



ASKER OG BÆRUM TINGRETT

KJENNELSE

Avsagt: 06.11.2009 i Asker og Bærum tingrett, Sandvika
Sak nr.: 09-096202TVI-AHER/2
Dommer: Dommerfullmektig med alminnelig bemyndigelse
Anette Eckhoff
Saken gjelder: Midlertidig forføyning

Bonnier Amigo Music Norway AS	Advokat Rune Ljostad
Daworks Music Publishing	Advokat Rune Ljostad
Dj Beat Records Scandinavia AS	Advokat Rune Ljostad
EMI Recorded Music Norway as	Advokat Rune Ljostad
The Music Business Organisation (mbo) AS	Advokat Rune Ljostad
Nordic Records Norway AS	Advokat Rune Ljostad
Playground Music Scandinavia Norge	Advokat Rune Ljostad
Norsk Avdeling Av Utenlandsk Foretak	
Steelworks Stein Groven	Advokat Rune Ljostad
Sony Music Norway AS	Advokat Rune Ljostad
Univeral Music as	Advokat Rune Ljostad
Voices Music & Entertainment AS	Advokat Rune Ljostad
Warner Music Norway AS	Advokat Rune Ljostad
TONO	Advokat Rune Ljostad
Paramount Picture Corporation	Advokat Rune Ljostad
Sony Pictures Entertainment, Inc	Advokat Rune Ljostad
Twentieth Century Fox Film Corporation	Advokat Rune Ljostad
Universal City Studios LLLP	Advokat Rune Ljostad
Warner Bros. Entertainment, Inc	Advokat Rune Ljostad
Sf Norge AS	Advokat Rune Ljostad
Nordisk Film Distribusjon AS	Advokat Rune Ljostad
Sandrew Metronome Norge AS	Advokat Rune Ljostad
Filmkameratene AS	Advokat Rune Ljostad
Friland Produksjon AS	Advokat Rune Ljostad

mot

Telenor Telecom Solutions AS	Advokat John S. Gulbrandsen
------------------------------	-----------------------------

KJENNELSE

Kjennelsen gjelder krav om midlertidig forføyning, og spørsmålet om Telenor Telecom Solutions AS, heretter Telenor, som internetttilbyder kan pålegges å blokkere sine kunders tilgang til nettsjeneren The Pirate Bay. Formålet med forføyningen er å hindre vedvarende krenkelser over Internett av saksøkernes opphavsrettslige beskyttede verker.

Begjæringen er reist av 23 selskaper og sammenslutninger, som består av 12 norske plateselskaper, TONO, fem amerikanske filmstudioer, tre norske filmdistributører og to norske filmprodusenter. Videre er det erklært partshjelp fra fem bransjeforeninger. De representerer til sammen en vesentlig del av norsk film- og musikkbransje. Det er enighet om at saksøkerne har opphavsrettigheter og andre nærstående rettigheter til det alt vesentlige av musikk og film på det norske markedet.

Telenor er for denne saks del leverandør av internettjenester til sine kunder, såkalt Internet Service Provider (ISP). Selskapet har ca 50 % av markedsandelen på dette området i Norge. Telenors kunder benytter således Telenors nettverk når de er oppkoblet til Internett.

Nettsjeneren The Pirate Bay ble etablert høsten 2003, og består av en nettside og en tracker som har til formål å fasilitere fildeling mellom sluttbrukerne, enkeltindividene. Fildelingen skjer ikke fysisk gjennom The Pirate Bay, men nettsjeneren bidrar til at det opprettes direkte kontakt mellom sluttbrukerne. Det er ikke bestridt at en del av Telenors kunder fildeler ulovlig, også ved hjelp av The Pirate Bay, og således krenker saksøkernes rettigheter.

Saksøkerne har rettigheter til musikk, film og tv-programmer, og av dette materialet som ligger på The Pirate Bay er i overkant av 90 % ulovlig fildelt. Av det totale materialet på The Pirate Bay utgjør musikk, film og tv-programmer vesentlig mer enn 50 %, men ikke så mye som 90 %. Det er ca 140 000 brukere av The Pirate Bay i Norge hver dag.

Saksøkerne og deres søsterorganisasjoner i andre land har forsøkt ulike faktiske og rettslige virkemidler for å beskytte sine rettigheter, og stanse krenkelser. De har de siste årene valgt å ikke benytte tekniske beskyttelsessystemer, herunder kopisperrer, for musikkverk. Begrunnelsen for dette er hensynet til forbrukerne og brukervennligheten av produktene som selges.

Saksøkernes søsterorganisasjoner har forsøkt å ta direkte kontakt med The Pirate Bay med krav om fjerning av innhold på nettsiden. The Pirate Bay har svart med å harselere med rettighetshaverne. I Nederland er det forsøkt å begjære midlertidig forføyning mot nettsjeneren. Til tross for at det ble besluttet midlertidig forføyning om stenging av tjeneren er den fortsatt i funksjon. Slik forføyning mot The Pirate Bay direkte er etter dette ikke forsøkt begjært i Norge. Personene bak The Pirate Bay er også politianmeldt i

Sverige. De ble domfelt av Stockholm tingsrett den 17. april 2009. Saken er anket, og således ikke rettskraftig.

Videre er det av saksøkernes søsterorganisasjoner i Sverige krevd at The Pirate Bays egen internettleverandør stenger tjenesten. Avgjørelse om slik stenging i den såkalte "Black Internet"-saken ble avsagt av Stockholm tingsrett den 28. august 2009. The Pirate Bay skiftet deretter internettleverandør, og de har ved videre pågang mot senere internettleverandører skiftet leverandør en rekke ganger. Nettjenesten er således fortsatt aktiv.

I Norge har saksøkerne politianmeldt en rekke opphavsrettskrenkelser. Alle anmeldelsene i perioden 2005-2008, dog med ett unntak, er henlagt. Saksøkerne har også hatt møter, korrespondanse mv. med Kultur- og kirkedepartementet for å belyse problemstillingen. Fra brev fra Kultur- og kirkedepartementet datert 24.09.07 til Simonsen Advokatfirma DA hitsettes:

"Vi viser til Deres henvendelse av 10. mai 2006, hvor De ber om departementets syn på "hvilken adgang rettighetshavere etter gjeldende rett har til å gå til midlertidig forføyning mot tjenestetilbydere for å få stanset ulovlig fildeling, og hva som er gjort for å overholde Norges folkerettslige forpliktelser etter Infosoc-direktivet".

...

Adgangen til midlertidig forføyning reguleres i tvangsfullbyrdelsesloven. I § 15-1 stilles som grunnleggende vilkår at saksøker har "et krav" mot saksøkte. Etter vårt syn kan dette krav følge av saksøktes medvirkning til tredjepartens krenkelse"

Advokatfirmaet Simonsen har på vegne av en del av rettighetshaverne i en periode fra november 2006 til juni 2009 hatt konsesjon fra Datatilsynet for å dokumentere rettighetskrenkelser. Saksøkerne benyttet dokumentasjonen til blant annet å sende brev til internettleverandører, herunder Telenor, med anmodning om videresending av varselbrev til de enkelte kunder om at det var registrert ulovlig fildeling på deres abonnement. IKT-Norge besvarte brevet gjennom et felles brev på vegne av Telenor og bransjen for øvrig, hvor de motsatte seg videresending av slike varselbrev.

I februar 2009 sendte saksøkerne brev til saksøkte med krav om blokkering av nettsiden The Pirate Bay samt varsel om midlertidig forføyning hvis slik blokkering ikke skjedde. Saksøkte besvarte brevet den 28. februar 2009, og motsatte seg blokkering.

Begjæring om midlertidig forføyning innkom Asker og Bærum tingrett 16. juni 2009. Telenor ASA ble forelagt begjæringen, og rettidig tilsvaer innkom retten den 13. juli 2009.

Muntlig forhandling ble berammet til den 12.-16. oktober 2009. Saksøkte ble senere under saksforberedelsen rettet til Telenor Telecom Solutions AS.

Rettsmøtet ble etter dette holdt for behandling av begjæringen av midlertidig forføyning. Som partsrepresentanter for saksøkerne møtte Marte Thorsby og Cato Strøm. Som partsrepresentanter for saksøkte møtte Harald Krogh og Morten Foss. Retten avhørte 8 vitner, herunder partsvitner, og det ble foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

Saksøkerne har i det vesentlige gjort gjeldende:

Hovedkrav og sikringsgrunn er sannsynliggjort, og vilkårene for midlertidig forføyning er derfor oppfylt. Det foreligger rettslig grunnlag for saksøkernes hovedkrav i åndsverkloven § 2 sammenholdt med samme lovs §§ 54-55. Telenor medvirker til krenkelser av saksøkernes opphavsrettigheter og nærstående rettigheter via The Pirate Bay, og kan derfor pålegges å stanse disse krenkelsene.

Aktiviteten på nettstedet hva gjelder annet enn distribusjon av beskyttet materiale er begrenset, og saksøkerne innhar rettighetene til en stor del av materialet som er tilgjengelig på The Pirate Bay.

Telenors kunder benytter Telenors nettverk når de foretar opp- og nedlasting via The Pirate Bay. Telenor er den største internettleverandøren i Norge, og har både teknisk og avtalemessig adgang til å blokkere. Videre foretar Telenor aktive handlinger for å tilby sitt nettverk, og gjør ingenting for å forhindre de rettighetskrenkelser som finner sted i sitt nett.

E-handelsloven fritar ikke for pålegg fra en domstol, jf. § 20, og et pålegg om blokkering strider ikke mot e-handelsloven § 19. Bruk av tekniske beskyttelsessystemer er ikke et vilkår for vern, og betyr ikke at hovedhandlingen ikke er rettsstridig.

Telenor medvirker både til The Pirate Bays ulovlige virksomhet og sine kunders ulovlige virksomhet. For at det skal foreligge medvirkning må det foreligge skyld i form av uaktsomhet eller forsett, og i tillegg årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og krenkelsen. I tillegg gjelder en rettsstridsreservasjon. Vilkårene er oppfylt, og det foreligger rettsstrid.

Ytringsfriheten er ikke til hinder for midlertidig forføyning. Saken ligger ikke i kjernen for ytringsfriheten, det er ikke noe absolutt forbud mot midlertidige forføyninger mot ytringer, vilkårene for inngrep etter EMK art. 10 er oppfylt og i opphavsdirektivet er forholdet til ytringsfriheten allerede vurdert. Videre foreligger allerede hjemler for blokkering av annet uønsket materiale på Internett.

Det foreligger international rettspraksis på området. Alle har besluttet blokkering for leverandør eller sluttbruker.

Det foreligger sikringsgrunn etter både tvisteloven § 34-1 bokstav a og b. Det er ikke noe åpenbart misforhold, jf. tvisteloven § 34-2 annet ledd, og en blokkering av domenenavn er effektivt. En midlertidig forføyning er nødvendig, og begjæringen må iverksettes straks. Saksøkerne har forsøkt alle andre rettslige og utenrettslige tiltak før begjæringen om midlertidig forføyning. Uten en forføyning er saksøkerne i praksis rettsløse.

De vanlige regler for sakskostnader gjelder etter tvisteloven kapittel 20. Det foreligger ikke noen ansvarsfrihet for sakskostnader etter e-handelsloven.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Telenor Telecom Solutions AS forbys å medvirke til tilgjengeliggjøring for allmennheten og eksemplarframstilling via nettstedet og trackerne The Pirate Bay av opphavssrettslige beskyttede verker og arbeider som saksøkerne har opphavsrettigheter eller nærstående rettigheter til.
2. Telenor Telecom Solutions AS pålegges å foreta de nødvendige skritt som er egnet til å forhindre Telenor Telecom Solutions AS kunder fra å få tilgang til Internett-adressene thepiratebay.org, thepiratebay.com, thepiratebay.net, thepiratebay.se, thepiratebay.nu, piratebay.net, piratebay.org, piratebay.no, piratebay.se og tracker.openbittorrent.com og dertil hørende undersider og subdomener.
3. Saksøkerne tilkjennes sakens omkostninger med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.

Saksøkte har i det vesentlige gjort gjeldende:

Vilkårene for midlertidig forføyning er ikke oppfylt. Verken hovedkrav eller sikringsgrunn er sannsynliggjort.

Det foreligger ikke hjemmel for hovedkravet. E-handelsloven hjemler ikke hovedkravet. Ansvarsfriheten i e-handelsloven § 16 er prinsipielt begrunnet. Etter e-handelsloven § 19 har Telenor verken kontrollplikt eller undersøkelsesplikt. Det foreligger ikke hjemmel i § 20, den gir kun en eksplisitt adgang til å ilegge pålegg fra domstol eller forvaltningsorgan.

Åndsverkloven gir ikke hjemmel verken i §§ 11 a, 54 eller 55, og opphavsdirektivet gir ikke hjemmel i art. 8.3. Brevet fra KKD utgjør et etterarbeid, og må tolkes snevert.

De avgjørelsene som foreligger fra Danmark får ikke avgjørende betydning. TDC-saken gjelder stenging av en netjtjeneste som var kunde av TDC. DMT2/Sonofon-saken er anket, og dessuten er det avgjørende forskjeller mellom dansk og norsk rett på området. Når det gjelder avgjørelsene fra Irland og Italia er de ikke sammenlignbare med norsk rett.

Subsidiært, hvis det foreligger hjemmel, gjøres det gjeldende at Telenor uansett ikke har en rettsstridig medvirkerrolle i relasjon til kundenes handlinger eller The Pirate Bays tjenester. Telenor medvirker ikke aktivt til ulovlige handlinger. Straffeloven § 254 må tolkes analogisk og ikke antitetisk. Telenor medvirker heller ikke passivt til ulovlige handlinger, og det foreligger ingen særlig forbindelse til verken The Pirate Bay eller kundene. Endelig har Telenor heller ikke utvist uaktsomhet eller forsett.

Under enhver omstendighet vil hovedkravet innebære en krenkelse av ytrings- og informasjonsfriheten, samt grunnleggende krav om proporsjonalitet. En forføyning vil også kunne gi en "chilling effect" for andre saker.

Det foreligger ikke sikringsgrunn, verken etter tvisteloven § 34-1 bokstav a eller b. Forføyningen er ikke nødvendig, og innebærer en foregrepet fullbyrdelse av hovedkravet. Uansett innebærer en forføyning en form for sensur av Internett, og dette er det ikke grunnlag for. Formålet om å hindre økonomisk tap ved opphavsrettskrenkelser er ikke sammenlignbart med å hindre integritetskrenkelser ved barneporno.

Telenor er fritatt også for erstatningsansvar for sakskostnadene, jf. ehandelsloven § 16.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Begjæringen tas ikke til følge.
2. Saksøkerne betaler in solidum Telenor Telecom Solutions AS sakskostnader, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

Rettens bemerkninger:

For at en begjæring om midlertidig forføyning skal kunne tas til følge, må saksøkeren sannsynliggjøre så vel krav som sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-2.

Saksøkerne har anført at Telenor medvirker til sine kunders opphavsrettskrenkelser via The Pirate Bay, og hovedkravet går ut på at medvirkningen til disse krenkelsene stanses. Saksøkte har prinsipalt anført at det ikke er hjemmel for et slikt krav i norsk rett.

Av e-handelsloven § 16 fremgår det at *”en tjenesteyter som overfører informasjon for en tjenestemottaker i et kommunikasjonsnettverk, er ikke strafferettslig eller erstatningsrettslig ansvarlig for innholdet i den overførte informasjonen”* på visse nærmere betingelser. Partene er enige om at Telenor med hjemmel i denne bestemmelsen ikke kan gjøres strafferettslig eller erstatningsrettslig ansvarlig etter åndsverkloven §§54-55 for sine kunders opphavsrettskrenkelser via The Pirate Bay. Videre fremgår det av e-handelsloven § 20 at bestemmelsen i § 16 ikke er til hinder *”for at en domstol eller forvaltningsmyndighet på annet rettsgrunnlag enn denne loven krever at tjenesteyteren bringer en overtredelse til opphør eller hindrer den”*.

Endelig fremgår det av Directive 2001/29/EC (Opphavsrettsdirektivet) artikkel 8.3 at *”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.”* Bestemmelsen førte ikke til noen lovendring i norsk rett ved implementeringen av direktivet.

Retten konstaterer at både e-handelsloven § 20 og opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3 forutsetter at det foreligger et selvstendig rettsgrunnlag for at tjenesteyteren/mellommannens påståtte krenkelse skal kunne bringes til opphør. Disse bestemmelsene gir således ikke selv noe slikt rettsgrunnlag.

Saksøkernes rettigheter reguleres primært i åndsverkloven, og hovedregelen om deres enerett til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten av sine åndsverker fremgår av åndsverkloven § 2. Saksøkerne har anført at hjemmelen for hovedkravet kan utledes av eneretten i åndsverkloven § 2, sammenholdt med de prinsipper som fremgår av medvirkningslæren, blant annet nedfelt i åndsverkloven §§ 54-55.

Det følger ikke direkte av ordlyden i § 2 at en krenkelse av en mellommann skal kunne bringes til opphør. Retten er likevel enig med saksøkerne i at det i utgangspunktet må følge som en nødvendig konsekvens av eneretten at rettighetshaverne må kunne kreve at krenkelser av eneretten stanses eller hindres. Videre er retten enig med saksøkerne i at dette må gjelde både de som krenker rettighetene direkte, og de som medvirker til slike krenkelser. I denne saken utgjør imidlertid de krenkende handlinger fra sluttbrukerne samtidig en ytring på en nettside, og en stansing av den påståtte medvirkningen fra Telenor til disse handlingene vil innebære at Telenor kunders rett til å søke og motta informasjon på denne nettsiden begrenses. Spørsmålet for retten er derfor om det at ytrings- og informasjonsfriheten berøres gjør at det må kreves en klar lovhjemmel for hovedkravet.

Det fremstår ikke som opplagt for retten at hjemmel for kravet kan utledes av de nevnte bestemmelser. Det er imidlertid ikke nødvendig for retten å ta stilling til dette, idet retten på annet grunnlag finner at begjæringen uansett ikke kan føre frem.

For at hovedkravet skal være sannsynliggjort må Telenor gjennom uaktsomhet eller forsett rettsstridig ha medvirket til opphavsrettskrenkelsene. Telenors aktive handlinger består i å tilby den nødvendige infrastrukturen og nødvendige tjenesten for å overføre datatrafikk slik at rettighetskrenkelsen kan finne sted. Videre utfører Telenor aktive driftsoppgaver for å tilby denne tjenesten, som drift, vedlikehold og brukerstøtte. Det er også anført at Telenor passivt medvirker til krenkelsene gjennom å unnlate å gripe inn når en tjeneste benyttes til ulovlig fildeling, til tross for positiv kunnskap om dette.

Retten finner etter bevisførselen 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. Samtidig konstaterer retten at medvirkningshandlingene ikke er konkret rettet verken mot Telenors enkelte kunder og deres handlinger, eller mot The Pirate Bays handlinger. Telenor handler på samme måte uansett om deres tjeneste brukes til et lovlig eller ulovlig formål. Dette tilsier etter rettens syn at medvirkningen ikke anses som rettsstridig.

Den alminnelige rettsstridsreservasjonen er av Johs. Andenæs i Alminnelig strafferett, 4. utgave på s 144 formulert som *"en generell reservasjon fra lovgiverens side, om at det ikke er meningen å ramme alle de tilfelle som ellers vil gå inn under beskrivelsen i straffebudet."* I Rt 1979 s. 1492 på s. 1499 uttaler førstevoterende *"Det vil i det enkelte tilfelle bli domstolenes oppgave å vurdere om andre hensyn må tillegges slik vekt at en handling som i og for seg går innunder gjerningsbeskrivelsen, likevel ikke kan anses som rettsstridig og derfor ikke rammes av vedkommende straffebud"*. Retten finner at de samme prinsippene får betydning for vurdering av Telenors handlinger i forhold til hovedkravet, og tar utgangspunkt i dette for den nærmere vurdering.

Retten har vurdert konsekvensene av forføyningen. Hvis saksøkernes hovedkrav tas til følge, vil dette etter rettens syn føre til en vanskelig håndterbar situasjon i praksis. Det vises til at innholdet på The Pirate Bay, og også andre nettsider, kan endres og faktisk endres hele tiden. Retten legger videre til grunn at Telenor som internettilbyder ikke har noen plikt til å undersøke eller kontrollere hva nettet brukes til, slik at internettilbyderne vil være avhengig av å bli varslet om påståtte ulovligheter. Dette vil føre til at Telenor og andre internettilbydere, som private selskaper, må foreta en vurdering med hensyn til om en aktuell internettside eller tjeneste skal stanses eller ikke. Dette er en type oppgave som vanligvis tillegges det offentlige, og etter rettens syn er det i dagens situasjon unaturlig å tillegge private selskaper et slikt ansvar. Hvis denne løsningen skal velges fremstår det som nødvendig med en nærmere utredning av dette. Etter det opplyste har Kultur- og kirkedepartementet allerede satt i gang en lovgivningsprosess på området.

Alternativet til å pålegge internettilbyderne en slik oppgave er at det må reises sak for domstolene i hvert enkelt tilfelle, enten ved ordinært søksmål eller midlertidig forføyning, som i denne saken. Dette fremstår som en retts teknisk uheldig situasjon idet det dreier seg om mange internettilbydere i Norge, og et svært betydelig antall nettsider som kan tenkes å være omstridt.

Opp mot dette har retten vurdert saksøkernes behov for å få stanset krenkelsene. Det er etter rettens syn ingen tvil om at saksøkerne har et slikt behov, og at det er nødvendig å finne en løsning for å møte dette behovet. Retten kan imidlertid ikke se at dette skal gjøre Telenor ansvarlig, når de øvrige hensyn taler så sterkt imot. Retten har sett hen til at The Pirate Bay er den nettsiden som i størst grad fasiliteter ulovlig fildeling pr i dag, men kan ikke se at dette bør medføre at konklusjonen blir en annen. Retten finner det heller ikke avgjørende at å stenge denne nettsiden kun vil blokkere en svært liten del av Telenors kunders internettilbud.

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.

Det er lagt ned påstand om saks kostnader fra begge parter. Etter resultatet skal saksøkte som hovedregel tilkjennes saks kostnader, jf. tvisteloven § 32-10, jf. § 20-2 første ledd. Retten finner imidlertid at saken har vært tvilsom idet den reiser prinsipielle spørsmål, og at det således var god grunn for saksøkerne til å få saken prøvd. Retten finner da at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta saksøkerne for erstatningsansvar etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav a. Saks kostnader tilkjennes derfor ikke.

SLUTNING

1. Begjæringen forkastes.
2. Saks kostnader tilkjennes ikke.

Retten hevet


Anette Eckhoff

