



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Gjelder det ulovlig krav om forhåndssensur i EUs digitalmarkedsdirektiv?

Lina H. Dahle

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, høst 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Beskrivelse av tema og problemstilling	1
1.2	Metodiske spørsmål.....	7
2	Kan artikkel 17 representere et inngrep i ytringsfriheten?.....	9
2.1	Vern av opphavsrettigheter etter artikkel 17	9
2.2	Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10.....	15
2.3	Særlig om forhåndssensur i Grl. § 100 og EMK artikkel 10.....	19
2.3.1	Særlig om forhåndssensur i Grl. § 100.....	19
2.3.2	Særlig om forhåndssensur i EMK artikkel 10.....	21
2.3.3	Ytringsfrihet og opphavsrett.....	22
2.3.4	Konklusjon	23
3	Er kravet om forhåndssensur lovlig?.....	24
3.1	Innledning.....	24
3.2	Vilkårene for å gjøre inngrep	26
3.3	Hjemmelskravet	28
3.4	Legitimt formål	31
3.4.1	Generelt om formålsvurderingen	31
3.4.2	Begrunnelsen for artikkel 17	32
3.5	Proporsjonalitet	34
	Referanseliste	40
	Lover	40
	Forarbeider	40
	Rettsavgjørelser.....	40
	Høyesterett	40
	Den europeiske menneskerettsdomstolen	41
	Rettsakter fra EU.....	42

Internasjonale konvensjoner.....	43
Litteratur.....	43
Øvrige kilder	46

1 Innledning

1.1 Beskrivelse av tema og problemstilling

I denne oppgaven vil jeg undersøke hvorvidt det gjelder et krav om forhåndssensur i EUs digitalmarkedsdirektiv, og i så fall om et slikt krav er forenelig med retten til ytringsfrihet.¹ Noen aktører mener artikkel 17 i direktivet vil kunne skape en tilstand av forhåndssensur, noe som vil kunne bety et inngrep i ytringsfriheten.

Først vil jeg undersøke om digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 kan føre til at det gjøres inngrep i ytringsfriheten. En slik undersøkelse forutsetter først og fremst en nærmere redegjørelse for innholdet i digitalmarkedsdirektivet artikkel 17. Det forutsetter også at det gjøres rede for bestemmelsene som verner ytringsfriheten i henholdsvis Grunnloven § 100 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 10.² Jeg vil deretter drøfte hvorvidt et inngrep oppfyller kravene om lovlighet, legitimt formål og proporsjonalitet, med grunnlag i prøvingsmetoden slik den fremkommer i rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).

Det er to sentrale rettigheter som vil bli drøftet opp mot hverandre, opphavsrett og ytringsfrihet. I norsk rett er opphavsrettens formål beskrevet i åndsverkloven § 1.³ For det første skal loven «gi rettigheter til de som skaper, fremfører eller investerer i åndsverk eller nærstående prestasjoner og arbeider, og slik også gi insentiv til kulturell produksjon», jf. § 1 bokstav a. For det andre skal rettighetene, i følge § 1 bokstav b, avgrenses:

«med sikte på å ivareta en rimelig balanse mellom rettighetshavernes interesser på den ene siden og brukernes og allmennhetens interesser på den andre siden, slik at åndsverk og nærstående prestasjoner og arbeider kan brukes der dette ut fra samfunnsmessige hensyn er rimelig, som bruk innen det private området og av hensyn til informasjons- og ytringsfriheten».

¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/790 av 17. april 2019 om opphavsrett og nærstående rettigheter i det digitale indre marked og om endring av direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF.

² Konvensjon om menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjonen, EMK) og Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (GrL.).

³ Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven).

I bestemmelsen fremheves blant annet hensynet til balanse mellom de konkurrerende interessene.⁴ Informasjons- og ytringsfriheten nevnes eksplisitt som et eksempel på noe som må tas med i betraktning. For det tredje skal loven «legge til rette for at det på en enkel måte kan avtales bruk av åndsverk og nærstående prestasjoner og arbeider», jf. § 1 bokstav c.

Opphavsretten er også dels omfattet av eiendomsbeskyttelsen i EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 der det er fastslått at

«Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.»⁵

EMK beskytter dermed ikke bare ytringsfriheten, men også opphavsretten.⁶ Opphavsretten har dermed et menneskerettslig aspekt, noe som bekreftes i blant annet EMDs dom *Balan mot Moldova*.⁷ Lignende bestemmelser finner vi også i EU-charteret artikkel 17 (2)⁸ og i FNs verdenserklæringen om menneskerettigheter artikkel 27 (2).⁹ I tillegg følger det av FNs internasjonale konvent om menneskerettigheter artikkel 15 (1) c) en plikt til å anerkjenne rettigheten som følger av verdenserklæringen.¹⁰ I en kommentar til artikkel 15 (1) c), skiller FNs komite for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter mellom menneskerettigheter og immaterialrettigheter.¹¹ Det uttales her at menneskerettigheter er en fundamental rettighet, da de er en del av menneskets person. Immaterielle rettigheter er først og fremst et middel fra staten til å blant annet skape insentiver til oppfinnsomhet og kreativitet, samt å bevare integriteten til vitenskapelige, litterære og kunstneriske produksjoner som kommer hele samfunnet til gode.

Den 17. april 2019 trådte EUs digitalmarkedsdirektiv i kraft. Formålet med direktivet var å harmonisere reglene om opphavsrett innad i EU-landene. Samme dato trådte også nett- og

⁴ Rognstad (2019) s. 34.

⁵ Tilleggsprotokoll 1 til den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen art. 1.

⁶ Rognstad (2019) s. 74.

⁷ Rognstad (2019) s. 74 og EMDs dom 24. januar 2008 *Balan mot Moldova*.

⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union av 26. oktober 2012 2012/C 326/02.

⁹ FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 10. desember 1948.

¹⁰ FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966.

¹¹ FNs komite for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, *General Comment no. 17* (2005) avsnitt 1.

videresendingsdirektivet i kraft.¹² Sammen er direktivene en del av en strategi for å skape et indre marked av digitalt innhold og tjenester.¹³

Nettsider som deler innhold, slik som for eksempel YouTube, Facebook og Twitter må nå, i tråd med direktivets artikkel 17, sørge for at det foreligger lisensavtaler mellom nettsidene og rettighetshaverne. Dersom dette ikke foreligger, blir sidene ansvarlig for opphavsrettskrenkelser, med mindre tilfellene går inn under ett av unntakene som presenteres i artikkel 17 fjerde ledd.

Da *rettighetshaver* kan ha forskjellig betydning innenfor ulike rettsområder, vil jeg her presisere hvem som er rettighetshaver i denne oppgaven. Åndsverkloven § 2 første ledd slår fast at den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket, og betegnes dermed som opphaver. Følgelig tar jeg utgangspunkt i at skaperen av et åndsverk er rettighetshaver i denne oppgaven. Her vil jeg imidlertid presisere at opphavsrettigheter kan overdras, slik at det ofte er andre enn opphaveren selv som er rettighetshaver til åndsverk, jf. åndsverkloven § 67. Hva som er *åndsverk* fremkommer av åndsverkloven § 2 andre ledd. Dette inkluderer blant annet tekster av alle slag, musikkverk, filmverk, fotografiske verk, malerier og grafikk. Jeg vil her presisere at jeg i oppgaven bruker ordene *verk*, *innhold*, *materiale* og *content* om hverandre når jeg omtaler åndsverk.

Både under utformingen av direktivet og i ettertid har det vært mye debatt rundt artikkel 17.¹⁴ Debatten utspiller seg i juridiske og teknologiske fagmiljøer, i underholdningsbransjen og på sosiale medier. Brukerne av tjenestene har reagert sterkt på det de mener er en uegnet rettstilstand. Digitalmarkedsdirektivet bygger på viktige hensyn, som beskyttelse av rettighetshavere og teknologisk utvikling, men også andre grunnleggende hensyn blir påvirket av direktivet.¹⁵ Retten til ytringsfrihet er en kjerneverdi som veier tungt i rettsstater.¹⁶

¹² Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/789 av 17. april 2019 om regler for utøvelse av opphavsrett og nærstående rettigheter som gjelder for visse av kringkastingsselskapers nettoverføringer og videresending av radio- og TV-programmer og om endring av direktiv 93/83/EØF.

¹³ Regjeringens EØS-notat om digitalmarkedsdirektivet.

¹⁴ Se blant annet Fox (2019)

¹⁵ Digitalmarkedsdirektivet fortale avsnitt 2.

¹⁶ Aall (2018) s. 268-269 om ytringsfrihetens betydning.

Direktivet regulerer blant annet digitale uttrykk og innhold, og reglene vil kunne påvirke individers rett til ytringsfrihet i digitale fora.

Det kan altså oppstå et spenningsforhold mellom ulike hensyn når det gjelder offentliggjøring av innhold på nettsider. Det som er ment som en modernisering og harmonisering av opphavsrettslige regler vil kunne få konsekvenser for både brukere som laster opp innhold, og for brukere som ser på innhold. Dersom innhold automatisk blir fjernet før det er lastet opp, kan dette begrense den retten ytringsfriheten i utgangspunktet gir til å dele informasjon, ettersom dette kan føre til at også *lovlig* innhold blir filtrert ut. Med lovlig innhold mener jeg innhold som ikke er beskyttet av opphavsrettigheter. I oppgaven vil jeg også diskutere hvorvidt det er sannsynlig at parodier, satire, kritikk og anmeldelser, som i utgangspunktet er beskyttet av retten til ytringsfrihet, vil stå i fare for å kunne bli forhåndssensurert.

Gjennom vedtakelsen av artikkel 17 ønsket EU-lovgiver å ansvarliggjøre de som publiserer innhold. Et eksempel på en side som publiserer innhold er videodelingstjenesten YouTube.¹⁷ Ved at slike tjenestetilbydere nå kan holdes ansvarlig, vil rettighetshavere nyte større beskyttelse for sine verk. Direktivet har fått støtte fra flere artister som hyller det de ser på som et steg i riktig retning.¹⁸ Dette fordi artikkel 17 vil føre til et sterkere vern av opphavsrettigheter.¹⁹

Da artikkelen ansvarliggjør «content sharing sites», eller innholdsdelende sider, vil jeg igjennom oppgaven bruke YouTube som eksempel på en slik side. Bakgrunnen for dette er plattformens størrelse og viktighet. YouTube har for det første høye brukertall, med to milliarder innloggede brukere hver måned.²⁰ For det andre er mengden av innhold som lastes opp omfattende. Hvert minutt lastes det opp ca 500 timer med video på YouTube.²¹

En tredje grunn til at YouTube brukes som eksempel er algoritmesystemet *Content ID*.²² En algoritme kan beskrives som en oppskrift uttrykt gjennom matematiske symboler eller ord.

¹⁷ YouTube.com driftes av Google. Per mai 2020 regnes YouTube som verdens nest største internettside, se Store norske leksikon «YouTube», sist besøkt 9. desember 2020.

¹⁸ Romero-Romero (2019) s. 188

¹⁹ Sands (2018).

²⁰ Store norske leksikon, «YouTube».

²¹ DeLisa, (2016) s. 1275.

²² YouTube, «Slik fungerer Content ID».

Dersom den er laget riktig vil den effektivisere en oppgave.²³ I dette tilfellet er oppgaven å finne treff i Content IDs database. Jeg vil utdype Content ID for å illustrere hva et lignende algoritmefilter gjør i dag, sammenlignet med hvordan et algoritmefilter i tråd med artikkel 17 vil kunne endre innholdet på en innholdsdelende side.

I dag bruker YouTube såkalt Content ID for å ta hånd om opphavsrettslige tvister ved ulovlig opplasting av innhold. Med ulovlig opplasting av innhold menes det innhold som er lastet opp på YouTube i strid med eksisterende opphavsretter. Dette betyr at brukerne får et varsel før det ulovlige innholdet fjernes av YouTube. Måten dette fungerer på er at alt innhold som lastes opp blir skannet opp mot referansefiler. YouTube har mer enn 58 millioner referansefiler i databasen til Content ID. Dersom algoritmesystemet oppdager et treff, det vil si at det opplastede innholdet har tilstrekkelig likhet med en referansefil, har rettighetshaveren i dag fire muligheter til å reagere på ulovlig opplastet innhold. De kan for det første spore videoen. Det andre alternativet er å gjøre krav på videoen og tjene penger på den gjennom annonser. Det tredje alternativet er å blokkere videoen i noen, eller alle land.²⁴ I tillegg til Content ID, har rettighetshaverne en fjerde mulighet til å reagere på ulovlig opplastet innhold. Dette er i form av en «copyright takedown». Til forskjell fra Content ID er denne rettigheten lovfestet. På initiativ fra rettighetshaver fjernes det ulovlige innholdet, og brukeren som lastet opp innholdet får en «copyright strike».²⁵

Gjennom Content ID-systemet, får brukerne som laster opp ulovlig innhold de facto en *sync license* ved å inngå avtaler med rettighetshaverne.²⁶ En sync license er en avtale mellom en bruker og en rettighetshaver. Rettighetshaver gir brukeren en tillatelse til å vise sitt verk gjennom et type medium, for eksempel en film eller en nettside.²⁷ Rettighetshaverne tjener mye penger på YouTube-annonser slik systemet fungerer i dag.²⁸ Dette er ett av argumentene fra YouTube og dets brukere mot innføringen av artikkel 17. Det er imidlertid kjent at Content ID-systemet har mangler. Systemet er bygget opp av algoritmer, og fungerer ikke

²³ Bergsjø og Bergsjø (2019) s. 54.

²⁴ YouTube, «Slik fungerer Content ID».

²⁵ YouTube: «The difference between copyright takedowns and Content ID claims».

²⁶ DeLisa (2016) s. 1278.

²⁷ Wikipedia, «Synchronization rights».

²⁸ Sands (2018).

alltid slik det er ment. Et eksempel er at systemet ikke klarer å fange opp tilfeller der det foreligger en lisensavtale med en tredjepart.²⁹

For å ikke bli holdt ansvarlig etter den nye artikkelen, ser tjenester seg nødt til å innføre opplastningsfiltre som fjerner innhold *før* det blir publisert, også kjent som *notice and staydown*.³⁰ Notice and staydown kan forklares som en metode nettsider bruker for å filtrere bort ulovlig innhold. Måten dette gjøres på er ved å identifisere alt innhold, proaktivt, for så å fjerne alt innhold og forhindre all fremtidig opplastning av det.³¹

I digitalmarkedsdirektivets fortale presiseres det at direktivet ikke skal pålegge en generell overvåkingsplikt.³² Europaparlamentet uttaler også i en pressemelding at det ikke er noe krav om bruk av opplastningsfilter.³³ Videre uttaler parlamentet at direktivet ikke er rettet mot «den almindelige bruker», men at det vil påvirke de «store onlineplattformer». Ved spørsmål om direktivet vil føre til sensur, er svaret, i følge Europaparlamentet, nei. Poenget er å sørge for at rettighetshavere får betalt for deres verk: «Direktivet vil ikke medføre sensur, men vil ved at udvide det juridiske ansvar øge presset på internettplattformer for å få dem til at inngå aftaler om en rimelig aflønning med dem,, (sic) hvis arbejdet plattformene tjener penge på. Dette er ikke censur.»³⁴

Når det gjelder filter, uttaler Europaparlamentet at direktivet ikke «opregner [...], hvilke verktøjer, menneskelige ressurser eller infrastrukturer, der kan være nødvendige for at forhindre, at materiale, der ikke er betalt for, dukker op på siden. Det stilles derfor ikke noget krav om at anvende uploadfiltre».³⁵ Dersom sidene mangler «innovative løsninger» kan de

²⁹ DeLisa (2016) s. 1288.

³⁰ Romero-Romero (2019) s. 188.

³¹ Romero-Romero (2019) s. 188.

³² Digitalmarkedsdirektivets fortale avsnitt 66.

³³ Pressemelding fra Europaparlamentet, *Spørsmål & svar vedrørende direktivet om ophavsret på det digitale indre marked*, 27. mars 2019.

³⁴ Pressemelding fra Europaparlamentet, *Spørsmål & svar vedrørende direktivet om ophavsret på det digitale indre marked*, 27. mars 2019.

³⁵ Pressemelding fra Europaparlamentet, *Spørsmål & svar vedrørende direktivet om ophavsret på det digitale indre marked*, 27. mars 2019.

imidlertid ende opp med å bruke filtre. Denne kritikken må rettes «mod de plattforme, der utvikler og anvender dem, ikke mod lovgiveren, der blot fastsætter et mål, der skal nås (...)».

Europaparlamentet gjør også et poeng ut av at direktivet inneholder bestemmelser som skal sikre klagesystemer som gjør at brukere får «en hurtig indgivelse og behandling af klager, kan appellere, hvis platformen på uberettiget grundlag fjerner det indhold, som vedkommende har uploadet.»

1.2 Metodiske spørsmål

Oppgaven bygger hovedsakelig på rettsdogmatisk metode, slik den er beskrevet i norsk metodelære.³⁶ Grunnloven § 100 er det rettslige utgangspunktet for ytringsfrihet i norsk rett. Ytringsfriheten er vernet av både Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Menneskerettsloven § 2 nr. 1 sørger for at EMK er inkorporert i norsk rett.³⁷ Ved motstrid følger det av mrl. § 3 at «konvensjonene» skal gå foran «annen lovgivning». Det gjelder imidlertid et prinsipp om selvstendig tolkning for at konvensjonene skal få forrang. Dette følger av Rt. 2000 s. 996 (Bøhler). Høyesterett uttalte her at «[p]å grunnlag av konvensjonsorganenes praksis og de verdioppfatninger og tradisjoner som vårt samfunn bygger på, må norske domstoler søke å komme fram til hvordan konvensjonens bestemmelser skal forstås».

Videre ble det fastslått i HR-2016-2554-P (Holship) at vi har et dualistisk system for menneskerettsforpliktelser som vi er bundet av gjennom konvensjoner.³⁸ Høyesterett har uttalt seg om hvordan norske rettsanvendere skal gå frem ved tolkning av EMK. I Rt. 2015 s. 833 avsnitt 45 uttalte høyesterett blant annet at

«[V]ed anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser.»

³⁶ Eckhoff (2001), Nygaard (2004) og Skoghøy (2018).

³⁷ Lov 21. mai nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller mrl.).

³⁸ Høgberg og Sunde (2019) s. 360.

Høyesterett slår her fast at norske domstoler skal benytte samme metode som EMD. EMK utgjør dermed en sentral del av norsk rettsutvikling.³⁹ EMDs rettskultur og norsk rettskultur har imidlertid tydelige forskjeller når det gjelder bruk av lovforarbeider og formålsbetraktninger. Norsk rettskultur legger mer vekt på forarbeider enn EMK-retten. EMKs metode er på sin side i større grad formålsstyrt.⁴⁰ Bruken av rettspraksis er også et viktig kjennetegn ved EMDs metode, og er sentral ved rettsanvendelsen.⁴¹

Da jeg både skal gjøre rede for EMK artikkel 10, samt undersøke om et inngrep i artikkelen vil være lovlig, vil bruk av EMDs avgjørelser utgjøre en sentral del av denne oppgaven. Jeg vil ikke foreta noen videre redegjørelse av EMDs rettsanvendelsesprosess i denne oppgaven.

Selv om Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 langt på vei er overlappende, har jeg valgt å foreta en egen drøftelse av Grl. § 100. Dette har jeg gjort på bakgrunn av at Grl. § 100 har et eget ledd som forbyr forhåndssensur. Med dette tatt i betraktning, er det imidlertid unntaket i EMK artikkel 10 nr. 2 som vil utgjøre det rettslige utgangspunktet for vurderingen av hvorvidt det foreligger et lovlig inngrep i ytringsfriheten.

Det er digitalmarkedsdirektivet som er det sentrale direktivet i denne oppgaven. Direktivet er ikke gjennomført i norsk rett. Det følger av EØS-avtalen artikkel 7 at rettsakter som blir tatt inn i EØS-avtalen er bindende for Norge.⁴² Det fremkommer videre av EØS-avtalen artikkel 6 at bestemmelsene i avtalen skal tolkes i samsvar med relevante avgjørelser i EU-domstolen. I denne oppgaven er det *virksomheten* av artikkel 17 som vil være hovedfokus ved tolkningen av den. Digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 er i tillegg detaljert utformet, og det foreligger ikke rettspraksis angående bestemmelsen. Praksis fra EU-domstolen vil dermed ikke trekkes inn under redegjørelsen av bestemmelsen. Under tolkningen av EMK artikkel 10 anser jeg det imidlertid sentralt å trekke inn relevante EMD-avgjørelser for å klargjøre tolknings spørsmål.

³⁹ Høgberg og Sunde (2019) s. 360.

⁴⁰ Høgberg og Sunde (2019) s. 362.

⁴¹ Høgberg og Sunde (2019) s. 372.

⁴² Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

Per dags dato er digitalmarkedsdirektivet til vurdering i EØS og EFTA-statene.⁴³ Det er dermed en spesiell situasjon metodisk, at jeg drøfter om regler som enda ikke er innført, vil være i samsvar med yringsfriheten. Jeg drøfter ikke bare innholdet i gjeldende rett slik det er nå, men om potensiell fremtidig lovgivning vil være i samsvar med Grunnloven og EMK.

I forslaget til ny åndsverklov nevnes EU-kommisjonens uttalelse om at de har «som målsetting å gjennomføre en fullstendig harmonisering av opphavsretsreglene i EU».⁴⁴ I denne drøftelsen forutsetter jeg at direktivet blir gjennomført i åndsverkloven, med det innholdet det har i dag. Jeg vil presisere at jeg i oppgaven ikke har noe konkret saksforhold, og baserer meg dermed på lovtekst og EMD-praksis. Oppgaven fordrer også at norsk rett undersøkes, og jeg vil dermed redegjøre for relevante bestemmelser i åndsverkloven.

Oppgaven videre består av to deler. I kapittel 2 vil jeg undersøke om digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 innebærer et inngrep i yringsfriheten etter EMK artikkel 10 og Grl. § 100. Kapittel 2 er således en undersøkelse om artikkel 17 er innenfor virkeområdet til yringsfriheten. Herunder vil det være et spørsmål om artikkel 17 inneholder et krav om forhåndssensur, jf. Grl. § 100.

I kapittel 3 vil jeg undersøke om artikkel 17 kan anses som et lovlig inngrep i yringsfriheten. Reglene som fremkommer i artikkel 17 vil dermed vurderes opp mot vilkårene for inngrep som følger av EMK artikkel 10 nr. 2.

2 Kan artikkel 17 representere et inngrep i yringsfriheten?

2.1 Vern av opphavsrettigheter etter artikkel 17

Formålet med oppgaven er å ta stilling til om digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 er forenelig med, eller i strid med, yringsfriheten. For å kunne ta stilling til dette, må først innholdet i artikkel 17 beskrives nærmere. Det generelle innholdet i denne bestemmelsen, herunder hvordan bestemmelsen passer inn i digitalmarkedsdirektivet for øvrig, blir derfor temaet for

⁴³ Regjeringens EØS-notat om digitalmarkedsdirektivet.

⁴⁴ Prop. 104 L (2016-2017) punkt 2.2.3.

dette punktet. Hvorvidt bestemmelsen representerer et ulovlig inngrep i ytringsfriheten, kommer jeg tilbake til senere.

Jeg skal først undersøke hva som eventuelt kan føre til at digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 innebærer en form for sensur. Bakgrunnen for at jeg starter med å gjøre rede for det generelle innholdet i artikkel 17, er at det er en nyere bestemmelse, og dermed ukjent for mange. Jeg ser det dermed som hensiktsmessig presentere denne før jeg gjør rede for grensene for ytringsfrihet i EMK artikkel 10 og Grunnloven § 100.

Hensynet bak digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 er, som nevnt, å beskytte innehavere av opphavsrettigheter. Ved implementering av direktivet må staten sørge for at de innholdsdelende sidene opprettholder autorisasjon fra rettighetshavere. Hvem som er rettighetshaver, er beskrevet i punkt 1.1.

Digitalmarkedsdirektivet er en del av EUs *Digital Single Market (EUs digitale indre marked)*, som beskrives som et marked hvor «free movement of goods, persons, services and capital is ensured and where individuals and businesses can seamlessly access and exercise online activities under conditions of fair competition».⁴⁵ Direktivet er en del av EUs strategi for et digitalt indre marked, og sammen med nett- og videresendingsdirektivet skal direktivene ta hånd om problemstillinger som fremkommer i en stadig mer digitalisert verden. Slike moderne problemstillinger har dukket opp som følge av at hvordan vi lever som individer, samfunnet, arbeidshverdagen og økonomiske systemer endrer seg i takt med teknologisk utvikling.⁴⁶

Det følger av artikkel 17 nr. 1 at medlemsstater skal sørge for at en «online content-sharing service provider performs an act of communication to the public». Begrepet «online content-sharing service providers» defineres i direktivets artikkel 2 (6) som en

«provider of an information society service of which the main or one of the main purposes is to store and give the public access to a large amount of copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by its users, which it organises and promotes for profit-making purposes».

⁴⁵ Communication from the Commission. *A Digital Single Market Strategy for Europe* (6. mai 2015), s. 3.

⁴⁶ Communication from the Commission. *A Digital Single Market Strategy for Europe* (6. mai 2015), s. 2.

Dette innebærer en tilbyder av et internettsamfunn som har til hensikt å lagre og dele store mengder materiale med offentligheten, er pliktsubjekt etter bestemmelsen. Dette inkluderer både opphavsrettslig beskyttet materiale og annet materiale som blir lastet opp av brukerne. Materialet blir organisert med hensikt om å skape profitt.

Nettsiden gjør en *act of communication* når de gir offentligheten tilgang til «copyright protected works or other protected subject matter uploaded by its users».⁴⁷ Det vil for eksempel kunne anses som en *act of communication* dersom brukere på en nettside kan se videoer med andres åndsverk i, som andre brukere har lastet opp.

Videre følger det av artikkel 17 nr. 2 at de innholdsdelende sidene skal opprettholde autorisasjon fra «rightsholders» gjennom for eksempel en lisensavtale. Hvem som er «rightsholders» eller *rettighetshavere* i artikkel 17, følger av EUs opphavsrettsdirektiv artikkel 3 nr. 1 og 2.⁴⁸ Medlemsstater skal etter bestemmelsen sørge for at «authors» får en eksklusiv rett til å autorisere eller forby kommunikasjon av deres verk. Dette inkluderer at offentligheten kun får tilgang til verkene «from a place and at a time individually chosen by them», jf. artikkel 3 nr. 1. Videre skal «performers», «phonogram producers», «producers of the first fixations of films, of the original and copies of their films» og «broadcasting organisations» ha en eksklusiv rett til å råde over hvordan materialet deres gjøres tilgjengelig for offentligheten, jf. artikkel 3 nr. 2.

Artikkel 17 inneholder videre regler om ansvar for krenkelse av opphavsrettigheter. Det følger av artikkel 17 nr. 3 at artikkel 14 nr. 1 i ehandelsdirektivet ikke er til hinder for å holde de innholdsdelende sidene ansvarlige for krenkelser av opphavsrettigheter.⁴⁹ Artikkel 14 nr. 1 slår fast at «visse lagringstjenester» ikke har ansvar for informasjon som lagres på oppfordring fra andre.⁵⁰ Det er to forutsetninger for ansvarsfrihet etter artikkel 14 nr. 1. For det første må tjenesteyteren ikke ha faktisk kunnskap om den ulovlige virksomheten. For det

⁴⁷ Digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 nr. 1.

⁴⁸ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (EUs opphavsrettsdirektiv).

⁴⁹ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (ehandelsdirektivet) artikkel 14 nr. 1.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) punkt 4.4.

andre må tjenesteyteren fjerne informasjonen og sperre tilgangen til den «fra det øyeblikk vedkommende får slik kjennskap».⁵¹

Dette er dermed en bestemmelse som til en viss grad skal sørge for at innholdsdelende sider ikke må bære ansvar på vegne av brukerne. Bestemmelser som artikkel 14 kan være et resultat av at man på vedtakstiden ikke ønsket å pålegge slike tjenester ansvar på grunn av den økonomiske veksten utviklingen av slike tjenester kunne gi.⁵² Denne kollisjonen vil kunne være en grunn til at det vil ta tid før digitalmarkedsdirektivet blir norsk lov.⁵³ Kollisjonen mellom de to artiklene er ett av argumentene mot artikkel 17.⁵⁴

I artikkel 17 nr. 4 reguleres ansvaret til de innholdsdelende sidene:

«If no authorisation is granted, online content-sharing service providers shall be liable for unauthorised acts of communication to the public, including making available to the public, of copyright-protected works and other subject matter (...)».⁵⁵

Etter ordlyden fremgår det at dersom det ikke foreligger noe form for lisensavtale mellom deleren av innhold og rettighetshaveren, blir den innholdsdelende siden stilt ansvarlig. Sidene blir dermed ansvarlig for all kommunikasjon (deling) av opphavsrettslig vernet innhold som ikke er autorisert igjennom en avtale.

Ansvaret som følger av artikkel 17 nr. 4 er likevel ikke absolutt. I følge artikkel 17 nr. 4 i bokstav a til c er den innholdsdelende nettsiden er fritatt ansvar dersom de for det første kan bevise at de har «made best efforts to obtain an authorisation».⁵⁶ Sidene må dermed bevise at de har prøvd å få i stand en lisensavtale mellom partene. For det andre må de ha «made (...) best efforts to ensure the unavailability of specific works and other subject matter for which the rightsholders have provided the service providers with the relevant and necessary information», jf artikkel 17 nr. 4 bokstav b. For det tredje må sidene ha «acted expeditiously

⁵¹ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) punkt 4.4.

⁵² Torvund (2020) s. 372 og 380.

⁵³ Torvund (2020) s. 372.

⁵⁴ Google Norway 2016, «Høringssvar vedrørende Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om opphavsrett på det digitale indre marked.» s. 1.

⁵⁵ Digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 nr. 4 første punktum.

⁵⁶ Digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 nr. 4 bokstav a.

upon receiving a sufficiently substantiated notice from the rightsholders, to disable access to, or to remove from their websites, notified works or other subject matter, and made best efforts to prevent their future uploads in accordance with point (b)», jf. nr. 4 bokstav c. Sidene må dermed ha *handlet raskt* i det de har fått informasjon fra rettighetshaverne, gjennom å blokkere tilgang til materiale, fjerne materialet fra nettsiden og forhindre at opplastninger skjer i fremtiden.

Artikkel 17 nr. 5 inneholder en vurdering i lys av proporsjonalitetsprinsippet. I vurderingen av hvorvidt den innholdsdelendesiden har «complied with its obligations» i nr. 4, skal det tas hensyn til «two elements, among others (...) the type, the audience and the size of the service and the type of works or other subject matter uploaded by the users of the service», jf. bokstav a. For det andre skal det tas hensyn til «the availability of suitable and effective means and their cost for service providers.», jf. bokstav b.

Artikkel 17 nr. 7 tar forbehold om at samarbeidet mellom de innholdsdelende nettsidene og innehaverne av opphavsrettigheter, ikke skal forhindre tilgjengelighet til verk som ikke krenker opphavsrettigheter. Det følger av nr. 7 andre setning at medlemsstater skal sørge for at brukere skal kunne «rely on any of the following existing exemptions or limitations when uploading and making available content generated by users on online content-sharing services». De tilfellene som går inn under unntaket er «quotation, criticism, review» og «caricature, parody or pastiche». ⁵⁷ Digitalmarkedsdirektivets fortale presiserer at disse unntakene må gjelde av hensyn til ytringsfriheten. ⁵⁸ I relasjon til dette viser fortalen til behovet for at de innholdsdelende sidene har en effektiv klagemekanisme for disse tilfellene. Artikkel 17 nr. 8 slår kort fast at anvendelsen av artikkel 17 ikke skal føre til en generell overvåkingsplikt.

Artikkel 17 oppstiller ikke et krav om å filtrere ut ulovlig innhold før det publiseres gjennom bruk av et algoritmefilter. Det er dermed ikke noe eksplisitt krav om forhåndssensur. Da det imidlertid er snakk om store mengder materiale som må overvåkes, er det vanskelig å tenke seg at materialet skulle blitt kontrollert manuelt av mennesker. Selv om man skulle hatt tilstrekkelig arbeidskraft tilgjengelig for å kontrollere alt materialet ville manuell kontroll for

⁵⁷ Digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 nr. 7 bokstav a og b.

⁵⁸ Digitalmarkedsdirektivets fortale avsnitt 70.

det første vært tidkrevende. For det andre ville det ført til at tiden fra opplasting til publisering hadde blitt lang. For det tredje vil menneskelige ressurser også kreve lønnsutgifter som i et slikt tilfelle ville blitt enorme. I dette scenarioet vil det kanskje ikke være økonomisk mulig å drive tjenester som YouTube, noe som igjen kan virke begrensende for yringsfrihet og informasjonsdeling. Det er dermed sannsynlig at YouTube, for å kunne oppfylle forpliktelsene etter direktivet, er nødt til å innføre algoritmefilter som kan fjerne ulovlig innhold automatisk.⁵⁹

Unntaket som oppstilles i artikkel 17 nr. 7 skal forhindre at blant annet kritikk, parodi og anmeldelser ikke skal omfattes av hovedregelen. Det kan tenkes at et algoritmefilter ikke alltid vil kunne skille mellom originalmateriale og nettopp kritikk, parodi og lignende. Disse tilfellene kan da automatisk bli fjernet, ved at algoritmefilteret anser dem som inngrep, selv om de eksplisitt er unntatt som lovlige. I debatten rundt innføringen av direktivet, uttrykker kritikere bekymring for at algoritmefilter blant annet vil kunne fjerne lovlige innhold.⁶⁰

Som nevnt i punkt 1.1 innehar YouTubes Content ID-system allerede mangler som gjør at lovlige innhold blir fjernet. Dersom de innholdsdelende sidene ser seg nødt til å innføre notice-and staydown filter, er det etter min oppfatning en større sjanse for at lovlige kritikker, parodier og lignende blir forhåndssensurert. Etter mitt syn vil digitalmarkedsdirektivet, på grunn av forutsetninger om forhåndskontroll av publisert innhold, indirekte oppstille et krav om forhåndssensur da slike filtre vil ramme visse typer lovlige innhold.

Etter mitt syn inneholder digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 regler som forutsetter en viss grad av sensur. Jeg må imidlertid først undersøke hvorvidt dette er noe som kan karakteriseres som et inngrep etter EMK artikkel 10 og Grunnloven § 100, herunder om det kan anses som forhåndssensur i strid med yringsfriheten. Hvorvidt disse reglene er forenelige med Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10, kommer jeg tilbake til i punkt 3 nedenfor. Før jeg kan foreta denne vurderingen, er det nødvendig å se nærmere på innholdet i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10.

⁵⁹ I diskusjonen rundt artikkelen uttrykkes det bekymring for potensielle opplastningsfiltre, se Reynolds (2019), Feiner (2019) og Romero-Romero (2019) s. X

⁶⁰ Fox (2019)

2.2 Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10

Utgangspunktet for drøftelsen er den overordnede bestemmelsen om ytringsfrihet som kommer til uttrykk i Grunnloven § 100. I første ledd slås det fast at «[y]tringsfrihet bør finne sted». Ordet *ytringsfrihet* tolkes som en frihet til å si og mene det man vil. Det følger av forarbeidene at «bør» må forstås som «skal» og dette følger også av nynorskversjonen.⁶¹

Første ledd av bestemmelsen har karakter av en salgs «prinsippklæring», ved at det her legges føringer for hvordan resten av bestemmelsen skal tolkes.⁶² Retten til ytringsfrihet fremgår i tillegg av EMK artikkel 10 som sier «[e]veryone has the right to freedom of expression». I tillegg slår artikkel 10 fast at «[t]his right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers».

Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 er i utgangspunktet selvstendige bestemmelser. Likevel er det en nær sammenheng mellom dem. Grl. § 92 sier de «statlege styresmaktene skal respektere og tryggje menneskerettane slik dei er fastsette i denne grunnlova og i traktater om menneskerettar som er bindande for Noreg».⁶³ Til en viss grad kan dette ses på som et uttrykk for presumsjonsprinsippet, som blant annet tilsier at norsk rett tolkes i lys av det som følger av folkeretten. Grunnloven § 100 må derfor tolkes i lys av EMK artikkel 10. Beskyttelsen av ytringsfrihet i de to bestemmelsene blir da langt på vei overlappende.

EMK artikkel 10 og Grl. § 100 anvendes vekselvis av Høyesterett. I noen tilfeller kan imidlertid EMK artikkel 10 gi et sterkere vern av ytringsfriheten. Dette var blant annet tilfelle i Rt. 2004 s. 1737 (TV Vest) og EMDs dom *TV Vest m.fl mot Norge*.⁶⁴ EMD slo her fast, i motsetning til Høyesteretts flertall, at det forelå et inngrep i ytringsfriheten. Bakgrunnen for at domstolene kom til ulikt resultat lå i at EMK artikkel 10 nr. 2, til forskjell fra Grl. § 100, krever at et inngrep i ytringsfriheten må være *nødvendig i et demokratisk samfunn*.⁶⁵ Videre er

⁶¹ NOU 1999: 27 «Ytringsfrihed bør finde Sted» Forslag til ny Grunnlov § 100 punkt 1.1.1.

⁶² Innst.S.nr.270 (2003-2004) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om endring av Grunnloven § 100 punkt 3.1.1.

⁶³ Jf. også Grl. § 2 andre punktum.

⁶⁴ EMDs dom 11. desember 2008 *Tv Vest AS og Rogaland Pensjonistparti mot Norge* avsnitt 78.

⁶⁵ Dokument 16 s. 160 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (Dokument 16) s. 160.

det også et større rettskildemateriale tilgjengelig ved tolkningen av EMK artikkel 10 i forhold til ved tolkningen av Grl. § 100, ettersom omfanget av ytringsfrihetssaker som fremmes for EMD er betydelig.⁶⁶

Vernet av ytringsfriheten er vidtrekkende. Det beskytter et stort spekter av typer ytringer og ulike måter å ytre seg på.⁶⁷ Man skal kunne ytre det man ønsker både muntlig og skriftlig. Det kan også gjøres nonverbalt ved bruk av lyd og bilder.⁶⁸ Dersom det er tvil om en nonverbal handling omfattes av ytringsfriheten, skal man vurdere type aktivitet og formålet med aktiviteten. Dette følger av EMDs avgjørelse i *Mural Vural mot Tyrkia*.⁶⁹ Kunstnerisk ytringsfrihet inngår som en del av retten.⁷⁰ I den ligger det en rett til å utveksle «cultural, political and social information and ideas of all kinds».⁷¹

Videre innbefatter ytringsfrihet formen ideen blir uttrykt gjennom. I *Haes og Gijssels mot Belgia* slår domstolen fast at ideene og «the form in which they are conveyed» er beskyttet av artikkel 10.⁷² Måter man kan ytre seg på omfavner dermed et nyansert spekter av ytringsformer. Det opphavsrettsbeskyttede materialet som er relevant for artikkel 17-problematikken vil for eksempel kunne komme til uttrykk i ulike digitale former.

Videre følger det av Grl. § 100 andre ledd at «[i]ngen kan holdes rettslig ansvarlig for å ha meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap». Det oppstilles her et forbud mot å holde personer ansvarlig for å ytre seg fritt. Det presiseres også at personer har en rett til å få informasjon, samt dele informasjon. Videre kan det gjøres unntak fra dette dersom «det lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i *sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse*» (min utheving). Dette er ytringsfrihetens tre hovedbegrunnelser etter § 100.

⁶⁶ Dokument 16 s. 160.

⁶⁷ Kjølbros (2017) s. 971 og EMDs dom 24. januar 2008 *Balan mot Moldova*. X

⁶⁸ EMDs dom 10. januar 2013 *Ashby Donald m.fl. mot Frankrike* avsnitt 34. Dommen omhandler offentliggjørelse av bilder fra et moteshow på internett.

⁶⁹ EMDs dom 21. oktober 2014 *Murat Vural mot Tyrkia* avsnitt 54. Dommen omhandler en person som kastet maling på en statue av Atarük.

⁷⁰ Kjølbros (2017) s. 1066.

⁷¹ EMDs dom 8. juli 1999 *Kratas mot Tyrkia* avsnitt 49.

⁷² EMDs dom 24. februar 1997 *Haes og Gijssels mot Belgia* avsnitt X.

Det tilstrebes offentlighet rundt samfunnsprosesser og ytringsfriheten begrunnes dermed delvis i demokrati.⁷³ Videre er mennesket autonomt og det skal være adgang til å ytre seg uten begrensninger. Denne adgangen til fri ytring baserer seg blant annet på gjensidig tillit, jf. uskyldspresumsjonen.⁷⁴ Dersom det mangler tillit fra staten ovenfor borgerne, vil forhåndssensur kunne være en reaksjon.⁷⁵ De tre hovedbegrunnelsene bak Grl. § 100 er avhengig av at den åpne, offentlige samtalen virker i samspill med «felles fornuft».⁷⁶

Det resultatet digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 kan føre med seg, er at innholdsdelende nettsider blir holdt ansvarlige på vegne av brukerne. Hvis man tar i betraktning den mengden innhold som lastes opp på YouTube, vil det være sannsynlig at de innholdsdelende sidene ikke vil kunne kontrollere og fjerne ulovlig innhold med mindre de tar i bruk delingsfiltre. I ytterste konsekvens vil det kunne føre til straffesanksjoner dersom sidene ikke tar i bruk delingsfiltre. Artikkel 17 må dermed anses som en strafferettshjemmel.

Dersom digitalmarkedsdirektivet blir gjennomført i norsk rett, følger aktuelle sanksjoner av åndsverkloven kapittel 5. Kapittelet inneholder regler om straff og erstatning. Hvorvidt disse bestemmelsene vil endres dersom direktivet blir gjennomført i norsk rett er usikkert. Sanksjonskatalogen inneholder for det første et *forbud* mot inngrep og andre overtredelser i åndsverkloven § 78. Den som har gjort et inngrep i en annens rett, eller på en annen måte overtrådt loven, kan forbyes å gjenta handlingen, jf. § 78 første ledd. Videre fremgår det av § 79 første ledd at den som begår inngrep eller overtrer visse bestemmelser i åndsverkloven, straffes med bøter eller fengsel inntil ett år. § 80 regulerer straff for grov overtredelse av visse bestemmelser. Straffen er bøter eller fengsel inntil tre år, jf. § 80 første ledd.

Vederlag og erstatning reguleres av åndsverkloven § 81. Den som har gjort inngrep i en annens rett eller overtrådt åndsverkloven på annen måte skal enten betale et «rimelig vederlag for bruken» og «erstatning for skade som følge av overtredelsen, som ikke ville oppstått ved avtale om bruk», jf. § 81 bokstav a. Det andre alternativet er at det skal betales erstatning for

⁷³ NOU 1999: 27 punkt 1.1.2.

⁷⁴ Jf. Grl. § 96 andre ledd «Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven», EMK artikkel 6 nr. 1 og 2, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 artikkel 14 nr. 2 og FNs verdenserklæring om menneskerettigheter artikkel 11 nr. 1.

⁷⁵ Tellesbø (2008) s. 313.

⁷⁶ Tellesbø (2008) s. 315.

skaden som følger av overtredelsen, jf. § 81 bokstav b. Tredje alternativ er å betale «vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved overtredelsen», jf. § 81 bokstav c.

Straffesanksjonsbestemmelsene i åndsverkloven vil ikke beskrives noe mer detaljert enn dette. Jeg syns imidlertid at det er viktig å nevne dem, da de kan få betydning under vurderingen av tilstrekkelig hjemmel i punkt 3.3 nedenfor.

Ved at de innholdsdelende sidene, *de facto*, får et påbud om å innføre delingsfilter, vil det kunne stå i strid mot forbudet mot straffeansvar for ytringer. Dersom de innholdsdelende sidene ikke kan tillate brukere å dele informasjon, vil det etter min mening kunne få den konsekvens at man stenger av for informasjons- og delingsfrihet. Slik algoritmesystemet Content ID fungerer i dag, vil brukerne selv måtte bære konsekvensene av ulovlige opplastninger etter at de er blitt publisert.

EMK slår ikke eksplisitt ned på forhåndssensur i ordlyden, men det fremgår av rettspraksis at terskelen for å godta dette er høy.⁷⁷ Som en følge av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 må de innholdsdelende sidene på et vis kontrollere hva som blir delt av brukerne. Ved at dette i praksis da sannsynligvis vil gjøres ved å bruke «notice- and staydown»-teknologi, vil det etter min mening kunne medføre et inngrep i brukernes ytringsfrihet.

Gr. § 100 sier videre i tredje ledd første setning at frimodige ytringer om «hvilken som helst gjenstand» er tillatt for enhver. Unntaket følger i andre setning, som sier «[d]et bare settes klart definerte grenser for denne rett der særlig tungtveiende hensyn gjør det forsvarlig opp imot ytringsfrihetens begrunnelser». Etter ordlyden fremgår det at hvem som helst kan ytre seg om hva som helst. Det kan kun gjøres inngrep i denne retten dersom det er tydelig at de hensynene som begrunner slike grenser veier særlig tungt, sett opp mot begrunnelsene bak ytringsfriheten.

⁷⁷ Se f.eks. EMDs dommer 15. mai 2018 *Unifaun Theatre Productions Limited m.fl. mot Malta*, 18. desember 2012 *Ahmet Yildirim mot Tyrkia*, 26. november 1991 *Observer og Guardian mot Storbritannia* og 26. november 1991 *The Sunday Times mot Storbritannia* (nr. 2).

2.3 Særlig om forhåndssensur i Grl. § 100 og EMK artikkel 10

2.3.1 Særlig om forhåndssensur i Grl. § 100

Da de faktiske følgene av digitalmarkedsdirektivet kan bli at det må etableres mekanismer for forhåndssensur, vil jeg nå se nærmere på forbudet om forhåndssensur i Grunnloven § 100.

Bestemmelsens fjerde ledd regulerer den formelle ytringsfrihet, der andre og tredje ledd regulerer den materielle ytringsfrihet.⁷⁸ Den formelle ytringsfriheten regulerer forhåndssensur og den materielle ytringsfriheten regulerer ytringer som allerede er fremsatt.⁷⁹

Fjerde ledd slår fast et forbud mot forhåndssensur: «Forhåndssensur og andre forebyggende forholdsregler kan ikke benyttes med mindre det er nødvendig for å beskytte barn og unge mot skadelig påvirkning fra levende bilder. Brevsensur kan ikke settes i verk utenfor anstalter». Bestemmelsen oppstiller altså to unntak fra forbudet, der det kan være lovlig å forhåndssensurere. Det som skal vurderes ved anvendelsen av unntakene, er primært tidspunktet for når en ytring skal holdes fra offentliggjøring. Dette må skilles fra vurderingen av hvor grensen for rettigheten går.⁸⁰

Disse unntakene er særlig relevante for spørsmålet om det foreligger krav om forhåndssensur i henhold til artikkel 17. Det første unntaket har som hensikt å beskytte barn og unge fra film som inneholder vold og pornografi, jf. § 100 fjerde ledd første punktum. Det andre unntaket skal gi adgang til å kunne innføre brev- og besøksforbud i fengsler o.l, jf. § 100 fjerde ledd andre punktum.⁸¹

Det finnes også et tredje mulig unntak som følger av Rt. 2007 s. 404 (Brennpunkt). Unntaket gjelder der det er snakk om et «særlig tilfelle», og der «vilkårene for midlertidig forføyning er oppfylt».⁸² I konklusjonen uttaler førstvoterende at § 100 ikke var «til hinder for at midlertidige forføyninger etter tvangsfullbyrdelsesloven i særlige tilfelle kan brukes for å stanse ytringer».⁸³ Det skal imidlertid svært mye til før dette unntaket kommer til anvendelse.

⁷⁸ Dokument 16 s. 159.

⁷⁹ Dokument 16 s. 159.

⁸⁰ NOU 1999: 27 punkt 7.1.

⁸¹ Dokument 16 s. 159.

⁸² Dokument 16 s. 159.

⁸³ Rt. 2007 s. 404 avsnitt 54.

Unntaket vil bare være aktuelt i tilfeller som omhandler «alvorlige inngrep i privatlivets fred».⁸⁴

I NOUen fra 1999 beskriver ytringsfrihetskommisjonen ulike typer forhåndskontroll. En felles definisjon er allikevel at det intervenseres «før ytringene når frem til tiltenkte mottakere».⁸⁵ I tillegg kreves det at «kontrollen utøves av staten» for at det skal kalles forhåndssensur.⁸⁶ Den første typen forhåndssensur gjelder «innholdet i enkelte ytringer», der det må vurderes om innholdet krenker enten «den som omtales» eller mottaker. Den andre typen gjelder hvorvidt en samlet sum av ytringer, i for eksempel et spesielt medium, er krenkende. Vurderingstemaet her er hvilke effekter det vil ha på blant annet kultur og demokrati dersom innholdet ikke kontrolleres.⁸⁷

Forarbeidene nevner tre problemer ved å redusere forhåndssensur til tidspunktet for når en ytring publiseres. Det første problemet har et historisk aspekt. Vi har erfaring med at forhåndssensur er brukt i undertrykkende regimer, blant annet under andre verdenskrig. Det er videre et liberalt grunnprinsipp som brytes i det borgeren ikke får mulighet til å publisere frie ytringer, for så å heller stå til ansvar i ettertid. Dette kalles gjerne «frihet under ansvar». Hensynet til demokratisk åpenhet tilsier at debatten skal foregå mellom «ytrer og kontrollørene».⁸⁸ Forbudet gjelder for alle ytringer «uavhengig av medium».⁸⁹ Hvorvidt ytringene da skjer over internett, som er det aktuelle medium her, vil være uten betydning.

Her vil jeg trekke inn en uttalelse fra Høyesterett som gjelder virkeområdet til Grl. § 100:

«Grunnloven § 100 er en gammel bestemmelse. Den må i dag åpenbart vurderes på bakgrunn av utviklingen samfunnet vårt har gjennomgått. At Norge har sluttet seg til internasjonale konvensjoner som beskytter grunnleggende menneskerettigheter, må også få betydning.»⁹⁰

⁸⁴ Dokument 16 s. 160.

⁸⁵ NOU 1999: 27 punkt 7.1.

⁸⁶ Tellesbø (2008) s. 315.

⁸⁷ NOU 1999: 27 punkt 7.1.

⁸⁸ NOU 1997: 27 punkt 7.1.

⁸⁹ NOU 1999: 27 punkt 1.1.1.

⁹⁰ Rt. 1997 s. 1821 s. 1832.

GrI § 100 har blitt revidert etter avgjørelsen ble avsagt, men etter min mening har det noe betydning at Høyesterett har uttalt at bestemmelsen bør tolkes i lys av den samfunnsmessige utviklingen. I dagens samfunn huser internett et av de største forane hvor vi ytrer oss, i tillegg til at det er der digitalt, opphavsrettsbeskyttet materiale som blir ulovlig publisert og delt.

2.3.2 Særlig om forhåndssensur i EMK artikkel 10

Jeg har nå gjort rede for forbudet mot forhåndssensur i GrI. § 100 fjerde ledd, og vil nå se hvordan forhåndssensur er regulert i EMK artikkel 10. EMK artikkel 10 inneholder ikke noe absolutt forbud mot forhåndssensur.⁹¹ EMD adresserer dette i blant annet *Gaweda mot Polen*, der det ble uttalt at «Article 10 of the Convention does not in terms prohibit the imposition of prior restraints on publications.»⁹² I de avgjørelsene EMD har behandlet spørsmål om forhåndssensur, blir det ofte slått ned på.⁹³ Domstolen sier at forhåndssensur «call for the most careful scrutiny on the part of the Court».⁹⁴ Dette taler for en høy terskel for at forhåndssensur skal tillates.

Dommen *Unifaun Theatre mot Malta* er en nyere avgjørelse der EMD tar stilling til problematikken rundt forhåndssensur. Her uttalte domstolen at «[t]he Court has frequently examined preventive restrictions and prior restraints, reiterating that the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny on its part».⁹⁵ Det vises videre til flere eksempler der domstolen har måttet ta stilling til forhåndssensur, blant annet blokkering av tilgang på internettsider i *Ahmet Yildirim mot Tyrkia*⁹⁶ og forbud mot journalistarbeid i *Cumpănă and Mazăre mot Romania*.⁹⁷

⁹¹ NOU 1999: 27 punkt 7.3.1.

⁹² EMDs dom 14. mars 2002 *Gaweda mot Polen*.

⁹³ *Observer og Guardian mot Storbritannia*, *Sunday Times mot Storbritannia* (nr. 2) og *Gaweda mot Polen*.

⁹⁴ *Observer og Guardian mot Storbritannia* avsnitt 60 og *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 51.

⁹⁵ *Unifaun Theatre Productions Limited og andre mot Malta* avsnitt 80.

⁹⁶ *Ahmet Yildirim mot Tyrkia*.

⁹⁷ EMDs dom 17. desember 2004 *Cumpănă og Mazăre mot Romania*.

I forarbeidene til Grl. § 100 er det uttalt at «[d]et krever derfor meget sterke grunner før inngrep etter ytringsfriheten i form av forhåndssensur kan anses nødvendig i et demokratisk samfunn etter EMK art. 10».⁹⁸

EMK artikkel 10 har ikke et eget forbud mot forhåndssensur. Dette taler for at det kan finnes unntak der forhåndssensur kan være tillatt, såfremt vilkårene for inngrep er oppfylt.

Unntakene som kan tillate et inngrep følger av artikkel 10 nr. 2. For det første må hjemmelen for inngrepet være tilstrekkelig. Videre må det foreligge et legitimt formål. For det tredje må inngrepet være proporsjonalt eller forholdsmessig. Disse vilkårene kommer jeg tilbake til i kapittel 3.

2.3.3 Ytringsfrihet og opphavsrett

I forslaget til ny grunnlov fra 1999, ble det i et særskilt vedlegg diskutert hvordan opphavsrettskonvensjoner vil kunne true informasjonsfriheten.⁹⁹ Bernkonvensjonen artikkel 9 sier «[o]pphavsmenn til litterære og kunstneriske verk som vernes etter nærverende konvensjon, nyter enerett til å tillate reproduksjon av disse verk, på enhver måte og i enhver form». Norge har dermed «en folkerettslig plikt til å forby eksemplarframstilling av verk for andre enn opphavsmannen og andre rettighetshavere til verket».¹⁰⁰

Disse forpliktelsene er gjennomført i åndsverkloven § 3. Det følger to unntak etter Bernkonvensjonen artikkel 9 andre ledd:

«Det er forbeholdt unionslandenes lovgivning å tillate reproduksjon av de nevnte verk i visse spesielle tilfelle, under forutsetning av at slik reproduksjon ikke skader den normale utnyttelse av verket og ikke på urimelig måte tilsidesetter opphavsmannens legitime interesser.»

Disse omtales i det særskilte vedlegget som generelle og skjønnsmessige.¹⁰¹ Det poengteres at det dermed må antas at det er i strid med et demokratisk samfunn at man fremstiller verk som

⁹⁸ Særskilt vedlegg til NOU 1999: 27, Del II, punkt 7.4.

⁹⁹ Særskilt vedlegg til NOU 1999: 27, Del II, punkt 5.3.3.1.

¹⁰⁰ Særskilt vedlegg til NOU 1999: 27, Del II, punkt 5.3.3.1.

¹⁰¹ Særskilt vedlegg til NOU 1999: 27, Del II, punkt 5.3.3.1.

er i strid med opphavsmannens interesser. Videre finnes det da ikke noen «generell normkonflikt mellom informasjonsfriheten og det internasjonale vern om opphavsretten».

Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2019 s. 1743-A (Popcorn-time.no) kan her brukes som et eksempel på hvordan en domstol avveier de hensynene som begrunner ytringsfrihet opp mot de hensynene som begrunner opphavsrett. Saken gjaldt inndragning av domenenavnet popcorn-time.no. Nettsiden inneholdt lenker som gjorde det mulig for brukerne å strøkke filmer og TV-serier ulovlig ved bruk av BitTorrent-teknologi. Eieren av siden var ukjent. Personen som satt på bruksretten til domenet, Imcasreg8, var dermed den som var tiltalt for medvirkning til krenkelse av opphavsrett, jf. åndsverkloven av 1961 § 54 jf. strl. § 15. Imcasreg8 anførte at inndragningen av domenenavnet var et inngrep i ytringsfriheten etter Grl. § 100 og EMK artikkel 10, se avsnitt 57.

I avsnitt 58 slår Høyesterett fast at det var «klart» at vernet av ytringsfriheten ikke var til hinder for inndragning i denne saken. Dette begrunnes blant annet i at deling av lenker på popcorn-time.no var klar medvirkning til deling av materiale, noe som gjorde det enkelt å laste ned dataprogrammet Popcorn Time. De sammenligner også saken med EMDs avgjørelse *Neij og Sunde*, og viser i avsnitt 59 til at til at EMD i denne saken avviste klagen som «manifestly ill-founded».¹⁰² Avgjørelsen er relevant å nevne i denne delen av oppgaven, da det er en nyere avgjørelse der Høyesterett tar stilling til avveiningen mellom ytringsfrihet og opphavsrett. Den har imidlertid noen forskjeller fra mitt spørsmål. I punkt 3.1 gjør jeg nærmere rede for *Neij og Sunde*, der EMD tar stilling til en lignende avveining av ytringsfrihet og opphavsrett.

2.3.4 Konklusjon

Etter en gjennomgang av digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 i punkt 2.1, vil bestemmelsen etter mitt syn kunne føre til en viss grad av forhåndssensur dersom de innholdsdelende sidene må innføre algoritmefilter som fjerner innhold før det blir publisert. Videre følger det av Grl. § 100 og EMK artikkel 10 en grunnleggende rett til å ytre det man vil. Bestemmelsene er langt på vei overlappende, men Grl. § 100 fjerde ledd inneholder et eksplisitt forbud mot forhåndssensur, med to klare unntak. Etter mitt syn vil ikke disse unntakene kunne tillate

¹⁰² EMDs avgjørelse 19. februar 2013 *Fredrik Neij og Peter Sunde Kolmisoppi mot Sverige*. I punkt 3.1 redegjør jeg nærmere for denne avgjørelsen.

forhåndssensur i det tilfelle at det er snakk om forhåndssensur på internettsider. Et eksempel der unntakene i Grl. § 100 fjerde ledd første setning vil kunne komme til anvendelse, er dersom det hadde vært tale om et nettsted for barn der intensjonen med filteret var å sensurere bort vold og pornografi, slik at brukergruppen ikke ble eksponert for dette. De tre unntakene som tillater forhåndssensur Grl. § 100 fjerde ledd vil med dette ikke kunne anvendes som et unntak for å tillate forhåndssensur etter artikkel 17.

EMK artikkel 10 inneholder ikke et slikt eksplisitt forbud mot forhåndssensur, men det fremkommer av rettspraksis at det er svært høy terskel for at forhåndssensur skal tillates. Det som kan bli konsekvensen av at artikkel 17 gjennomføres, er at de innholdsdelende sidene må innføre automatisk filtrering av et bredt spekter av innhold. Mottakeren av innhold er alle som har tilgang til siden. Et slikt tilfelle vil kunne defineres som en krenkelse av ytringsfriheten slik den også er regulert i EMK artikkel 10. Forhåndssensur i form av opplastningsfiltre som artikkel 17 medfører, er dermed i strid med EMK artikkel 10 og Grl. § 100. Dette er et klart inngrep i ytringsfriheten. I neste punkt vil jeg undersøke hvorvidt et slikt inngrep er lovlig.

3 Er kravet om forhåndssensur lovlig?

3.1 Innledning

Jeg skal nå drøfte om et krav om forhåndssensur etter artikkel 17 vil være lovlig, det vil si om et krav om forhåndssensur vil være forenelig med retten til ytringsfrihet. Jeg vil dermed undersøke om et slikt inngrep vil oppfylle vilkårene som må være oppfylt for å kunne gjøre unntak fra ytringsfriheten etter EMK artikkel 10 nr. 2.

I tillegg til at det må foreligge et inngrep, er det tre vilkår som må være oppfylt for at staten skal ha adgang til å begrense ytringsfriheten. Inngrepet må ha tilstrekkelig hjemmel, inngrepet må ha et legitimt formål og det må foreligge proporsjonalitet.¹⁰³

Før jeg går inn på vilkårene for å gjøre inngrep etter artikkel 10 nr. 2, vil jeg trekke frem en sak fra EMD som jeg mener er spesielt relevant for problemstillingen min. I *Neij og Sunde mot Sverige* gjorde EMD en avveining av ytringsfrihet opp mot opphavsrett.¹⁰⁴ Den formåls-

¹⁰³ Høstmælingen (2012) s. 264.

¹⁰⁴ *Fredrik Neij og Peter Sunde Kolmisoppi mot Sverige*.

og proporsjonalitetsvurdering som EMD foretok i saken, kommer jeg tilbake til i punkt 3.5, men jeg ser det som hensiktsmessig å først presentere sakens faktum, da saken er godt egnet til å illustrere problemstillingen her i innledningen.

I *Stockholms Tingsrätt* ble det anført at Neij og Sunde var de ansvarlige bak nettstedet The Pirate Bay (TPB). Gjennom bruk av BitTorrent ble TPB det største fildelingsnettstedet i verden. Klagerne anførte at de ikke kunne holdes ansvarlige, da de kun hadde mottatt informasjon om torrentfiler som var tilsendt av brukere. Etter de saksøktes oppfatning, var det brukerne som var ansvarlig for fildelingen. Det ble også anført at TPB måtte anses som en «tjenesteyter» til «informasjonssamfunnet», og de var dermed beskyttet av den svenske E-handelsloven.¹⁰⁵ Neij og Sunde ble dømt i Tingretten, fikk strafferabatt i ankeinstansen og til slutt ble saken avvist i Högsta Domstolen. De klagde inn saken for EMD, og anførte at deres rett til å motta og dele informasjon var krenket, jf. EMK artikkel 10, da de ble straffet på vegne av brukernes aktivitet.

EMD slo fast at fildelingen som hadde foregått på The Pirate Bay var vernet av yttringsfriheten, uavhengig av eventuell profitt. Det forelå dermed et inngrep i yttringsfriheten. Videre ble inngrepet kort slått fast som lovlig. Kravene om tilstrekkelig formål og proporsjonalitet var også oppfylt. EMDs begrunnelse for formål og proporsjonalitet kommer jeg som nevnt tilbake til i punkt 3.5.

I denne saken stod opphavsretten sterkere enn yttringsfriheten. Klagen ble avvist av EMD, da den var «manifestly ill-founded». EMD begrunnet avslaget med at den svenske domstolen «advanced relevant and sufficient reasons to consider that the applicants' activities within the commercially run TPB amounted to criminal conduct requiring appropriate punishment».

Sverige hadde her to rettigheter å beskytte: Retten til yttringsfrihet på den ene siden, og opphavsretten på den andre siden. EMD mente at Sverige hadde god nok grunn til å holde klagerne ansvarlige, da de måtte beskytte innehaverne av opphavsrettigheter i dette tilfellet.¹⁰⁶ Problemstillingen i *Neij og Sunde mot Sverige* ligner problemstillingen om forhåndssensur etter digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 er lovlig. I begge tilfeller står vurderinger av forholdet mellom yttringsfrihet og opphavsrettigheter sentralt. Videre er det i begge tilfeller

¹⁰⁵ Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster.

¹⁰⁶ EMD, «*Guide on Article 10*» s. 26, avsnitt 99.

snakk om fildeling på internett. Det er også snakk om ansvar på vegne av brukere av internettsider i begge tilfeller.

Problemstillingen som ble reist i Neij og Sunde har likevel noen forskjeller fra problemstillingen i denne oppgaven. Etter min oppfatning er hovedskillet mellom spørsmålene for det første at det i denne oppgaven er tale om forhåndssensur, mens det i Neij og Sunde var snakk om etterfølgende ansvarliggjøring. Det er også snakk om forhåndssensur av et annet type materiale enn i Neij og Sunde. I Neij og Sunde gjaldt det nedlastning av film, musikk og dataspill. Under problemstillingen i denne oppgaven vil også denne typen materiale rammes, men situasjonen er annerledes da det ikke er nedlastning av materiale som er hovedproblematikken. Det som settes på spissen når det gjelder digitalmarkedsdirektivet artikkel 17, er etter min mening forhåndssensur av kritikk, satire og anmeldelser.

Som nevnt tidligere, vil innføringen av artikkel 17 kunne føre til at de innholdsdelende sidene må introdusere filter som, ved bruk av algoritmer, fjerner innhold før det blir lastet opp. Disse filtrene vil ikke alltid kunne skille mellom originalmateriale og satire, kritikk og anmeldelse av det samme materialet.¹⁰⁷ Brukere opplever også at deres eget innhold blir fjernet av Content ID sin «strike»-regel slik det fungerer i dag. Et nytt algoritmefilter vil da også potensielt fjerner brukernes eget originalmateriale.

Denne presentasjonen og sammenligningen av faktumet i *Neij og Sunde mot Sverige*, er et grunnlag for den videre fremstillingen av inngrepsvilkårene. Jeg vil nå gå videre til å presentere vilkårene for å gjøre inngrep etter EMK artikkel 10 nr. 2.

3.2 Vilrårene for å gjøre inngrep

Ytringsfrihet er ikke en absolutt rettighet, og det fremkommer av EMK artikkel 10 nr. 2 at det å ha en slik frihet bærer med seg «duties and responsibilities». De tre unntakene følger direkte av bestemmelsen. Hvordan unntakene skal tolkes, fremkommer av EMDs praksis. EMK artikkel 10 nr. 2 slår fast at

¹⁰⁷ Romero-Romeno (2019) s. 199.

«[t]he exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are *prescribed by law* and are *necessary in a democratic society*, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, *for the prevention of disorder or crime*, for the protection of health or morals, *for the protection of the reputation or rights of others*, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.» (min utheving)

Artikkel 10 oppstiller forskjellige måter staten kan gripe inn i retten til ytringsfrihet. Til forskjell fra Grl. § 100, skiller ikke EMK artikkel 10 mellom noen formell og materiell ytringsfrihet, jf. punkt 2.3 ovenfor. I artikkel 10 er det kun tale om inngrep under ett.¹⁰⁸ Eksempler på inngrep kan være avgifter eller inndragning. Forhåndssensur er også en form for inngrep etter artikkel 10.¹⁰⁹

Det er høy terskel for at unntakene artikkel 10 nr. 2 skal komme til anvendelse. Dette fremkommer blant annet i *Observer and The Guardian mot Storbritannia*. Her uttalte EMD blant annet at «[f]reedom of expression (...) is subject to a number of exceptions which, however, must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions must be convincingly established».¹¹⁰ Ordlyden «narrowly interpreted» betyr at unntakene i artikkelen skal tolkes snevert. Videre skal nødvendigheten av inngrepet være «convincingly established», noe som tilsier at inngrepet må tilstrekkelig overbevisende.¹¹¹

Ordlyden tilsier at det ved proporsjonalitetsvurderingen skal etterlates liten tvil om at inngrepet er nødvendig. Dette betyr at et inngrep kun kan tillates når det foreligger proporsjonalitet, i tillegg til at det må foreligge en «pressing social need» og et legitimt formål.¹¹²

¹⁰⁸ Aall (2018) s. 277.

¹⁰⁹ Kjølbro (2017) s. 973 og Aall (2018) s. 277.

¹¹⁰ *Observer and Guardian mot Storbritannia* avsnitt 59.

¹¹¹ Kjølbro (2017) s. 980.

¹¹² Dijk, Hoof, Rijn og Zwaak (2018) s. 784.

Det er mange eksempler på hva som kan gå inn under forhåndssensur i denne sammenheng.¹¹³ Et eksempel er å kreve at visse formaliteter eller betingelser er oppfylt før innholdet publiseres.¹¹⁴ Dette er tilfellet for artikkel 17, da det må foreligge en avtale mellom rettighetshaver og ytrer for at innhold skal publiseres. Jeg vil i det følgende starte med å drøfte innholdet i hjemmelskravet. Dette gjøres for å undersøke hvorvidt et krav om forhåndssensur vil oppfylle hjemmelskravet som følger av EMK.

3.3 Hjemmelskravet

Det følger av artikkel 10 nr. 2 at et inngrep i ytringsfriheten må være «prescribed by law». Ordlyden i «prescribed by law» er uttrykk for et todelt hjemmelskrav. Inngrepet må for det første ha hjemmel i nasjonal rett. For det andre må hjemmelen oppfylle visse kvalitative krav.

Av EMDs praksis kan man utlede tre vilkår som må være oppfylt for at et inngrep skal kunne være «prescribed by law». For det første må inngrepet ha tilknytning til nasjonale rettsregler. For det andre må de nasjonale rettsreglene være tilgjengelig for personen det gjelder. For det tredje må de aktuelle rettsreglene være forutsigbare.¹¹⁵

EMD har slått fast at inngrepet må ha «sufficient legal basis in domestic law»¹¹⁶ Hjemmelen må imidlertid ikke være lovfestet. I *Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland* har EMD uttalt at

«the Court observes that it has always understood the term “law” in its “substantive” sense, not its “formal” one; it has included *both* “written law”, encompassing *enactments of lower ranking statutes* and regulatory measures taken by professional regulatory bodies under independent rule-making powers delegated to them by Parliament, *and unwritten law*. “Law” must be understood to include both statutory

¹¹³ Kjølbro nevner blant annet krav om godkjenning før fremsettelse av ytringer, som kontroll av innholdet i bøker og blokkering av adgang til internett eller internettsider (*Ahmet Yildirim vs Tyrkia* avsnitt 47-56) se Kjølbro (2017) s. 973.

¹¹⁴ Kjølbro (2017) s. 973 og EMDs dom 25. januar *Karademirici m.fl. mot Tyrkia* avsnitt 30.

¹¹⁵ EMDs dommer 18. mai 2010 *Kennedy mot Storbritannia* avsnitt 151, 4. mai 2000 *Rotaru mot Romania* avsnitt 52, 1. juli 2008 *Liberty m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 59 og 10. februar 2009 *Iordachi m.fl. mot Moldova* avsnitt 37.

¹¹⁶ EMDs dom 14. mars 2013 *Bernh Larsen Holding m.fl. mot Norge* avsnitt 126.

law and judge-made “law”. In sum, the “law” is the provision in force as the competent courts have interpreted it.»¹¹⁷ (min utheving)

EMKs lovkrav kan dermed også være oppfylt for regler som bygger på ulovfestet rett, så lenge det aktuelle rettsgrunnlaget oppfyller de kvalitative kravene man kan utlede av praksis.¹¹⁸

Som nevnt ovenfor i 1.3, er det en forutsetning for oppgavens hovedproblemstilling at digitalmarkedsdirektivet slik det står i dag blir gjennomført i åndsverkloven. Artikkel 17 vil dermed ha grunnlag i nasjonal, lovfestet rett. Denne delen av lovkravet vurderer jeg dermed som oppfylt.

I utgangspunktet er det den nasjonale domstolen som skal vurdere om det foreligger tilstrekkelig hjemmel til å gjøre inngrep.¹¹⁹ I realiteten er denne adgangen begrenset, da EMD har adgang til å prøve om det foreligger hjemmel.¹²⁰ EMD har blant annet uttalt i *Bosphorus Hava Yollari Turizm mot Irland* at «it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law even when that law refers to international law or agreements (...) In each instance, the Court’s role is confined to ascertaining whether the effects of such adjudication are compatible with the Convention». ¹²¹ Denne uttalelsen er etter mitt syn et uttrykk for at nasjonale domstolers vurderinger kan overprøves av EMD, så lenge overprøvingen er begrenset til tilfeller som gå under EMKs virkeområde.

Den andre delen av hjemmelskravet innebærer at det stilles ulike kvalitative krav til lovgivningen. De kvalitative kravene er formulert slik i EMDs praksis:

«The law should be both *adequately accessible and foreseeable*, that is, formulated with *sufficient precision* to enable the individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct.»¹²² (min utheving)

¹¹⁷ EMDs dom 14. september 2010 *Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland* avsnitt 83.

¹¹⁸ Aall (2018) s. 124.

¹¹⁹ EMD, «*Guide on Article 10*» s. 19-20 avsnitt 53.

¹²⁰ Aall (2018) s. 119.

¹²¹ EMDs dom 30. juni 2005 *Bosphorus Hava Yollari Turizm mot Irland* avsnitt 143.

¹²² *Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland* avsnitt 81.

Det kreves dermed at loven er av en viss kvalitet, herunder at den er tilgjengelig, presis og har forutberegnelighet. Disse kravene til hjemmelens kvalitet skal sikre at individer har mulighet til å «regulate his conduct», det vil si at individer skal kunne forutse konsekvensene av regelen og innrette seg etter den.

For at borgere skal ha forutsigbarhet, og ikke lide under maktmisbruk, er det et grunnleggende hensyn at den aktuelle inngrepshjemmelen må være *tilgjengelig*.¹²³ Tilgjengelighetskravet er blant annet begrunnet i prinsippet om at straffelover ikke skal ha tilbakevirkende kraft, jf. Grunnloven § 97 og EMK artikkel 7.¹²⁴ EMK artikkel 7 inneholder et forbud mot tilbakevirkende *straff*. Grl. § 97 gjelder imidlertid *lov* generelt, men den er hovedsakelig ment å omfatte straff. Borgere skal altså ha hatt anledning til å innrette seg til den aktuelle loven før det er anledning til å gjøre inngrep etter hjemmelen.¹²⁵

I punkt 2.2 er de ulike straffesanksjonene som fremgår av åndsverkloven kapittel 5 omtalt. Jeg tar dermed utgangspunkt i at det er disse sanksjonene som vil kunne idømmes ved et eventuelt brudd på artikkel 17. Da det er en forutsetning for oppgaven at artikkel 17 blir gjennomført i norsk rett slik den står i dag, er hjemmelen er dermed lovfestet, og jeg anser kravet om tilgjengelighet som oppfylt.

Videre kreves det at loven har forutberegnelighet. Dette innebærer at loven må være presist utformet og at den ikke tolkes utvidende til ugunst for tiltalte.¹²⁶ Det finnes ingen bestemmelser i digitalmarkedsdirektivet som regulerer hva et eventuelt brudd på artikkel 17 vil medføre av straffesanksjoner. Dette taler for at bestemmelsen ikke er forutberegnelig nok, da det vil være vanskelig å vite hva et eventuelt brudd på artikkel 17 vil kunne medføre av straffesanksjoner. Det er imidlertid opp til medlemsstater å gjennomføre direktivet. Det forutsettes dermed at de aktuelle straffesanksjonene som følger av åndsverkloven vil bli aktuelle straffesanksjoner i norsk rett.¹²⁷

¹²³ Aall (2018) s. 124.

¹²⁴ Aall (2018) s. 125.

¹²⁵ Aall (2018) s. 131.

¹²⁶ Aall (2018) s. 132 og 140.

¹²⁷ Se punkt 2.2 for nærmere redegjørelse av straffesanksjonene i åndsverkloven kapittel 5.

Avslutningsvis er det et krav om at loven må være presis for å oppfylle kravet om forutberegnelighet. Det følger av artikkel 17. nr 2 at de innholdsdelende sidene skal opprettholde autorisasjon fra rettighetshavere. Videre følger det av artikkel 17 nr. 4 at dersom det ikke foreligger autorisasjon, blir den innholdsdelende siden ansvarlig for ulovlig innhold som lastes opp. Artikkel 17 inneholder imidlertid ikke noe konkret løsning på hvordan de innholdsdelende sidene skal filtrere ut ulovlig materiale fra de store mengdene av innhold som lastes opp, på en side som for eksempel YouTube. I artikkel 17 nr. 7 tas det imidlertid forbehold om at ansvaret som følger av artikkel 17 nr. 4, ikke skal berøre tilfeller som parodier, anmeldelser og lignende. Videre slås det fast i artikkel 17 nr. 8 at anvendelse av artikkel 17 ikke skal føre til generell overvåkningsforpliktelse. Bestemmelsen legger etter min oppfatning implisitt føringer for at de innholdsdelende sidene vil måtte ta i bruk algoritmefilter for å filtrere bort innhold som er i strid med opphavsrettigheter. Dette taler etter mitt syn for at bestemmelsen inneholder elementer av vaghet.

3.4 Legitimt formål

3.4.1 Generelt om formålsvurderingen

Jeg skal nå undersøke hvorvidt inngrepet i ytringsfriheten har et legitimt formål. For at et inngrep skal ha et legitimt formål, må inngrepet være begrunnet i et eller flere av formålene listet opp i artikkel 10 nr. 2. Det må herunder vurderes om begrunnelsen bak artikkel 17 gir et tilstrekkelig saklig grunnlag som er knyttet opp til et legitimt formål. Vurderingen av hvorvidt det foreligger et legitimt formål vil også ha innvirkning på proporsjonalitetsvurderingen i punkt 3.5. I proporsjonalitetsvurderingen vil det vurderes om inngrepet er proporsjonalt for å oppfylle det legitime formålet som ligger til grunn for inngrepet.

Artikkel 10 nr. 2 oppstiller flere formål som kan rettferdiggjøre et inngrep i ytringsfriheten. EMD vurderer dette under «legitimate aim». Denne delen av EMDs vurdering er ofte kort, da de legitime formålene i artikkel 10 nr. 2 er formulert såpass vidt at de dekker mange tilfeller. De legitime formålene skal imidlertid tolkes innskrenkende og er uttømmende.¹²⁸ Videre varierer det hvor eksakt formålene i de ulike bestemmelsene er formulert. Jo vagere

¹²⁸ Kjølbro (2017) s. 765.

inngrepsformålet er formulert, desto viktigere er forholdsmessighetskontrollen.¹²⁹ EMK artikkel 18 underbygger det at en inngrepshjemmel ikke brukes til andre formål enn det hjemmelen ble laget for. Det slås her fast at «The restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed».

For å illustrere rekkevidden av formålene kan «rights of others» for eksempel omfatte beskyttelsen av et effektivt demokrati,¹³⁰ og beskyttelse av de konstitusjonelle prinsippene som et demokrati er bygget på.¹³¹ I *Neij og Sunde mot Sverige* ble det under formålskontrollen kort fastslått at formålet var tilstrekkelig for inngrepet, da det beskyttet saksøkers opphavsrettigheter. Statens formål var forenelig med «prevention of crime» og «protection of the rights of others».¹³²

Ved vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig begrunnelse, vil man i utgangspunktet skille mellom en individuell begrunnelse og generell begrunnelse. Den individuelle begrunnelsen er den begrunnelsen *domstolen* eller staten har gitt for anvendelse av inngrepshjemmelen i en spesifikk sak. Den generelle begrunnelsen er *lovgivers* begrunnelse for inngrepshjemmelen.¹³³ Det vil ikke bli foretatt en vurdering av hvorvidt det foreligger en individuell begrunnelse her, da denne oppgaven kun vil drøfte direktivets lovmessighet, ikke et inngrep i en konkret sak. Det vil dermed heller ikke vurderes hvorvidt det er samsvar mellom den generelle begrunnelsen og den individuelle begrunnelsen.

3.4.2 Begrunnelsen for artikkel 17

For å vurdere om staten har tilstrekkelig begrunnelse for et inngrep, vil jeg nå se på hva begrunnelsen for artikkel 17 er. Dette gjør jeg ved å ta utgangspunkt i digitalmarkedsdirektivets fortale. I norsk lovgivning vil man som regel ta utgangspunkt i forarbeidene for å finne lovgivers begrunnelse for en bestemmelse.¹³⁴ For EMD har forarbeidene betydelig mindre vekt. Forarbeidene til EMK blir eksempelvis ofte brukt kun for

¹²⁹ Aall (2018) s. 150 og 151.

¹³⁰ EMDs dom 2. september 1998 *Ahmed m.fl mot Storbritannia* avsnitt 52.

¹³¹ EMDs dom 8. juni 1998 *McGuinness mot Storbritannia*.

¹³² *Fredrik Neij og Peter Sunde Kolmisoppi mot Sverige*.

¹³³ Aall (2018) s. 150-151.

¹³⁴ Høgberg og Sunde (2019) side 85.

å bekrefte det som allerede er utledet av rettsanvendelsesprosessen, i tillegg til å fungere som et redskap for å forstå tvetydige, urimelige eller absurde tolkningsresultat.¹³⁵ Fortalen til digitalmarkedsdirektivet er imidlertid utfyllende og begrunner etter mitt syn behovet for de ulike bestemmelsene godt. Jeg ser det dermed som hensiktsmessig å ta utgangspunkt i fortalen for å se hvilke formål artikkel 17 bygger på.

Innledningsvis i fortalen slås det fast at direktivene som omhandler opphavsrett bidrar til det indre marked og gir en «high level of protection of rightholders», jf. punkt 2. Videre klargjør direktivene rettigheter og lager et rammeverk for at «the exploitation of works and other protected subject matter can take place». Et harmonisert rammelovverk vil stimulere innovasjon, kreativitet, investering og produksjon av nytt innhold, også i det digitale miljøet.

Rask teknologisk utvikling gjør at lovgivningen må være «future-proof», jf. punkt 3 i fortalen. Videre følger det av punkt 5 at de nåværende reglene i EU vil ikke dekke den type bruk som teknologisk utvikling tillater. Digitalmarkedsdirektivet skal være tilpasset visse unntak og begrensninger som oppstår i samspillet mellom opphavsrett og det digitale miljøet.¹³⁶ Videre presiseres det at om man skal få et velfungerende og rettferdig marked for opphavsrett, bør det være regler om blant annet «the use of works or other subject matter by online service providers storing and giving access to user-uploaded content», jf. punkt 3 i fortalen. Unntakene og begrensningene i direktivet skal føre til «fair balance between the rights and interests of authors and other rightholders, on the one hand, and of users on the other», jf. punkt 6 i fortalen.

Problematikken rundt innholdsdelende sider og opphavsbeskyttet materiale beskrives nærmere lenger ned i fortalen. Regulering av disse tilfellene er nødvendig av ulike grunner. For det første er det problematisk at innhold blir lastet opp uten autorisasjon fra rettighetshavere, til tross for at de innholdsdelende sidene sørger for lettere tilgang til materiale.

For det andre er det «legal uncertainty» omkring hvorvidt de innholdsdelende sidene gjør «copyright-relevant acts», se punkt 61 i fortalen. For rettighetshavere skaper dette en usikkerhet rundt hvordan deres verk blir brukt samt hvordan de skal oppnå tilstrekkelig

¹³⁵ Høgberg og Sunde (2019) side 364.

¹³⁶ Digitalmarkedsdirektivets fortale punkt 3.

godtgjørelse for bruk av verkene. Dette igjen begrunner behovet for å regulere markedet mellom rettighetshavere og innholdsdelende sider.¹³⁷ YouTubes Content ID-system kan etter min mening være et eksempel på at det er knyttet usikkerhet til hvorvidt de innholdsdelende sidene tar tilstrekkelig tak i opphavsrettslige utfordringer. Systemet som i utgangspunktet skal ta hånd om opphavsrettslige tvister, er ikke feilfritt, som nevnt ovenfor i punkt 1.1.

Begrunnelsen for artikkel 17 synes i stor grad å basere seg på beskyttelse av innehavere av opphavsrettigheter. Teknologisk utvikling gjør at EU ønsker et rammeverk av regler som sørger for at rettighetshavere er sikret både kontroll over, og godtgjørelse for, sine verk. Etter min oppfatning er det beskyttelsen av innehavere av opphavsrettigheter som peker seg ut som lovgivers hovedbegrunnelsen for artikkel 17. Statene vil dermed kunne begrunne at de har et legitimt formål i å beskytte «the rights of others», jf. EMK artikkel 10 nr. 2.

Som nevnt ovenfor kan de legitime formålene i EMK artikkel 10 nr. 2 være vagt formulert og romme mange ulike tilfeller. Etter mitt syn inkluderer dette at «the rights of others» også inkluderer mange ulike tilfeller. I likhet med min problemstilling, var statens formål i *Neij og Sunde* også begrunnet i beskyttelsen av innehavere av opphavsrettigheter. Det var her klart oppfylt at formålet var forenelig med «the rights of others» i artikkel 10 nr. 2. Dette taler for at formålet er tilstrekkelig under min problemstilling også. Fortalen i digitalmarkedsdirektivet er også klar på at direktivets formål er å beskytte rettighetshavere, og jeg legger dermed til grunn at vilkåret om legitimt formål er oppfylt.

3.5 Proporsjonalitet

Den tredje og siste delen av EMDs inngrepstest er en proporsjonalitetsvurdering. Det er ofte proporsjonalitetsvurderingen som gjør at EMD kommer frem til en konklusjon i saker.¹³⁸ Om statens rolle i vurderingen av nødvendighetskravet uttaler EMD i *Handyside mot Storbritannia*, blant annet at «[i]t is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need impied by the notion of «necessity» in this

¹³⁷ Digitalmarkedsdirektivets fortale punkt 61.

¹³⁸ EMD, «Guide on Article 10» s. 19, avsnitt 52.

context.»¹³⁹ Dette indikerer at EMDs rolle er subsidiær, men at EMD har adgang til å overprøve statens vurdering.

Det følger av EMK artikkel 10 nr. 2 at inngrepet må være «necessary in a democratic society». I denne delen av unntaksbestemmelsen ligger kravet til proporsjonalitet. I *Handyside mot Storbritannia* presiserte EMD at kravet om nødvendighet ligger et sted mellom «uomgjengelig» og «ønskelig».¹⁴⁰ I *Olsson mot Sverige* sier EMD om nødvendighetskravet at «the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued».¹⁴¹ Her fremkommer det to sentrale vilkår for vurderingen av nødvendighet. For det første må det foreligge et pressende samfunnsmessig behov for inngrepet. For det andre må inngrepet være proporsjonalt til formålet.¹⁴²

Selv om inngrepet er nødvendig for å forhindre et onde, følger det ikke alltid at inngrepet er proporsjonalt. I relasjon til ytringsfrihet kan man tenke seg et eksempel der visse hatefulle ytringer fjernes fra kommentarfelt på bakgrunn av samfunnsmessige behov. Et slikt tiltak vil imidlertid ikke være forholdsmessig dersom fjerningen av ytringene ikke er tilstrekkelig snever, det vil si at det er fjernet mer enn bare det hatefulle. Samlet sett utgjør dette en vurdering av hvorvidt det etter omstendighetene var nødvendig for staten å gå frem på en så inngripende måte.¹⁴³

Statens formål med inngrepet vil dermed spille en viktig rolle i proporsjonalitetsvurderingen. Herunder må det vurderes om inngrepet vil realisere formålet, og om formålet er tilstrekkelig tungtveiende.¹⁴⁴ Det må i tillegg vurderes om formålet kan ivaretas med mindre inngripende midler.¹⁴⁵

¹³⁹ *Handyside mot Storbritannia* avsnitt 48.

¹⁴⁰ EMDs dom 2. desember 1976 *Handyside mot Storbritannia* avsnitt 48.

¹⁴¹ EMDs dom 24. mars 1988 *Olsson mot Sverige* avsnitt 67.

¹⁴² Aall (2018) s. 153

¹⁴³ Aall (2018) s. 153

¹⁴⁴ Aall (2018) s. 153 og 157

¹⁴⁵ Aall (2018) s. 153. Hvorvidt mindre inngripende midler kunne vært anvendt diskuteres også i blant EMDs dom 21. januar 1986 *James mot Storbritannia* avsnitt 51 og *Ahmet Yildirim mot Tyrkia* avsnitt 64.

I *Yildirim mot Tyrkia* vurderer EMD hvorvidt staten burde anvendt mindre inngripende midler.¹⁴⁶ Saken gjaldt blokkering av en rekke Google-nettsider. Den tyrkiske domstolen Denizli Criminal Court hadde beordret blokkering av en spesifikk «Google Site», da den ble ansett krenkende ovenfor den tidligere presidenten Atatürk. Direktoratet for informasjonsteknologi (TIB) anbefalte at avgjørelsen ble endret til å omfatte alle Google Sites, noe domstolen etterfulgte. EMD sier i dommen at ved denne type forhåndssensur, «prior restraints», er det avgjørende at loven inneholder et rammeverk som forhindrer maktmisbruk, se avsnitt 64.

Det påpekes videre at Denizli Criminal Court hadde brukt et inngripende middel uten å vurdere hvorvidt et mindre inngripende middel kunne vært tilstrekkelig for å blokkere den ulovlige siden. EMD slår også fast at domstolen burde ha tatt i betraktning at det å gjøre store mengder av informasjon utilgjengelig, begrenset internetbrukeres rettigheter og hadde en særlig uventet effekt, se avsnitt 66. Inngrepet ble i denne saken konstatert som en krenkelse av EMK artikkel 10.

Avgjørelsen *Yildirim mot Tyrkia* viser at det i saker som omhandler forhåndssensur på internett, er det avgjørende at innholdet som blir fjernet er proporsjonalt i forhold til formålet. Staten har også et ansvar for å sørge at middelet som brukes er så lite inngripende som mulig. Etter mitt syn taler dette for at staten må være nøye med hvilke midler som brukes for å unngå å krenke innternetbrukeres rettigheter. Dette taler for at staten har et ansvar for å unngå at tilfellene som klart faller utenfor formålet til artikkel 17, slikt som parodier, kritikk, anmeldelser o.l., blir sensurert.

EMD har i flere saker slått fast at internett er en viktig plattform for utøvelse av ytringsfrihet. I *Delfi mot Estonia* slår EMD fast at brukergenerert innhold på internett gir en «unprecedented» plattform for utøvelse av ytringsfrihet.¹⁴⁷ I andre avgjørelser blir det uttalt at internett er en «principal mean»¹⁴⁸ for utøvelse av ytringsfrihet, samt at det har «particular importance»¹⁴⁹ for ytrings- og informasjonsfrihet. Disse uttalelsene fra EMD taler etter min

¹⁴⁶ *Ahmet Yildirim mot Tyrkia*.

¹⁴⁷ EMDs dom 16. juni 2015, *Delfi AS mot Estland* avsnitt 110.

¹⁴⁸ *Ahmet Yildirim mot Tyrkia* avsnitt 54.

¹⁴⁹ *GS Media BV mot Sanoma Media Netherlands BV* og sak C-160/15 *Playboy Enterprises International Inc.* avsnitt 45.

mening for at det foreligger et samfunnsmessig behov for å bruke internett som en delingsplattform for å utøve ytringsfrihet.

Hvor streng proporsjonalitetsvurderingen er vil variere med inngrepets styrke.¹⁵⁰ I punkt 2.3 gjorde jeg rede for EMDs vurdering av forhåndssensur. Det fremkommer her at det er høy terskel for å tillate forhåndssensur. Tidspunktet for inngrepet vil også ha betydning for proporsjonalitetsvurderingen og konvensjonsmessigheten. Sensur vil «lett» vurderes som et større inngrep, til forskjell fra etterfølgende ansvar.¹⁵¹ Jeg har ovenfor konkludert med at artikkel 17 vil kunne føre til en viss grad av forhåndssensur. I proporsjonalitetsvurderingen må det dermed tas med i betraktning at inngrepet, i form av forhåndssensur, anses som et stort inngrep.

I artikkel 17 er det ikke presisert hvilke midler de innholdsdelende sidene skal anvende for å fjerne innhold. Det presiseres i artikkel 17 nr. 8 at artikkelen ikke skal føre til et generelt påbud om overvåking. Dette presiseres også i punkt 66 i digitalmarkedsdirektivets fortale. Som diskutert ovenfor, vil man kunne se for seg en tilstand der det vil være utfordrende for de innholdsdelende sidene å ikke bruke algoritmefilter dersom de vil unngå ansvar. Hvilke midler som skal brukes vil etter min mening ikke være helt opplagt i dette spørsmålet. Å la det være opp til de innholdsdelende sidene å avgjøre hvilke midler som skal anvendes, taler for at lovgiver selv ikke har en ideell løsning på problemet. Det er snakk om store mengder innhold som lastes opp på sider som YouTube, og det vil dermed være utfordrende å kontrollere alt innhold som lastes opp. På den andre siden taler dette også for en sterkere beskyttelse av opphavsrettigheter, da tilfellene av opphavsrettskrenkelser vil stå i proporsjon til mengden av innhold som lastes opp.

Et annet moment ved proporsjonalitetsvurderingen er at medlemsstater har en viss *margin of appreciation*, en viss skjønnsmargin, ved vurderingen av hvorvidt det foreligger «a pressing social need».¹⁵² Dette slås fast blant annet i *Sunday Times mot Storbritannia*, der ble det i avsnitt 59 uttalt at

¹⁵⁰ Aall (2018) s. 153.

¹⁵¹ Aall (2018) s. 278.

¹⁵² Kjølbros (2017) s. 980 og Aall (2018) s. 154.

«the Court has underlined that the initial responsibility for securing the rights and freedoms enshrined in the Convention lies with the individual Contracting States. Accordingly, "Article 10 (2) (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator ... and to the bodies, judicial amongst others that are called upon to interpret and apply the laws in force" (p. 22, para. 48)»

Skjønnsmarginen varierer ved inngrepets styrke og karakter. Videre vil proporsjonalitetsvurderingens intensitet og hvilke momenter i vurderingen som vektlegges, også variere fra sak til sak. Hvilke interessemotsetninger man står ovenfor vil ha betydning for hvor snever eller vid skjønnsmargin statene skal tilkjennes.¹⁵³

Proporsjonalitetsvurderingen i *Neij og Sunde mot Sverige* var en interesseavveining mellom klagernes rett til å dele informasjon på den ene siden, og beskyttelsen av innehavere av opphavsrettigheter på den andre siden. EMD presiserte at opphavsrettigheter er beskyttet av EMK protokoll 1 artikkel 1. Retten viste til at staten har en spesielt vid *margin of appreciation* i saker der to rettigheter er beskyttet av EMK, og viser til at det samme ble slått fast i *Ashby Donald mot Frankrike*.¹⁵⁴ Sistnevnte dom var den første avgjørelsen fra EMD som fastslo at EMK artikkel 10 kunne begrense nasjonale opphavsrettigheter.¹⁵⁵ EMD understreket videre i *Neij og Sunde mot Sverige* at klagerne ikke hadde krav på samme grad av beskyttelse for det delte materialet, sammenlignet med saker som omhandlet politiske ytringer og debatt. Etter mitt syn trekker EMD her en grense for interessemotsetningene. Saken er også et eksempel på at EMD strekker seg lang for å ivareta opphavsretten på bekostning av ytringsfriheten. Bøtene og fengselsstraffen klagerne var idømt, var ifølge EMD proporsjonal i denne saken. Dette ble begrunnet med at klagerne ikke hadde fjernet innholdet til tross for oppfordring til dette.

Et aspekt ved artikkel 17 jeg også vil trekke frem, er at bestemmelsen ikke ansvarliggjør brukere av siden, men den innholdsdelende siden. Dette gjør at brukernes ytringsfrihet strammes inn på, men at artikkel 17 som sådan ikke kan hjemle sanksjoner mot brukere. Dersom den eneste mulige måten å følge kravene i artikkel 17 er ved å bruke algoritmer for å

¹⁵³ Aall (2018) s. 153.

¹⁵⁴ *Ashby Donald m.fl. mot Frankrike*.

¹⁵⁵ Rognstad (2019) s. 77.

sensurere vil det ikke være mye rom for rettslig skjønn. Dette taler også for at et mindre inngripende middel bør anvendes for å oppfylle formålet med artikkel 17.

Etter mitt syn vil et inngrep i ytringsfriheten etter digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 realisere formålet, som er å beskytte innehavere av opphavsrettigheter. Et sentralt hensyn bak beskyttelse av opphavsrettigheter er beskyttelse av privat eiendom. På den andre siden skal ytringsfriheten sikre frihet, meningsdeling og demokrati. Dersom det å forhåndssensurere opphavsbeskyttet innhold fører til at lovlig innhold blir fjernet, vil det gå på bekostning av ytringsfriheten som er en fundamental rettighet i en rettsstat. Dette er etter mitt syn ikke et proporsjonalt inngrep i forhold til formålet bak artikkel 17. Det at inngrepet ikke er proporsjonalt samt at loven er vagt utformet, taler for at artikkel 17 er en krenkelse av EMK artikkel 10. Det gjelder dermed et ulovlig krav om forhåndssensur i EUs digitalmarkedsdirektiv.

Referanseliste

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grl.)

Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)

Lov 21. mai nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller mrl.)

Lov 27. november nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Forarbeider

NOU 1999: 27 «Ytringsfrihed bør finde Sted» Forslag til ny Grunnlov § 100

NOU 1999: 27 Særskilt vedlegg (eget bind) Ytringsfrihetskommisjonen, Del II, Norges internasjonale forpliktelser på ytringsfrihetens område

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

Innst. S. nr. 270 (2003-2004) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om endring av Grunnloven § 100

Prop. 104 L (2016-2017) EUs strategi for et digitalt indre marked og regulering av opphavsrett

Dokument 16 s. 160 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (Dokument 16)

Rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 1997 s. 1821

Rt. 2000 s. 996 (Bøhler)

Rt. 2015 s. 833

Rt. 2007 s. 404 (Brennpunkt)

Rt. 2019 s. 1753-A (Popcorn-time.no)

Den europeiske menneskerettsdomstolen

2. desember 1976	<i>Handyside mot Storbritannia</i>
21. januar 1986	<i>James mot Storbritannia</i>
24. mars 1988	<i>Olsson mot Sverige</i>
26. november 1991	<i>Observer og Guardian mot Storbritannia</i>
26. november 1991	<i>The Sunday Times mot Storbritannia (nr. 2)</i>
24. februar 1997	<i>Haes og Gijssels mot Belgia</i>
8. juni 1998	<i>McGuinness mot Storbritannia</i>
2. september 1998	<i>Ahmed m.fl mot Storbritannia</i>
8. juli 1999	<i>Kratas mot Tyrkia</i>
4. mai 2000	<i>Rotaru mot Romania</i>
14. mars 2002	<i>Gaweda mot Polen</i>
17. desember 2004	<i>Cumpănă og Mazăre mot Romania</i>
25. januar 2005	<i>Karademirici m.fl. mot Tyrkia</i>
30. juni 2005	<i>Bosphorus Hava Yollari Turizm mot Irland</i>
24. januar 2008	<i>Balan mot Moldova</i>
1. juli 2008	<i>Liberty m.fl. mot Storbritannia</i>

11. desember 2008	<i>Tv Vest AS og Rogaland Pensjonistparti mot Norge</i>
10. februar 2009	<i>Iordachi m.fl. mot Moldova</i>
18. mai 2010	<i>Kennedy mot Storbritannia</i>
14. september 2010	<i>Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland</i>
18. desember 2012	<i>Ahmet Yildirim mot Tyrkia</i>
10. januar 2013	<i>Ashby Donald m.fl. mot Frankrike</i>
19. februar 2013	<i>Fredrik Neij og Peter Sunde Kolmisoppi mot Sverige</i>
14. mars 2013	<i>Bernh Larsen Holding m.fl. mot Norge</i>
21. oktober 2014	<i>Murat Vural mot Tyrkia</i>
16. juni 2015	<i>Delfi AS mot Estland</i>
15. mai 2018	<i>Unifaun Theatre Productions Limited m.fl. mot Malta</i>

GS Media BV mot Sanoma Media Netherlands BV

Sak C-160/15 *Playboy Enterprises International Inc.*

Rettsakter fra EU

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/790 av 17. april 2019 om opphavsrett og nærstående rettigheter i det digitale indre marked og om endring av direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/789 av 17. april 2019 om regler for utøvelse av opphavsrett og nærstående rettigheter som gjelder for visse av kringkastingsselskapers nettoverføringer og videresending av radio- og TV-programmer og om endring av direktiv 93/83/EØF

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (EUs opphavsrettsdirektiv)

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (ehandelsdirektivet)

Internasjonale konvensjoner

Konvensjon om menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjonen, EMK)

Charter of Fundamental Rights of the European Union av 26. oktober 2012

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 10. desember 1948

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966

Litteratur

Bergsjø og Bergsjø (2019) Bergsjø, Leonora Onarheim og Håkon Bergsjø, *Digital Etikk* (Oslo 2019)

DeLisa, (2016) DeLisa, Nicholas Thomas, «You(Tube), Me, and Content ID: Paving the Way for Compulsory Synchronization Licensing on User-Generated Content Platforms» (2016) *Brooklyn Law Review* 81, <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1501&context=blr>, sist besøkt 23. november 2020

- Dijk, Hoof, Rijn og Zwaak (2018) Van Dijk, Pieter, Fried van Hoof, Arjen van Rijn og Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5. utgave (2018)
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Thorstein, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001)
- EMD, «Guide on Article10» EMD, «Guide on Article10 of the European Convention on Human Rights», https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf, sist besøkt 9. november 2020
- Feiner (2019) Feiner, Lauren, «YouTube and its users face an existential threat from the EU's new copyright directive», www.cnbc.com/2019/05/10/youtube-faces-existential-threat-from-the-eus-new-copyright-directive.html, sist besøkt 13. desember 2020
- Høgberg og Sunde (2019) Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte* (Oslo 2019)
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave (2012)
- Kjølbros (2017) Kjølbros, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighets Konvention for Praktikere* (2017)
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004)
- Reynolds (2019) Reynolds, Matt, «What is Article 13? The EU's divisive new copyright plan explained», www.wired.co.uk/article/what-is-article-13-article-11-european-directive-on-copyright-explained-meme-ban, sist besøkt 13. desember 2020

- Rognstad (2019) Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett*, 2. utgave (2019)
- Romero-Romero (2019) Romero-Romero, Felipe, «'Notice and staydown' and social media: amending article 13 of the Proposed Directive on Copyright» (2019), *International Review of Law, Computers & Technology* 33(2), www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600869.2018.1475906, sist besøkt 23. november 2020
- Sands (2018) Sands, Mason, «Why Copyright Will Be the Biggest Issue For Youtube in 2019» (30. desember 2018) *Forbes*, www.forbes.com/sites/masonsands/2018/12/30/why-copyright-will-be-the-biggest-issue-for-youtube-in-2019/?sh=15b80ea91c12, sist besøkt 23. november 2020
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og Rettsanvendelse*, (Oslo, 2018)
- Store norske leksikon, «YouTube» Store norske leksikon, «YouTube», <https://snl.no/YouTube>, sist besøkt 9. desember 2020
- Tellesbø (2008) Tellesbø, Ola, «Forbudet mot sensur - Grunnlovens § 100 fjerde ledd», *Jussens Venner* 05/2008
- Torvund (2020) Torvund, Olav, *Ytringsfrihet og Medieregulering* (Oslo, 2020)
- Wikipedia, «Synchronization rights» Wikipedia, «Synchronization rights», https://en.wikipedia.org/wiki/Synchronization_rights, sist besøkt 1. desember 2020
- YouTube, «Slik fungerer Content ID» YouTube, «Slik fungerer Content ID», www.youtube.com/watch?v=9g2U12SsRns, sist besøkt 20. oktober 2020

- YouTube, «The difference between copyright takedowns and Content ID claims» and Content ID claims» YouTube, «The difference between copyright takedowns and Content ID claims», <https://support.google.com/youtube/answer/7002106?hl=en>, sist besøkt 9. desember 2020
- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og Menneskerettigheter*, 5. utgave (2018)
- Fox, Chris (2019) *What is Article 13? The EU's copyright directive explained*, BBC. <https://www.bbc.com/news/technology-47239600> sist besøkt 13.12.20

Øvrige kilder

Regjeringens EØS-notat om digitalmarkedsdirektivet, www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/des/dsm-direktivet/id2556742/ sist besøkt 20. oktober 2020

FNs komite for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, General Comment no. 17 (2005), FN-dok. nr. E/C.12/GC/17

Pressemelding fra Europaparlamentet, Spørsmål & svar vedrørende direktivet om ophavsrett på det digitale indre marked, 27. mars 2019.

Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A Digital Single Market Strategy for Europe /*COM/2015/0192 final*/, 6. mai 2015

Google Norway 2016, «Hørings svar vedrørende Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om opphavsrett på det digitale indre marked.» 2016. Lastet ned 14.12.20, tilgjengelig for nedlastning her: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---europakommisjonens-forslag-til-modernisering-av-opphavsretten/id2515384/?uid=c1ad32b1-0973-4a4a-beca-6b08e37108cb>

