

Eiríkur Jónsson, prófessor
Lagadeild Háskóla Íslands
Gimli v/ Sæmundargötu
101 Reykjavík

Reykjavík, 14. september 2018,

Efni: Umsögn höfundaréttarnefndar um drög að frumvarpi til breytinga á lögum um rafræn viðskipti og aðra rafræna þjónustu nr. 30/2002, ásamt síðari breytingum

Nefnd um umbætur á löggjöf á sviði tjáningar-, fjölmiðla- og upplýsingafrelsis hefur farið þess á leit við höfundaréttarnefnd að veita umsögn um drög að frumvarpi til breytinga á lögum um rafræn viðskipti og aðra rafræna þjónustu nr. 30/2002, ásamt síðari breytingum („frumvarpsdrögin“). Við gerð þessarar umsagnar hefur Sigríður Rut Júlíusdóttir hrl. setið hjá þar sem hún er einnig nefndarmaður í fyrstgreindu nefndinni.

Tilgangi frumvarpsins er lýst svo að ætlunin sé að þrengja undanþágu frá meginreglunni um ábyrgðarleysi milliliða við veitingu rafrænnar þjónustu, með það fyrir augum að rýmka tjáningarfrelsi.

Lög nr. 30/2002 innleiddu tilskipun Evrópusambandsins 2000/31/EB um tiltekna lagalega þætti þjónustu, einkum rafrænna viðskipta, í tengslum við upplýsingasamfélagið á innri markaðnum („tilskipun um rafræn viðskipti“). Í tilskipuninni er að finna ákvæði um takmörkun ábyrgðaraðila sem vista efni með sjálfvirkri, millistigs- og tímabundinni geymslu, svokallaði skyndivistun (e. caching), stunda hreina áframmiðlun (e. „mere conduit“) eða hýsa efni (e. hosting). Ákvæði þessi er að finna í 12., 13. og 14. gr. tilskipunarinnar. Frumvarpið varðar eingöngu það ákvæði laga nr. 30/2002 er innleiðir 14. gr. tilskipunarinnar um hýsingu og ákvæði er henni tengjast, þ.e. greinar 15 - 17.

Tilgangur 14. gr. tilskipunarinnar og 14. gr. laga nr. 30/2002 er að þjónustuaðili, þ.e. milligönguaðili sem eingöngu hýsir eða miðlar efni, án vitneskju um hvað í því sé að finna, sæti almennt ekki ábyrgð fyrir efni sem hann hýsir eða miðlar. Tilskipunin og lögin mæla ekki fyrir um skilyrði ábyrgðar en ganga út frá því að um slíkt sé fjallað í löggjöf aðildarríkjanna. Í 14. gr. tilskipunarinnar er mælt fyrir um að þjónustuaðili sem lætur í té þjónustu sem felst í geymslu upplýsinga sem þjónustuþegi lætur í té, sæti ekki ábyrgð að því tilskyldu að hann:

- a) hafi ekki beina vitneskju um ólöglega starfsemi eða upplýsingar og, að því er varðar skaðabótakröfur, sé ekki kunnugt um staðreyndir eða aðstæður sem hin ólöglega starfsemi eða upplýsingar eru raktar til; eða
- b) hafi hann öðlast slíka vitneskju, gripi tafarlaust til aðgerða til þess að eyða upplýsingunum eða tryggja að aðgengi að þeim sé hindrað.

Við innleiðingu þessa ákvæðis tilskipunarinnar í lög nr. 30/2002 gerðist það að í lagaákvæðin íslensku voru sett frávik frá efni tilskipunarinnar í þremur atriðum. Í fyrsta lagi setur 14. gr. laga nr. 30/2002 sérsök skilyrði fyrir því að þjónustuveitandinn geti almennt borið fyrir sig ábyrgðarleysi. Þannig er almenna reglan sú að ekki er nægilegt fyrir þann sem telur á sér brotið með birtingu efnis fyrir tilstuðlan hýsingaraðila að beina tilkynningu um brotið til hýsingaraðilans heldur er nauðsynlegt að sýslumaður hafi lagt lögbann við hýsingu gagnanna eða dómur hafi fallið um brottfellingu þeirra. Í öðru lagi fela ákvæðin í 2. mgr. 14. gr. og í 15. – 17. gr. laganna í sér sérreglu um tilkynningu þegar um er að ræða efni er brýtur gegn ákvæðum höfundalaga nr. 73/1972 en sú útfærsla fól í sér réttarbót fyrir höfunda og aðra réttthafa verndaðra verka samkvæmt höfundalögum nr. 73/1972. Í þriðja lagi hefur 14. gr. að geyma sérstakt ákvæði um barnaklám. Framsetning 14. greinar í heild sinni er með þeim hætti að svo gæti virst að ábyrgðarleysisákvæði 14. greinar taki eingöngu til efnis er verndað er með höfundalögum og til barnakláms. Af því leiðir að óvissa skapast um hvaða skilyrði séu fyrir því að þjónustuvegi geti undanþegið sig ábyrgð þegar um er að ræða annars konar efni, svo sem efni sem felur í sér ærumeiðingu samkvæmt ákvæðum almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Í öllu falli virðist, hvað varðar annað efni en sérstaklega er tiltekið í 2. og 3. tölul. 14. gr., að á skorti að 14. gr. tilskipunarinnar hafi verið réttilega innleidd. Til samanburðar má nefna að sambærilegt ákvæði í dönskum lögum sem innleiddi 14. gr. tilskipunarinnar hefur að geyma sama orðalag og ákvæði tilskipunarinnar og takmarkar ekki gildi undantekningarinnar við tiltekið efni.

Um 2. tölul. 14. greinar laga nr. 30/2002.

Í athugasemdum í greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 30/2002 er tekið fram að reynslan hafi sýnt að tjón vegna höfundarréttarbrotá með stafrænni tækni, þ.m.t. dreifingu á netinu, geti verið umtalsvert. Sé það ekki síst vegna þess hversu auðvelt sé að dreifa gögnum á netinu og hversu skamman tíma það taki. Því sé talið að nauðsynlegt sé að mæla fyrir um að réttthafar og umboðsmenn þeirra geti sent tilkynningu skv. 15. gr. frumvarpsins og þannig stuðlað að stöðvun á dreifingu gagnanna.

Í athugasemdum í greinargerð með frumvarpsdrögum sem nú liggja fyrir, kemur fram að undanþága frá ábyrgð, sambærileg þeirri er fjallað er um í 2. tölul. 14. gr. laganna, hafi ekki verið lögfest í Svíþjóð, Danmörku og Noregi. Slíka undanþágu sé að finna í finnskum lögum og ákvæðið eigi sér fyrirmynd í bandarískum lögum og lögum ýmissa Evrópuríkja. Jafnframt er tiltekið í frumvarpsdrögum að slík ákvæði hafi verið gagnrýnd sökum þess að þau feli í sér „kælingaráhrif“ á tjáningar- og upplýsingafrelsi. Þá er í athugasemdunum vísað til upplýsinga frá hýsingarfyrirtækinu Google frá árinu 2009 þar sem fram hafi komið að 57% slíkra tilkynninga sem fyrirtækinu hafi borist hafi reynst vera sendar í þeim tilgangi að takmarka samkeppni og 37% tilkynninga hafi reynst tilhæfulausar. Skylda hýsingarfyrirtækja til að fjarlægja efni eða hindra aðgang að því í kjölfar slíkra tilkynninga geti þannig valdið því að í mörgum tilvikum sé löglegt efni fjarlæggt að ósekju. Þessa leið megi hæglega nota í pólitískum tilgangi, til að koma í veg fyrir opinbera umfjöllun um mikilvæg málefni eða óvinsælar skoðanir. Réttur þjónustuvegans, þ.e. þess sem deilir gögnunum, sé fyrir borð borinn.

Höfundaréttarnefnd telur sérkennilegt að til grundvallar þeirri lagabreytingu sem núna er lögð til með frumvarpsdrögum sé byggt á níu ára gömlum upplýsingum frá erlendu stórfyrirtæki, án þess að fjallað sé um hvort líklegt sé að yfirfæra megi þær á íslenskar aðstæður á árinu 2018. Ekki er vísað í neinar rannsóknir hér á landi þessu til stuðnings. Ekki er heldur að neinu

leyti fjallað um þau sjónarmið er tiltekin eru í athugasemdum með frumvarpinu er varð að lögum nr. 30/2002, þ.e. hvort þau sjónarmið eigi enn við í dag eða hvort nú beri að leggja til grundvallar önnur sjónarmið. Þess má geta að samkvæmt því er nefndarmenn þekkja til hefur þessu ákvæði hingað til einungis verið beitt af hálfu réttthafasamtaka í þeim tilvikum þar sem gerðarþoli lögbanns gegn aðgangi að tilteknu léni hefur fært sig yfir á nýtt lén og þá í samræmi við sérstakt samkomulag sem réttthafasamtökin gerðu við stærstu fjarskiptafyrirtæki landsins.

Ekki er minnst á í fyrirleggjandi frumvarpi að tilkoma ákvæðisins á sínum tíma fól í sér mikla réttarbót fyrir höfunda sem höfðu orðið fyrir brotum með ólögsmætri notkun á verkum þeirra og að engu leyti fjallað um hvort ástæða sé til að telja að ekki sé lengur þörf á að vernda slíka hagsmuni. Þannig verður ekki séð að við samningu frumvarpsdraganna hafi farið fram raunverulegt mat á þörf fyrir lagabreytingu.

Höfundaréttarnefnd bendir einnig á að svo virðist sem í frumvarpsdrögum hafi ekki verið hugað að því hvort efni 14. gr. laganna í heild sinni samræmist tilskipun 2000/31/EB, verði drögin að lögum. Nefndin bendir á, að eins og að framan er rakið, þá samrýmist ákvæði 1. tölul. 14. gr. laganna ekki 14. gr. tilskipunarinnar þar sem það leggur of miklar skyldur á þann sem brotið er á að því er varðar möguleika á að draga hýsingaraðila til ábyrgðar fyrir vistun á ólögsmætu efni. Með afnámi viðkomandi lagagreina, eins og frumvarpið leggur til, yrði staðan sú að þjónustuveitandi myndi einungis þurfa að fjarlægja gögn eða hindra aðgang að höfundavernduðu efni þegar sýslumaður hefur lagt lögbann á dreifingu þess. Slíkt skilyrði gengur miklu lengra en ákvæði tilskipunar ESB og væri að mati höfundaréttarnefndar brot á skuldbindingum Íslands skv. EES-samningnum. Með því að leiða frumvarpið í lög getur skapast réttaróvissa um hvernig réttthafar höfundaréttarvarins efnis, sem telja á sér brotið, geta nýtt sér ákvæði tilskipunarinnar sem kveður á um að þjónustuveitandi skuli tafarlaust grípa til aðgerða ef þeir hafi öðlast beina vitneskju um ólögsmæta starfsemi og hvort og þá hvernig þeir gætu komið slíkum upplýsingum á framfæri við þjónustuveitendur. Með breytingunni yrði í raun það sem eftir er af lagagreininni þýðingarlaust hvað varðar önnur gögn en þau sem innihalda barnaklám, því þjónustuveitendum ber að sjálfsögðu að hlíta lögbanni sem sýslumaður hefur lagt á, burtséð frá ákvæðum sérlaga.

Í þessu sambandi er mikilvægt að hafa í huga að ef réttthafi kemst á snoðir um að verið sé að dreifa verkum hans án heimildar og augljóst er að viðkomandi verk eru réttthafa, er *de facto* um sé að ræða staðfest brot á ólögsmætri starfsemi en ekki *meint* brot þar sem heimild réttthafans er ávallt skilyrði fyrir löglegri dreifingu.

Niðurstaða höfundaréttarnefndar er því sú að ekki sé, miðað við fyrirleggjandi upplýsingar, ástæða til að hrófla við gildi 2. tölul. 14. gr. laga nr. 30/2002. Það felur í sér að ákvæði 15., 16. 17. gr. og 2. ml. 18. gr. skuli líka haldast óbreytt. Jafnframt telur nefndin ástæðu til þess að fella úr gildi 1. tölul. 14. en lögleiða þess í stað ákvæði með almennu orðalagi er samrýmist orðalagi 14. gr. tilskipunarinnar og sem taki þá einnig til þess efnis er ekki er nú sérstaklega tiltekið í ákvæðinu.

Reykjavík, 14. september 2018,

f.h. höfundaréttarnefndar

