eller kunstart eller i annen teknikk,

i kombinasjon med lovens strafferettslige og erstatningsrettslige ansvar for medvirkning, jf. åndsverkloven § 54 og 55. Sakens kjernepunkt er om Telenor i lovens forstand – objektivt og med den nødvendige grad av subjektiv skyld – kan anses å medvirke til de opphavsrettskrenkelser som finner sted blant Telenors kunder via The Pirate Bay ved at Telenor har stilt sitt nett til rådighet og unnlatt å etterkomme Rettighetshaverne anmodning om å blokkere The Pirate Bay fra sitt nett.

Det særegne for rettsanvendelsen i denne saken er at lovgiver gjennom ehandelsloven § 16 tredje ledd uttrykkelig har fritatt Telenor i egenskap av tilbyder av overførings- og tilgangstjenester fra sitt potensielle erstatningsrettslige og strafferettslige ansvar etter åndsverkloven. Samtidig har lovgiver i ehandelsloven § 20 forutsatt denne ansvarfriheten ikke

skal være til hinder ”for at domstol eller forvaltningsmyndighet på annet rettsgrunnlag enn denne loven krever at tjenesteyteren bringer en overtredelse til opphør eller hindrer den”. I forarbeidene til denne bestemmelsen fremgår det at lovgiver har forutsatt at Telenor er eksponert for krav om midlertidig forføyninger uavhengig av ansvarsfriheten, jf. Ot.prp.nr 4 (2003-2004) s. 34:

Lovforslagets §§ 16-18 skal således ikke hindre domstoler eller administrative myndigheter i å kreve at en tjenesteyter bringer en overtredelse til opphør i samsvar med nasjonal lovgivning. De skal heller ikke hindre medlemsstatens mulighet til å fastelegge prosedyre for å fjerne informasjon eller hindre adgang til den. Dette fremgår av lovforslagets § 20. Etter norsk rett kan en part få midlertidig forføyning (midlertidig sikring). Dette gjøres normalt for å sikre et krav når saksøker ennå ikke har noe tvangsgrunnlag. Retten til midlertidig forføyning påvirkes ikke av innføringen av artiklene 12-14. dette gjelder også beslag.

At norsk rett skal gi en slik adgang til midlertidig forføyninger mot tjenesteytende mellomledd som medvirker til opphavsrettskrenkelses er også forutsatt i opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3.

Lagmannretten 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. I fortalen til opphavsrettsdirektivet punkt 59 er det uttrykkelig forutsatt at det er opp til medlemsstatene å utforme de nærmere vilkår for midlertidige forføyninger:

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 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.

Lagmannsretten er på denne bakgrunn uenig i Rettighetshavernes anførsel om at opphavsrettsdirektivet ikke oppstiller andre vilkår for blokkering enn at ”mellommannens tjeneste brukes av en tredjemann til å overtre en opphavsrett eller beslektet rettighet”. Opphavsrettsdirektivet utformer ingen vilkår for den midlertidige forføyning Rettighetshaverne har bedt om i saken. Det alminnelige tolkingsprinsippet om at rettsanvenderen skal velge det resultatet som er best i overensstemmelse med den folkerettslige regelen, og dermed ”det tolkingsalternativet som gir blokkeringsadgang”, kan derfor ikke lagmannsretten legge noen vekt på i det følgende.

Verken ordlyden eller forarbeidene til ehandelsloven, endringsloven som implementerte opphavsrettsdirektivet i åndsverkloven eller Kultur- og kirkedepartementets brev 27. september 2007, gir særlig veiledning for det spørsmål retten står overfor i saken. Samtlige kilder holder riktignok muligheten for krav og midlertidig forføyninger mot tekniske mellommenn åpen, men sier lite om hvor langt medvirkningsansvaret går. Lagmannsretten antar at dette er noe av bakgrunnen for at Kultur- og kirkedepartementet i Prop. 1 S (2009-2010) har varslet en gjennomgang av åndsverkloven, blant annet med sikte på å konkretisere medvirkeransvaret for ulovlig fildeling.

Denne rettstilstanden etterlater spørsmål om hvordan grensen for tjenesteytende mellomledds medvirkeransvar – og dermed muligheten for at rettighetshaverne har et krav mot Telenor – skal trekkes. Problemstillingen er omtalt hos Rognstad/Lassen, Opphavsrett (2009) side 227:

Selv om ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven får anvendelse, blir det likevel et spørsmål om mellomleddene kan pålegges tiltak for å hindre og motvirke at deres tjenester blir brukt som midler ved opphavsrettskrenkelser. I opphavsrettsdirektivet artikkel 8(3) er det forutsatt at rettighetshaverne kan kreve rettslig forføyning (injunction) overfor mellommenn hvis tjenester brukes til opphavsrettskrenkelser. I dansk rettspraksis foreligger etter hvert flere avgjørelser der tilgangsleverandører pålegges å sperre tilgangen til ulovlig materiale. I Højesterets kjennelse UfR 2006 s. 391 ble teleselskapet TDC pålagt å stenge nettforbindelsen til innehavere av to servere som inneholdt ulovlige musikkfiler. Avgjørelsen var basert på at TDC fremstilte midlertidige eksemplarer ved sin overføring av filene (fra tilbyder til mottaker), og at midlertidig eksemplarframstilling på ulovlig kopieringsgrunnlag er i strid med den danske ohl. § 11 nr. 3. Så lenge TDC dermed krenket opphavsretsloven, og øvrige vilkår for midlertidig forføyning etter den danske retspleieloven var oppfylt, var det grunnlag for kjennelsen om avstegning av nettforbindelsen. På liknende grunnlag ble det danske Telenor, Sonofon, av Østre Landsret i 2008 pålagt å stenge nettforbindelsen til sine kunders besøk på nettsstedet Pirate Bay.

I norsk rett kan tilsvarende beslutninger ikke treffes på samme grunnlag. Adgangen til midlertidig eksemplarframstilling ved nettverkstransaksjoner er hos oss ikke avhengig av at kopieringsgrunnlaget er lovlig, jf. åvl. § 11 a første ledd litra b). Derimot er det verd å merke seg at ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven ikke ”er til hinder for at en domstol ... på annet rettsgrunnlag ... krever at tjenesteyteren bringer en overtredelse til opphør eller hindrer den”, jf. ehandelsloven § 20. Dersom tjenesteyteren kan sies å *medvirke* til ulovlige handlinger i strid med åvl. § 54, jf. § 55, vil det derfor kunne være grunnlag for forbud og midlertidige forføyninger selv om ansvarsfrihetsreglene i ehandelsloven gjelder og vilkårene for straff eller erstatning *av den grunn* ikke er oppfylt. Hvorvidt dette er tilstrekkelig for å sikre oppfyllelsen av kravet i opphavsrettsdirektivet artikkel 8(3) er en annen sak.



Lagmannsretten mener, i tråd med de synspunkter som er uttrykt ovenfor, 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 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, jf. Ot.prp.nr. 4 (2003-2004) side 15:

Gjennomføringen av artikkel 12 [tilsvarende ehandelsloven § 16] antas ikke å innebære noen realitetsendring i forhold til gjeldende rett for disse tjenesteytere ... De som tilbyr overføring- og tilgangstjenester etter § 16 er sannsynligvis allerede i dag fritatt for ansvar for den informasjon de kun overfører.

En viss overføringsverdi for tolkingen av åndsverklovens medvirkningsbestemmelse, har innholdet av straffeloven § 254 om ansvar for ærekrenkelser forøvd i trykt skrift. Den som bare har deltatt ved den tekniske fremstilling eller distribusjon av skriftet, kan ikke straffes for ærekrenkelser. Unntaket er begrunnet i ønsket om å gi medvirkningsansvaret en rimelig rekkevidde, og må anses å være utslag av et generelt akseptert forbehold i medvirkningslæren, jf. Andenæs/Bratholm, Spesiell strafferett side 188:

Unntakene i § 254 er også begrunnet i ønsket om å gi medvirkningsansvar en rimelig rekkevidde. Det ville i de fleste tilfeller virke helt fremmed for folks rettsfølelse om det ble gjort straffeansvar gjeldende mot de nevnte grupper. Det ble heller ikke gjort i praksis før 1973 da bestemmelsen ble vedtatt, og departementet fremhevet at lovendring ville ha en mer symbolsk en egentlig reell betydning.

Lagmannsrettens syn om at Telenors medvirkningsansvar etter åndsverksloven - selv ikke uten de uttrykkelige unntak for ansvarfrihet i ehandelsloven – ikke ville ha strukket seg så langt som til å gjøre Telenor medansvarlig for de straffbare overtredelser som Telenors sluttbrukere måtte foreta via nettstedet The Pirate Bay, kan også begrunnes ut i fra den generelle rettsstridsreservasjonen. I den såkalte Napster-dommen uttalte Høyesterett følgende, jf. Rt. 2005 side 41 avsnitt 65:

Hvorvidt lenkingen skal vurderes som erstatningsbetingende medvirkning, må bero på en vurdering av de nærmere omstendigheter. Det må trekkes en grense ut fra en generell rettsstridsreservasjon. Jeg viser til Andenæs side 154 flg, og nevner kort at det her sies at uttrykket rettsstridig ofte kan oversettes med ”utilbørlig”, ”uforsvarlig”, ”lastverdig” eller en lignende karakteristikk.

Rettighetshaverne har påberopt resultatet i denne dommen, som gikk ut på at utlegging av lenker på internett til beskyttede musikkfiler ble vurdert erstatningsbetingende, til støtte for sin begjæring, herunder sin anførsel om å ha et krav mot Telenor. Lagmannsretten kan ikke se at dommen kan tas til inntekt for en slik analogisk slutning: I Napster-saken var musikken direkte tilgjengelig på nettet via de lenker som var lastet opp på Napsters nettside. Den som ble kjent erstatningsansvarlig var den samme som hadde organisert den ulovlige opplastingen. Saksforholdet i nærværende sak er annerledes. The Pirate Bay tilbyr et hjelpemiddel for dem som oppsøker nettstedet til å finne frem til filer med opphavsrettslig materiale, og nettstedet tilrettelegger på den måten at nettbrukerne kan komme i direkte kontakt med hverandre, slik at disse kan dele filer direkte seg i mellom. Slik fildeling kan skje lovlig eller ulovlig, avhengig av brukernes valg. Telenor har derfor en helt annen rolle i den ulovlige fildelingen som finner sted via The Pirate Bay, enn det som var tilfelle for den ansvarlige i Napster-saken. I motsetning til i Napster-saken er det ikke grunnlag for å konkludere med at Telenor som tilbyder av en teknisk infrastruktur gjør seg skyldig i ”forsettelige og meget klanderverdig medvirkningshandlinger”, jf avsnitt 67 i dommen. Det er vanskelig å karakteriserer Telenors bidrag til at ulovlig fildeling finner sted blant Telenors internettbrukere via The Pirate Bay, som utilbørlig, uforsvarlig eller lastverdig.

Lagmannsretten kan ikke se at Telenors rolle som passiv medvirker ved ikke å blokkere nettstedet til tross for gjentatte oppfordringer og sin kunnskap om at ulovlige handlinger foregår via The Pirate Bay, endrer den rettslige vurderingen om at Telenor ikke medvirker. Det avgjørende er fortsatt at Rettighetshaverne på grunnlag av åndsverkloven ikke har et krav om at Telenor skal blokkere The Pirate Bay. I denne sammenheng har det også betydning at ehandelsloven i forhold til Telenors stilling som tilbyder av overføring- og tilgangstjenester etter lovens § 16, ikke pålegger Telenor noen handlingsplikt til å fjerne eller sperre for det ulovlige innhold som måtte overføres i nettet. En slik handlingsplikt er etter ehandelslovens system forbeholdt de som tilbyr lagringstjenester etter lovens §§ 17 og 18, jf. Ot.prp.nr.4 (2003-2004) side 33:

Hva skjer dersom en tjenesteyter mottar en melding om at han lagrer ulovlig informasjon? Hvor detaljert må en melding være før tjenesteyteren risikerer å havne i en situasjon der han kan miste sin ansvarfrihet hjemlet i loven dersom han nærmere ikke undersøker om opplysningene i meldingen er riktig eller ikke? Disse spørsmålene er relevante i forhold til tjenesteyter som tilbyr lagring etter § 18. Det er kun disse tjenesteyterne som selv må vurdere hvorvidt informasjon de selv lagrer er ulovlig eller ikke.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at den grunnleggende forutsetning for å ta Rettighetshavernes begjæring om midlertidig begjæring til følge – at det foreligger et krav som forføyningen kan sikre eller tjene som midlertidig ordning for i en tvist om kravet - ikke er oppfylt. Det krav som forføyningen grunner seg på mangler hjemmel i norsk lov. Telenor medvirker i åndsverklovens forstand ikke til staffbare eller erstatningsbetingende handlinger blant sine sluttbrukere ved å stille sitt nett til rådighet for allmennheten uten å blokkere The Pirate Bay.

Lagmannsretten trenger ikke etter dette gå inn på de øvrige vilkår for å ta begjæring til følge, og partenes anførsler i denne forbindelse. Lagmannsretten velger likevel kort å slå fast at den ikke har funnet vilkåret om at rettighetshaverne skal sannsynliggjøre en sikringsgrunn for kravet for oppfylt.

Det krav som Rettighetshaverne har basert sin begjæring på, reiser et prinsipielt retts spørsmål med store konsekvenser for nettleverandører til Internett. Spørsmålets art rekkevidde taler i seg selv i mot at det skal avgjøres midlertidig for å sikre et krav som i realiteten er identisk med forføyningskravet.

En midlertidig forføyning er ment å tjene som sikkerhet eller som en midlertidig ordning i en tvist om kravet. Til tross for at tvist mellom partene har bestått i flere år, har Rettighetshaverne ennå ikke reist sak for å få fastslått sitt krav om at Telenor skal stenge The Pirate Bay ute fra sitt nett. Lagmannsretten kan ikke se at den tid som måtte gå frem til en rettskraftig dom, kvalifiserer for at forfølgningen eller gjennomføringen av kravet vil bli vesentlig vanskeliggjort eller gjør det nødvendig med en forføyning for å ”avverge en vesentlig skade eller ulempe”. Telenor er ikke erstatningsansvarlig og Rettighetshaverne er uansett henvist til å søke kompensasjon for sitt tap fra dem som foretar den ulovlige fildelingen. Det større tap som oppstår for Rettighetshaverne ved at Telenor ikke umiddelbart på grunnlag av en begjæring om midlertidig forføyning blir pålagt å blokkere The Pirate Bay, er etter lagmannsrettens syn ikke en tilstrekkelig sikringsgrunn for det krav som Rettighetshaverne har gjort gjeldende å ha mot Telenor.

Anken blir etter dette å forkaste.

Telenor har vunnet ankesaken og skal etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd, ha full erstatning for sine sakskostnader i ankeomgangen fra Rettighetshaverne. Avgjørelsen av Rettighetshaverne anke har ikke vært ledsaget av en slik tvil som gjør det rimelig å fritta Rettighetshaverne fra sitt normale ansvar for sakens kostnader som de tapende parter, jf tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav a. Lagmannsretten kan heller ikke se at det foreligger andre ”tungtveiende grunner” som gjør det rimelig å fritta Rettighetshaverne fra sitt erstatningsansvar for Telenors sakskostnader.

Telenor har i sitt tilsvær særlig bedt om at lagmannsretten skal overprøve tingrettens sakskostnadsavgjørelse som gikk ut på deling, jf tvisteloven § 20-9. Selv om lagmannsretten ved denne overprøvingen skal legge sitt resultat til grunn, er retten blitt stående ved ikke å endre tingrettens avgjørelse. Rettens avgjørelse er et utslag av at den mener saken har vært så prinsipiell for Rettighetshaverne og at den har reist så vidt vanskelige rettslige spørsmål, at Rettighetshaverne hadde fyllestgjørende grunn til å få prøvet sitt krav i underinstansen, jf tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav a. Rettighetshaverne burde imidlertid ha akkviescert ved tingrettens kjennelse som tilstrekkelig avklarende i tvisten mellom partene. Tingrettens resultat var det samme som lagmannsretten har kommet til – og med den i alt vesentligste samme begrunnelse.

For lagmannsretten har Telenor fremlagt en sakskostnadsoppgave som lyder 252.625 kroner eksklusive merverdiavgift, hvorav alt utgjør salær til prosessfullmektigen. Lagmannsretten legger til grunn at merverdiavgift ikke skal erstattes i det Telenor har fradrag for inngående avgift. Rettighetshaverne har ikke fremkommet med noen innsigelser til oppgaven, og lagmannsretten legger det oppgitte beløp til grunn som Telenors nødvendige kostnader i ankesaken, jf tvisteloven § 20-5 første ledd.

Når det gjelder Telenors krav om forsinkelsesrente viser lagmannsretten til tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 tredje ledd.

Kjennelsen er enstemmig.

## SLUTNING

1. Anken forkastes.
2. De ankende parter betaler in solidum 252.625 – tohundreogfemtittusensekshundreog tjuufem – kroner til Telenor Norge AS i sakskostnader for lagmannsretten innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av kjennelsen.
3. Sakskostnader for tingretten tilkjennes ikke.

Jan-Fredrik Wilhelmsen

Dag A. Minsaas

Sveinung Koslung

Bekreftes  
for førstelagmannen: