



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Lenking som selvstendig opphavsrettingrep etter åndsverkloven § 2

Kan en lenke til opphavsrettslig beskyttet materiale representere en krenkelse av rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring for allmenheten?

—

Harald Olsvik

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, januar 2017.



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning.....	2
1.3	Metode og rettkildebildet	2
1.4	Faktisk bakgrunn.....	8
2	Eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten	9
2.1	Det rettslige grunnlaget.....	9
2.1.1	Åndsverkloven § 2	9
2.1.2	Offentlig fremføring	12
2.2	Lenking som tilgjengeliggjøring for allmennheten.....	15
2.2.1	Innledning	15
2.2.2	Lenker betraktet som tilgjengeliggjøring for allmennheten	16
2.2.3	Lenker betraktet som rene henvisninger	19
3	Lenking som tilgjengeliggjøring for et nytt publikum – EU-domstolens tilnærming	24
3.1	Innledning	24
3.2	Lenking til materiale som er lagt ut med samtykke	24
3.2.1	Lenking til et «nytt publikum»	28
3.2.2	Hentelenker	29
3.2.3	Omgåelse av tilgangsbegrensninger	31
3.2.4	Konsumpsjon av fremføringsretten.....	34
3.3	Lenking til materiale som er lagt ut uten samtykke	37
3.3.1	Innledning	37
3.3.2	EU domstolens avgjørelse i GS Media	38
3.3.2.1	Generelt.....	38
3.3.2.2	Subjektivt kunnskapskrav	44
3.3.2.3	Profittmotiv og presumpsjon om kunnskap	45
3.3.2.4	Analyse av det subjektive kunnskapskravet og profittmotivet.....	47
4	Kildeliste	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er spørsmålet om lenking på internett kan være et selvstendig opphavsrettsinngrep etter åndsverkloven § 2.¹ Lenking er en teknisk måte å referere til innhold på internett, som en bruker kan få tilgang til ved å aktivere lenken. Lenkene er derfor det som holder internett sammen ved at lenkene muliggjør navigasjon og informasjonsutveksling på WWW. En annen side av lenkens funksjon er at den gjør det mulig å videreformidle åndsverk til et stort publikum ved få tastetrykk. Utviklingen på internett viser at lenking i stor grad er blitt en viktig måte å formidle beskyttede verk, både med og uten rettighetshavers tillatelse. Hensynene som skal bevares er retten til et åpent internett som fremmer kommunikasjon og ytringsfrihet på den ene siden, og hensynet til rettighetshavernes interesse i å beskytte sine åndsverk mot utnyttelse på den andre siden.

Åndsverk i form av bilder, tekst, film og andre verk på internett er som regel beskyttet av opphavsrett. Dette innebærer at man ikke uten videre kan kopiere eller fremstille eksemplarer av disse og gjøre dem tilgjengelig for allmenheten. På internett vil man derfor ofte lenke til slikt materiale, ettersom det ikke er tillatt å publisere det uten samtykke fra rettighetshaver.² Rettsliggjøring av retten til lenking har derfor potensiale til å ha innvirkning på måten vi forholder og til og bruker internett.

Rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring for allmenheten er også regulert i EUs opphavsrettdirektiv. Direktivets artikkel 3 nr. 1 gir opphavsmenn enerett til *overføring av verk til allmenheten*. Innholdet av begrepet er i stor utstrekning utviklet gjennom EU-domstolens rettspraksis. Ny teknologi har gitt flere nye måter å fremføre og overføre åndsverk. Dette har gitt opphav til flere spørsmål om hva som regnes som *overføring til allmenheten* i direktivet.³

Spørsmålet om lenking faller inn under opphavsmannens enerett har vært et omdiskutert spørsmål helt siden internettets barndom.⁴ Fra starten av 2000-tallet verserte spørsmålet i sentraleuropeiske, så vel som nordiske domstoler med forskjellige utfall. Den prinsipielle debatten har handlet om en lenke kun skal anses som en henvisning som i en bok, eller om en

¹ Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (Åndsverkloven) 12. Mai 1961 nr. 2

² Se Ødegaard/Wessel-Aas. <http://www.hegner.no/Nyheter/Politikk/2014/03/Opphavsrett-og-lenker-paa-Internett>

³ Se forslag til ny åndsverklov, punkt 3.3.2.

⁴ Se Rognstad 2014 side 16.

lenke kan sies å gi direkte tilgang til det beskyttede verket. Kulturdepartementet vurderte spørsmålet om lenking bør gjøres til gjenstand for særskilt regulering i ny åndsverklov, men har i påvente av avklaring i EU valgt å avvente regulering.⁵ Spørsmålet må derimot sies å være avgjort *de lege lata* ved EU domstolens avgjørelser i *Svensson*⁶ fra 2014 og *GS Media*⁷ fra 2016. Formålet med avhandlingen er å klarlegge om og eventuelt i hvilke tilfeller en lenke til opphavsrettslig beskyttet materiale representere en krenkelse av rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring for allmenheten.

1.2 Avgrensning

Avhandlingens problemstilling er om lenking er et selvstendig opphavsrettingrep etter åndsverkloven § 2. Problemstillingen avgrenser dermed naturlig mot lenking som medvirkning og til nevnte handling. Temaet avgrenser også naturlig mot andre tilgjengeliggjøringshandlinger som opplastning og andre tekniske måter å gjøre verk tilgjengelig på. Jeg avgrenser også oppgaven mot ansvar etter markedsføringsloven, som kan anvendes for næringsdrivende. Begrensninger med primært grunnlag i ytringsfriheten vil kun bli nevnt i aktuelle sammenhenger, selv om dette også kunne dannet grunnlag for en grundigere diskusjon. Problemstillingen har også sin relevans for de nærstående rettigheter i åndsverkloven kapittel 5 som har en tilsvarende enerettsbestemmelse, dette vil derimot ikke bli uttrykkelig behandlet.⁸

1.3 Metode og rettkildebildet

Formålet med avhandlingen er å fastslå om lenking til åndsverk på internett er et selvstendig opphavsrettsinngrep etter åndsverkloven § 2. For å fastslå hva som er gjeldende rett vil avhandlingen ha et rettsdogmatisk perspektiv.

Ettersom den store hoveddelen av relevante rettsavgjørelser på dette området kommer fra EU-domstolen og det rettslige grunnlaget bygger på norsk lovgivning som må tolkes i sammenheng med EU-direktiver og internasjonale konvensjoner anser jeg det som viktig å ta for seg de særegne metodiske spørsmålene dette får for fremstillingen av oppgaven.

⁵ Se forslag til ny åndsverklov punkt 3.3.10.

⁶ C-466/12 *Svensson*.

⁷ C-160/15 *GS Media*.

⁸ Se åndsverkloven §§ 42 og 45.

Innledningsvis vil jeg derfor gjøre rede for de relevante rettskildene og hvilken relevans og vekt disse har. Jeg vil deretter presentere det materielle innholdet i de norske og internasjonale rettskildene, før jeg analyserer de viktigste rettsavgjørelsene som knytter seg til problemstillingen og hvordan rettstilstanden må forstås i lys av disse.

Norske rettstvister om opphavsrett løses som hovedregel med rettsregler med norsk lovgivning som primært rettsgrunnlag. I norsk opphavsrett er åndsverkloven av 12. mai 1961 nr. 2 som danner dette rettslig grunnlaget. Åndsverkloven fra 1961 har som følge av den enorme teknologiske utviklingen blitt endret flere ganger. Det eksisterer derfor mange forarbeider til disse endringslovene, disse er sentrale for forståelsen av det materielle innholdet i bestemmelsene.

Rettkildebildet er blant annet som følge av dette delvis komplekst. Det materielle innholdet i åndsverkloven § 2 må utledes fra de mange forarbeidsuttalelsene, Høyesterettsdommer, EU-direktiv og EU domstolens avgjørelser. Tilfanget av internasjonale rettskilder på opphavsrettens område det siste årene har medført at det er utfordrende å fastslå gjeldende rett i Norge. De internasjonale rettskildene er mindre tilgjengelige og mer utfordrende å anvende enn de nasjonale kildene, noe som medfører at rettsanvendelsen er til dels krevende på rettsområdet.⁹

Åndsverkloven av 1961 avløste den tidligere åndsverkloven av 1930 med det formål å skape en nordisk rettsenhet på det opphavsrettslige området.¹⁰ Som følge av det grenseoverskridende samarbeidet for å skape en felles rettsenhet mellom de nordiske landene er det utstrakt bruk av annen nordisk rettspraksis som tolkningsredskap for å løse konkrete rettstvister i Norge på opphavsrettens område. Det er et mål om å beholde den nordiske rettsenhet gjennom lik tolkning av nordisk opphavsrettlovgivning.¹¹ Utviklingen av opphavsrettområdet skal bevare den nordiske rettsenhet slik at man sikrer et samordnet nordisk regelverk.¹²

I lovendringsforslaget til åndsverkloven 1994 uttalte man at:

⁹ Se bl.a. *Arnesen/Stenvik* 2015 side 14.

¹⁰ *Rognstad* 2009, s. 28 og s. 41 flg. Se også NUT 1950:1 Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk, side 9 og Rt. 2005 s. 41 (*Napster.no*) avsnitt 53.

¹¹ Se bl.a. Rt. 2005 s. 41. (*Napster.no*) avsnitt 43.

¹² Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 12-13.

”Lovforslaget bygger på Opphavsrettsutvalgets innstillinger, nordiske departementsdrøftinger, EF-direktiver og den internasjonale utviklingen på området. Det er gjennom de nordiske drøftinger lagt stor vekt på å bevare og styrke den nordiske rettsenhet på området.”¹³

Rettskildemessig vil derfor andre nordiske rettskilder på opphavsrettens område kunne tillegges vekt ved tolkningen av innholdet i norske rettsregler.¹⁴ På den andre siden har hensynet til *nordisk rettsenhet* kommet i skyggen av hensynet til *europaisk rettsenhet* de siste 20 årene som følge av Norges tilslutning til EØS avtalen. Tendensen er derfor at opphavsrettens lovgivningsspørsmål i større grad har sentrert seg rundt å fastslå innholdet i EU-direktivene.¹⁵

Som følge av Norges signering av EØS-avtalen er vi forpliktet til å følge de rettsaktene som er en del av EØS-avtalen. Gjennom EØS-avtalens vedlegg 17 om opphavsrett er EU rettens rettsakter om opphavsrett bindende for Norge.

EU domstolen kjennetegnes ofte som en relativt dynamisk og rettsutviklende domstol som finner løsninger med beskjedne holdepunkter i de skrevne rettskildene.¹⁶ Hensynet til fornuftig og rettfærdige løsninger fremholdes ofte som viktig av domstolen. Praksis fra EU- og EFTA-domstolen er derfor særdeles viktig for å klargjøre innholdet av EUs/EØS’ primær- og sekundærlovgivning. EU- og EFTA-domstolens tolkning av EØS-reglene gir også god veiledning med hensyn til innholdet i medlemslandenes forpliktelser. *Rognstad* er av den oppfatning at dette øker EØS-reglens rettskildeverdi.¹⁷ EU-domstolen er i midlertidig i motsetning til f.eks. Høyesterett ikke en prejudikatdomstol. EU-domstolens avgjørelser er med andre ord ikke formelt bindende for egne fremtidige avgjørelser eller for de nasjonale domstolene. På den andre siden være gode grunner for å fravike fra dens tidligere avgjørelser.

I den videre fremstillingen vil jeg også ta for meg generaladvokatens forslag til avgjørelse. I alle saker for EU-domstolen bistås domstolen av en generaladvokat. Generaladvokaten har en fri rolle i høringen av saken og opptrer gjerne aktivt med spørsmål.¹⁸ Før dommen faller i saken kan generaladvokaten komme med forslag til løsning i den konkrete sak. Uttalelse fra

¹³ Ot. prp. nr. 15 (1994-1995) side 5.

¹⁴ *Tande* side 47.

¹⁵ *Rognstad* 2009 side 44.

¹⁶ *Sejersted m.fl.* side 236.

¹⁷ *Rognstad* 2009 side 55.

¹⁸ jf. TEUF artikkel 252.

generaladvokaten er som utgangspunkt hovedregel for domstolen, det er kun i tilfellene hvor saken *ikke* reiser spørsmål om ”new point of law” at domstolen kan fravike dette.¹⁹ Generaladvokatens forslag til løsning er derimot kun rådgivende for domstolens avgjørelse og domstolen er ikke bundet av forslaget.²⁰ Det kan derfor stilles spørsmål om hvilken rettskildemessig vekt generaladvokatens forslag skal ha. Antageligvis må spørsmålet holdes opp mot den konkrete dommen i saken. I tilfeller hvor domstolen slutter seg til forslaget til avgjørelsen kan generaladvokatens forslag gi mer innsikt i dommens begrunnelse. På den andre siden vil generaladvokatens forslag i tilfeller hvor den forkastes kunne opptre som en dissens.²¹ I disse tilfellene kan dommen gi uttrykk for de argumenter og slutninger EU-domstolen valgte å ikke slutte seg til. Det må presiseres at generaladvokatens uttalelser i disse situasjonene ikke gir uttrykk for gjeldende rett, men heller argumenterer mot den gjeldende rett som følger av domstolens avgjørelse. I praksis fra Høyesterett er generaladvokatens uttalelse gitt vekt i blant annet *Finanger II*.²² EU-domstolen har dessverre i de fleste sakene som omhandler lenking valgt å ikke bruke generaladvokat, selv om sakene har omhandlet ”new point of law”. Dette har blant annet blitt problematisert i teorien.²³ I tilfellene hvor de har brukt generaladvokat har de derimot valgt å *ikke følge* generaladvokatens forslag til løsning.²⁴ Dette er et meget tydelig tegn på at lenkespørsmålet er et komplisert og betent spørsmål som ikke har noen åpenbar løsning.

Norges forpliktelser til å gjennomføre EØS-retten i det nasjonale rettssystem følger av EØS-avtalen art. 3 som lovfester det EØS rettslige lojalitetsprinsipp.²⁵ EUs sekundærlovgivningen er gitt særlige gjennomføringsregler i EØS-avtalen art. 7. Med bakgrunn i homogenitetsmålsetningen i EØS-avtalens art. 6 og ODA art. 3 skal bestemmelsene i EØS-avtalen tolkes i samsvar med EU-domstolens praksis på området.^{26 27} Hensynet til ensartede

¹⁹ Jf. Protocol (No 3) on the Statue of the Court of Justice of the European Union, artikkel 20.

²⁰ Se TEUF artikkel 252, annet ledd og *Sejersted m.fl.* side 236.

²¹ EU domstolens avgjørelser treffes uten dissens. Jf. Protocol (No 3) on the Statue of the Court of Justice of the European Union artikkel 35-37. Det voteres over dommen slik at det er flertall for denne. Dette kan ha betydning for utformingen av premissene, slik at de får den utformingen som oppnår det nødvendige flertall. Generaladvokatens forslag kan i disse tilfellene utdype de kontroversene som ikke fremkommer av domspremissene.

²² Rt. 2005 s. 1365 (*Finanger II*), se avsnitt 66, 112 og 118.

²³ Se *Rosati* side 619.

²⁴ Se bl.a. generaladvokatens forslag til løsning i C-160/15 *GS Media* sammenholdt med dommen i saken.

²⁵ *Sejersted m.fl.* side 195.

²⁶ EØS avtalens art. 6 gir rettsavgjørelser truffet *før* inngåelsen av EØS avtalen direkte relevans for tolkningen av materielt identiske regler. jf. ODA art. 3(1).

²⁷ For avgjørelser fra EU-domstolen *etter* Norges inngåelse av EØS-avtalen skal EFTA-domstolen gjennom sin tolkning av EØS avtalen ta *tilbørlig hensyn* til de prinsipper som er fastlagt gjennom EU-domstolens avgjørelser. jf. ODA art. 3 (2). I realiteten har derimot skjæringstidspunktet liten betydning for den praktiske rettsanvendelsen. jf. *Sejersted m.fl.* side 224.

regler i EØS bygger på det underliggende prinsipp om at rettsaktene i EØS må utvikles dynamisk i takt med tilsvarende rettsakter i EU for å sikre homogenitetsmålsetningen.²⁸

Det må derimot presiseres at domstolens avgjørelser ikke får direkte virkning i norsk rett, men at dens praksis som hovedregel vil bli tillagt *vesentlig vekt* ved tolkning av direktivene²⁹ Ved tolkning av EU direktivene må man som hovedregel ta utgangspunkt i ordlyden, som igjen må tolkes i lys av fortalen til direktivet. Ettersom det ikke eksisterer forarbeider på samme måte som i norsk rett vil fortalene fylle funksjonen som forarbeidene har i norsk rett.³⁰ Ordlyden og fortalen danner derfor utgangspunktet for tolkningen, men disse må videre suppleres med EU rettens formålsbetraktninger, juridisk litteratur og EU-domstolens praksis. Målsetningen om rettsenhet innenfor EU/EØS kan også tilsi at nasjonal rettspraksis i andre konvensjonsstater bør tillegges vekt i norske domstoler.³¹ Medlemsstatene skal som utgangspunkt følger EU-domstolens praksis, men i mangel på retningslinjer og konkretisering av innholdet i bestemmelsene kan hensynet til EU homogen tolkning tilsi at også denne praksis kan få betydning for norske domstoler. Dette kan man blant annet tolke ut av *Napster.no* som anvender tysk rettspraksis.³² Ettersom det ikke eksisterer en tilsvarende rettsenhet mellom tysk og norsk opphavsrett som innenfor den nordiske opphavsrett vil denne rettspraksis ha mindre rettskildemessig verdi enn dommer fra de nordiske landene.³³

Videre må norske domstoler med utgangspunkt i presumpsjonsprinsippet forutsette at norsk rett er i overensstemmelse med Norges folkerettslig forpliktelser. Herunder at de ved fortolkningen av gjeldene rett anvender de mulighetene tolkningsprinsippene gir for å unngå et resultat i strid med våre folkerettslig forpliktelser.³⁴ Ved eventuell motstrid i mellom "[b]estemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen[...]og andre bestemmelser som regulerer samme forhold" skal førstnevnte gå foran.³⁵

²⁸ Homogenitetsmålsetningen følger av EØS-avtalen art. 1 og fortalens punkt 16.

²⁹ I Rt. 2000 s. 1811 (*Finanger I*) på side 1820 uttalte Høyesterett at de har myndighet og plikt til å selvstendig ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad EFTA-domstolens uttalelser skal få betydning for Høyesteretts avgjørelser. De uttalte her at disse må "tillegges vesentlig vekt". Samme slutning vil være aktuelt for EU-domstolens tolkning av likelydende bestemmelser i EU og EØS retten som en konsekvens av homogenitetsmålsetningen.

³⁰ *Sejersted m.fl.* side 53.

³¹ Se bl.a. *Arnesen/Stenvik* side 39.

³² I Rt. 2005 s. 41 (*Napster.no*) viste Høyesterett den tyske Bundesgerichtshofs avgjørelse i Paperboy-saken. (I ZR 259/00).

³³ Se *Tande* side 48.

³⁴ Ot.prp.nr.79 (1991-1992) side 4. Se også I Rt. 2000 s. 1811 (*Finanger I*) side 1830 og *Sejersted m.fl.* side 265.

³⁵ Jf. EØS-loven § 2

I *Svensson* slo EU domstolen fast at opphavsrettdirektivet er å anse som et fullharmoniseringsdirektiv med den effekt at medlemslandene ikke kan innføre strengere regler enn det som følger av direktivet.³⁶ Dette legger begrensninger på tolkning av nasjonal rett på opphavsrettsområdet. Tolkningen av bestemmelsene i opphavsrettdirektivet må derfor anses å være førende for tolkningen av nasjonal rett for de områdene av opphavsretten som er harmonisert. Som følge av den store utviklingen av opphavsretten i EU og den rekkevidden fullharmoniseringsdirektivene har fått er lovgivers spillerom blitt innskrenket med hensyn til materielle endringer i opphavsrettlovgivningen i Norge.

På opphavsrettens område har det fra dets tidlige begynnelse eksistert en tett og omfattende internasjonal konvensjonsregulering. Dette internasjonale samarbeidet har lagt føringer på utviklingen av nasjonal opphavsrettlovgivning.³⁷ Det eksisterer derfor flere dimensjoner av samarbeid som i felleskap gir uttrykk for rettstilstanden *de lege lata* i Norge.

Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk (den første³⁸) er den sentrale konvensjon som regulerer opphavsmenns rettigheter. Konvensjonen som ble undertegnet i Bern den 9. september 1886 og tiltrådt av Norge den 13. april 1896 er i denne sammenheng sentral for utviklingen av internasjonal opphavsrett. Det er per 27. desember 2016, 169 medlemmer i Bernunionen. Bernkonvensjonen danner grunnlag for flere minimumsrettigheter som Norge er forpliktet å gi opphavsmenn. I kraft av presumpsjonsprinsippet presumeres det at Norges interne rettsregler er i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelsene staten har etter Bernkonvensjonen.

WIPO (World Intellectual Property Organization) har også flere aktuelle traktater innen immaterialretten. Særlig WIPO-traktaten om opphavsrett (WCT) er sentral i denne sammenheng. Innenfor verdens handelsorganisasjon (WTO) har vi også TRIPS-avtalen som regulerer handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter, herunder de minimumskrav til vern av immaterielle rettigheter som medlemsstatene plikter sikre rettighetshavere.³⁹

³⁶ C-466/12 *Svensson* avsnitt 41.

³⁷ *Rognstad* 2009 side 45.

³⁸ Den siste versjonen av Bernkonvensjonen er Paristeksten fra 1971. Ved endring i konvensjonen utarbeides det en ny konvensjon som alle landene må slutte seg til. Det innebærer at noen land forholder seg til eldre versjoner.

³⁹ Se bl.a. *Arnesen/Stenvik* side 22.

Bernkonvensjonen og WCT er bindende for den Europeiske Union gjennom TRIPS avtalen artikkel 9 nr. 1. TRIPS avtalen ble godkjent av det europeiske råd i 1994⁴⁰, og WCT ble godkjent av rådet i 2000.⁴¹ Konvensjonenes stilling i EU er igjen bekreftet av EU domstolen i de forente sakene C-403/08 and C-429/08 *FAPL*.⁴² Norge har ikke tiltrådt WIPO-traktaten om opphavsrett (WCT), men det er signalisert at Norge vil tiltre avtalen i forbindelse med ny åndsverklov.⁴³

Utgangspunktet for tolkning av konvensjoner er Wienkonvensjonen av 23. mai 1969 om traktatretten. Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men tolkningsprinsippet er ansett for å være en kodifisering av folkerettslig sedvanerett.⁴⁴ Etter Wienkonvensjonens artikkel 31 skal traktater tolkes "[...]in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."

1.4 Faktisk bakgrunn

Lenking på internett er ofte teknisk krevende å forstå. Jeg vil derfor kort redegjøre helt generelt om de tekniske måtene lenking kan gjennomføres på internett. Snderingen mellom forskjellige lenketyper har vært sentral i juridisk teori ettersom enkelte lenketyper er mer intensive enn andre i bruk. Det er derfor ikke gitt at svaret på avhandlingens problemstilling er lik for alle lenketyper.

Lenking til en internettsides forside blir ofte omtalt som *forsidelenker*. En lenke til hovedsiden til UiT Norges arktiske universitet (www.uit.no) er en *forsidelenke*. En forsidelenke fører brukeren til en nettside med flere elementer man kan navigere seg ut fra.

Hvis lenken derimot går til en side som hierarkisk ligger under hovedsiden til UiT Norges arktiske universitet, og fører direkte til et verk er det en *dyplenke*. Dette kan for eksempel være en *dyplenke* til et konkret bilde eller en videofil på serveren. Poenget med denne sonderingen er at rettighetshavere har en økonomisk interesse i å lede trafikken gjennom nettsidens forside. Hvis man leder brukeren gjennom nettsidens forside vil nettsiden få flere sidevisninger

⁴⁰ Se Council Decision 94/800/EC of 22 December 1994 concerning the conclusion on behalf of the European Community.

⁴¹ Se Council Decision 2000/278/EC of 16 March 2000 (OJ 2000 L 89, p. 6).

⁴² Se C-403/08 and C-429/08 *FAPL* avsnitt 189.

⁴³ Se forslag til ny åndsverklov punkt 2.2.1.

⁴⁴ Se bl.a. *Arnesen/Stenvik* side 26.

gjennom at brukeren må navigere seg gjennom lenker og dermed kunne øke inntekspotensialet gjennom flere reklamer etc. Hvis brukeren derimot trykker på en *dyplinke* tas han rett til verket og innehaveren av nettsiden mister potensielle sidevisninger.

I tillegg til sonderingen mellom *forsidelenker* og *dyplinker* kan vi også skille mellom *forflytningslenker* og *hentelenker*. Den vanligste typen lenker med det tydeligste henvisnings- og referansepreg omtales ofte som *forflytningslenker* eller *referanselenker*. En *forflytningslenke* vil ofte se slik ut: "<http://www.uit.no>". Trykker du på denne lenken i en nettleser vil du "forflyttes" til denne adressen, enten i samme vindu/fane som du trykket på lenken i eller den vil åpnes i et nytt vindu/fane i nettleseren. *Forflytningslenker* kan også være en *forsidelenker* og *dyplinker* som omtalt ovenfor.

Hentelenkene skiller seg fra *forflytningslenkene* ved at materialet som befinner seg på adressen lenken viser til blir hentet fra kilden og grafisk fremstilt på siden det lenkes fra. Teknikken gjør det mulig å vise et bilde eller en film på en nettside hvor bildet ikke befinner seg. Visuelt vil det derfor fremstå som at bildet eller filmen ligger på nettsiden du besøker, mens det i realiteten kun er en *hentelenke* som viser innholdet fra en annen nettside inne på den nettsiden du besøker.

For eksempel kan jeg på min private nettside sette inn en *hentelenke* til en musikkvideo fra YouTube slik at det visuelt fremstår som at musikkvideoen ligger på min egen nettside, selv om den i realiteten ligger på nettsiden til YouTube. Det samme kan også gjøres med en hel nettside, slik at jeg på min private nettside kan opprette en *hentelenke* som viser brukeren av min side for eksempel www.nrk.no gjennom en ramme.

Hentelenkene fungerer i all hovedsak sammen med *dyplenkene* slik at hentelenken viser til en bestemt verk på nettsiden det lenkes til, hvor deretter dette verket blir hentet fra kilden og grafisk fremstilt på siden det lenkes fra.

2 Eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten

2.1 Det rettslige grunnlaget

2.1.1 Åndsverkloven § 2

Etter åndsverkloven § 2 har den som skaper et åndsverk en "enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for

allmenheten”.⁴⁵ Fra dette kan vi se at opphavsmannen kan råde over verket ved å faktisk råde over verket selv, og ved å nekte andre å gjøre det.⁴⁶ All bruk som faller inn under opphavsmannens enerett krever derfor som hovedregel samtykke fra opphavsmannen.⁴⁷ Bestemmelsen hjemler opphavsmannens økonomiske interesser som sammen med den ideelle rett som følger av åndsverkloven § 3 danner opphavsmannens viktigste rettslige beføyelser over åndsverket.

Tilgjengeliggjøring av åndsverk til allmenheten kan skje på tre måter. Ved spredning, ved visning av eksemplarer eller ved offentlig fremføring.⁴⁸ Disse omtales gjerne også som sprednings-, visnings- og fremføringsretten og er underkategorier av eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten.⁴⁹

Hva som regnes som *tilgjengeliggjøring for allmenheten* må som hovedregel defineres ut fra bestemmelsen ordlyd. I dette ligger det to kumulative vilkår. Det må skje en *tilgjengeliggjøring* og denne må rettes mot en *allmenhet*. I dette ligger det at all *tilgjengeliggjøring* på det private området *ikke omfattes* av eneretten til tilgjengeliggjøring.⁵⁰ En *tilgjengeliggjøring* er etter ordlyden enhver måte en person gjør verket tilgjengelig for andre enn seg selv. I dette ligger det også at en tilgjengeliggjøring ikke forutsetter at mottakeren benytter seg av tilgangen. Med hensyn til allmenhetskriteriet har *Knoph* uttalt at hvis bruken av et åndsverk skal ha en privat karakter må den skje innenfor ”[...]den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps- eller omgangsbånd skaper.”⁵¹ De handlinger som faller utenfor denne naturlig krets er derfor ofte å anse som offentlige eller rettet mot allmenheten. Å legge ut eller lenke til verk åpent på internett er derfor klart rettet mot *allmenheten*.

Det har vært tvil om listen i åndsverloven § 2 over måter verk kan gjøres *tilgjengelig* for allmenheten skal anses for å være uttømmende. Det følger av forarbeidene til åndsverkloven av 1961 at: ”De eksempler som her er nevnt, representerer tre hovedgrupper av måter å utnytte åndsverk på, som med hensyn til så vel økonomisk betydning som juridisk karakter er svært

⁴⁵ Åndsverkloven § 2 første ledd.

⁴⁶ Se bl.a. *Rognstad* 2009 side 150.

⁴⁷ Jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 7.

⁴⁸ Åndsverkloven § 2 tredje ledd.

⁴⁹ *Rognstad* 2009 side 156.

⁵⁰ Se bl.a. *Knoph* side 87. Dette er en del av opphavsrettens prinsipielle struktur, og reelt sett ikke en begrensning i opphavsmannens enerett. Samtidig bygger det på at privat tilgjengeliggjøring eller gjengivelse ikke skader opphavsmannens interesser idet det ikke konkurrerer med opphavsmannens tilgjengeliggjøring.

⁵¹ *Knoph* side 89.

ulike.”⁵² Karakteriseringen av begrepene som *eksempler* trekker i retning av at listen ikke kan forstås som uttømmende. Motsetningsvis refereres det til [...]de tre grupper av måter som åndsverk kan gjøres tilgjengelig for allmennheten på.” i samme avsnitt.⁵³ Dette medfører at forarbeidene isolert sett ikke har et konsekvent svar på om ”gruppene” eller ”eksemlene” er uttømmende måter verk kan gjøres tilgjengelig for allmenheten.

Derimot fremgår det av de samme forarbeidene at eneretten til å gjøre verket tilgjengelig omfatter ”en hvilken som helst måte hvormed allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis[...].”⁵⁴ Dette vide tolkningen av ”tilgjengeliggjøring for allmenheten” er fulgt opp praksis og anses i dag som sikker rett.⁵⁵

I litteraturen og i praksis har en lagt til grunn at når en skal fastslå om et verk er gjort tilgjengelig for allmenheten må en ta utgangspunkt i bestemmelsens hoveddel i første ledd som i rettspraksis er definert som et overordnet begrep for de tre formene for tilgjengeliggjøring.⁵⁶ Det sentrale vurderingsmomentet er om åndsverket er gjort ”tilgjengelig for allmenheten”. Om verket er tilgjengeliggjort for allmenheten ved spredning, visning eller ved offentlig fremføring er sekundært. I Napster.no uttalte Høyesterett videre at ”Tredje ledd er således ikke ment som noen legaldefinisjon av 'tilgjengeliggjøring for allmennheten’”⁵⁷

Ordlyden i bestemmelsen kan derfor ikke tolkes som uttømmende for hva som regnes som tilgjengeliggjøring. Innholdet i bestemmelsen må som utgangspunkt tolkes i lys av Norges forpliktelser etter EØS avtalen. Innholdet i tilgjengeliggjøringsbegrepet, herunder offentlig fremføring er en konsekvens av harmoniseringen med opphavsrettdirektivets krav til ”communication to the public”, som igjen er basert på WCT artikkel 8.

I praksis blir derfor fremføringsbegrepet tolket vidt, slik at enhver tilgjengeliggjøring blir plassert under enten spredning, visning eller ved offentlig fremføring.⁵⁸ Det kan dermed virke unaturlig å anse publisering av åndsverk på internett, sending av e-post eller lignende som *fremføringer*, men det er klart at også disse handlingene er *fremføringer* i lovens forstand.

⁵² Ot. prp. nr. 26 (1959-60) side 16.

⁵³ *I.c.*

⁵⁴ *I.c.*

⁵⁵ Se Rt. 2005 s. 41 (*Napster.no*) avsnitt 42.

⁵⁶ *I.c.*

⁵⁷ *I.c.*

⁵⁸ Se bl.a. *Rognstad* 2009 side 156.

Dette må sees i sammenheng med at retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten som hovedregel er teknologinøytral. Av dette følger det at alle handlinger som innebærer en tilgjengeliggjøring for allmenheten er omfattet, uavhengig av hvilken måte det skjer på.⁵⁹

Det har også vært grunnlag for diskusjon om *tilgjengeliggjøring* krever *faktisk tilgang* eller om *potensiell tilgang* til verket er tilstrekkelig for at handlingen skal falle inn under eneretten.

Ut fra ordlyden i bestemmelsen tilsier det å "[...]gjøre det tilgjengelig for almenheten[...]"⁶⁰ et videre anvendelsesområde for lenkestituasjonen enn det som følger av ordlyden *offentlig fremføring*. Sett i sammenheng med forarbeidenes vide forståelse av tilgjengeliggjøring for allmenheten herunder at den gjelder "[...]en hvilken som helst måte hvorved almenheten får adgang til å bli kjent med verket[...]"⁶¹ vil det være naturlig å forstå dette slik at bestemmelsen likestiller *faktisk tilgang* med *potensiell tilgang*.⁶² Å gjøre noe *tilgjengelig* er etter sin natur en handling som har et potensial for utnyttelse. *Rognstad* fremhever den brede formuleringen som et eksempel på lovgivers intensjon bak eneretten og dens rekkevidde.⁶³

Uttalelsen fra *Knoph* må riktignok tolkes i lys av av den formidable teknologiske utviklingen de siste tiår, men det vil være uklokt å innskrenke opphavsmannens enerett kun med den begrunnelse at det har oppstått flere måter å tilgjengeliggjøre åndsverk.⁶⁴

Som følge av utviklingen av begrepet innbefatter offentlig fremføring nå all verksformidling som skjer via tekniske hjelpemidler og på en annen måte enn ved direkte bruk av fysiske eksemplarer.⁶⁵

2.1.2 Offentlig fremføring

Det følger direkte av ordlyden i åvl. § 2 tredje ledd at spredning og visning av åndsverk til allmenheten omfatter kun åndsverkets fysiske *eksemplarer*, med den forskjellen at spredning

⁵⁹ *Rognstad* 2009 side 155.

⁶⁰ Åvl. § 2 første ledd.

⁶¹ NUT: 1950:1 Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk side 11. jf. *Knoph* side 92-93.

⁶² Se bl.a. *Tande* side 83 og 128 samt *Rognstad* 1999 side 72.

⁶³ *Rognstad* 2009 side 155.

⁶⁴ Det følger av opphavsrettdirektivets forale punkt 5 at "[...]the current law on copyright and related rights should be adapted and supplemented to respond adequately to economic realities such as new forms of exploitation." Dette taler for at tolkningen av åndsverkloven i lys av opphavsrettdirektivet bør være dynamisk for å sikre en tilfredsstillende beskyttelse av åndsverk.

⁶⁵ Se *Rognstad* 2009 side 176.

omfatter en besittelsesoverføring og visning omfatter presentasjon av verket. Disse er derfor omtalt som *eksemplarbundet* tilgjengeliggjøring. Offentlig fremføring skiller seg fra de to overnevnte ved at den er *eksemplarubundet* tilgjengeliggjøring. En konsekvens av dette er at lenking til opphavsrettslig materiale på internett ikke kan subsumeres under sprednings- eller visningsretten fordi lenking ikke omfatter eksemplarer.

Det følger av ordlyden i åndsverkloven § 2 tredje ledd, bokstav c at verket gjøres tilgjengelig for allmenheten når ”verket fremføres offentlig”. Ordlyden isolert sett taler for at offentlig fremføring kun omfatter fremføring for et tilstedeværende publikum, eksempelvis en konsert på en offentlig plass. Det er derimot sikker rett av fremføringsbegrepet går vesentlig lengre enn det som følger av bestemmelsens ordlyd.

Ved lovrevisjonen i 2005, som følge av harmoniseringen med opphavsrettdirektivet vurderte departementet om *overføring til allmenheten* burde innføres som en egen selvstendig kategori under paraplybegrepet *tilgjengeliggjøring for allmenheten* i åndsverkloven § 2.⁶⁶ Det var etter departementets syn på dette tidspunktet ikke nødvendig å innføre en egen kategori for overføringsretten. Den retts tekniske løsningen som ble valgt var å legge til et nytt fjerde ledd som presiserte innholdet i fremføringsretten.

Åndsverkloven § 2 fjerde ledd lyder:

”Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmenheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.”

Fra dette kan vi slå fast at offentlig fremføring i tillegg til direkte fremføring for et tilstedeværende publikum også dekker fremføring med tekniske hjelpemidler, samt *overføring til allmenheten* eksempelvis overføring av verk på internett slik at brukeren selv kan velge tid og sted for tilgangen til verket. Etter ordlyden er det nærliggende å anse lenking som en slik overføring.

Som følge av denne løsningen favner det norske fremføringsbegrepet langt videre enn de svenske og finske bestemmelsene.⁶⁷ Dette har sin begrunnelse i at begge landene ved

⁶⁶ Se Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 20-22.

⁶⁷ Se *Rognstad* 2009 side 177.

lovrevisjonen i forbindelse med harmoniseringen av opphavsrettdirektivet innførte kategorien ”overføring til allmenheten” for distanseoverføring av åndsverk. Dette tilsvarer begrepet ”Communication to the public” i opphavsrettdirektivet artikkel 3 nr. 1 og World Copyright Treaty artikkel 8.⁶⁸

Det rettslige utviklingen i EU og mengden rettspraksis på området ser derimot ut til å ha medført at departementet har snudd i synet på hvordan dette skal løses retts teknisk. I forslaget til ny åndsverklov har departementet foreslått å innføre en fjerde kategori under paraplybegrepet «tilgjengeliggjøring for allmenheten».⁶⁹ Ved å innføre kategorien *overføring til allmenheten* som en selvstendig kategori vil det gjøre det lettere å fange opp utviklingen i rettspraksis fra EU slik at norsk rett i større grad vil samsvare med de sentrale begrepene i direktivene. Sett i lys av at innholdet i norsk rett utvikles gjennom EU direktivene som tolkes gjennom EUDomstolens rettspraksis fremstår det som fornuftig å innføre en ny kategori. Det er derimot viktig å presisere at dette først og fremst er en retts teknisk løsning, materielt sett vil dette ikke innebære noen endring i hva som anses for tilgjengeliggjøring for allmenheten. Det vil derimot innebære at overføringsbegrepet i norsk rett vil samsvare med terminologien i EU-direktivene samt de svenske og finske begrepene.

Fra ordlyden i åndsverkloven § 2 fjerde ledd kan vi også dele inn offentlig fremføring i *aktive overføringer* og *tilrådighetsstillelse*. De aktive overføringene skjer på tidspunkt bestemt av rettighetshaver, men tilrådighetsstillelse gir brukeren mulighet til å velge tid og sted for bruken av verket. En naturlig slutning vil derfor være at situasjonen hvor brukeren selv aktiverer en lenke som er *stilt til rådighet på internett slik at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket* faller inn under begrepet *offentlig fremføring*.

Åndsverkloven § 2 fjerde ledd er en harmonisering av opphavsrettdirektivets artikkel 3 nr. 1. Det følger av bestemmelsen at opphavsmannen skal ha eneretten til å tillate eller forby:

”[...] any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members

⁶⁸ Se Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, § 2 (3) nr. 1 og upphovsrättslagen 404/1961 § 2 (3) nr. 1.

⁶⁹ Se forslag til ny åndsverklov side 34-35.

of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.”

70

Det sentrale utgangspunkt for drøftelsen er om lenking faller innenfor ordlyden ”communication to the public”. Ordlyden og direktivet gir i seg selv ingen direkte anvisning på hva som ligger i begrepet, noe rettspraksis fra EU domstolen også bekrefter.⁷¹

Det følger i midlertidig av opphavsrettdirektivets fortale at ”communication to the public” skal forstås vidt slik at det innbefatter all overføring til allmenheten som ikke befinner seg på plassen hvor overføringen stammer fra.⁷² Rettspraksis viser også at den vide forståelsen av begrepet skal bidra til å fremme direktivets mål om å sikre rettighetshavere passende belønning for bruken av deres verk.⁷³

EU domstolen har videre lagt til grunn i flere avgjørelser at begrepet ”communication to the public” inneholder to kumulative vilkår. For det første er det et krav til *overføring* (”act of communication”) av verket, og for det andre er det et krav om at overføringen skjer til en *allmenhet* (”public”).⁷⁴

Begge vilkårene har vært gjenstand for utstrakt debatt i tilknytning til lenkespørsmålet. Særlig det første vilkåret har vært prinsipielt viktig for å slå fast om lenking faller inn under opphavsretten. Debatten har vedvart siden internettets spede barndom og innebærer i teorien to alternative tilnærminger. Jeg vil i fortsettelsen presentere disse teoriene og så se på hvordan disse er behandlet i praksis.

2.2 Lenking som tilgjengeliggjøring for allmenheten

2.2.1 Innledning

Spørsmålet om en lenke til opphavsrettslig beskyttet materiale kan representere en krenkelse av rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring for allmenheten er et spørsmål som har vært gjenstand for debatt blant akademikere i det juridiske miljøet gjennom flerfoldige år.

⁷⁰ Opphavsrettdirektivet art. 3 nr. 1.

⁷¹ Se C-306/05 *SGAE* avsnitt 33.

⁷² Se opphavsrettdirektivets fortale punkt 23.

⁷³ Se C-306/05 *SGAE* avsnitt 36. Direktivets formål om å sikre rettighetshavere passende belønning (appropriate reward) følger av direktivets fortale punkt 9 og 10.

⁷⁴ Se bl.a. C-466/12 *Svensson* avsnitt 16 og C-607/11 *ITV Broadcast* avsnitt 21 og 31.

Debatten har i stor grad sentrert seg rundt spørsmålet om en lenke innebærer en overføring av et verk, eller om den kun gjør tilgang til et allerede tilgjengeliggjort verk enklere. I juridisk terminologi omtales gjerne denne forskjellen i oppfatning som lenkens *dobbelte natur*.⁷⁵

Som en konsekvens av lenkens forskjellige tekniske former og utallige variasjonen av verk det lenkes til er det problematisk å gi et enkelt svar på avhandlingens problemstilling. I rettspraksis både i Norge og i EU domstolen er det gitt uttrykk for mange og ulike momenter som må vektles forskjellig i de individuelle sakene for å slå fast om en lenke til opphavsrettslig beskyttet materiale representerer en krenkelse av rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring for allmenheten.

Som redskap i denne avhandlingen tar jeg derfor i bruk de to sentrale tilnæringer fra det juridiske miljøet for å belyse problemstillingen.⁷⁶ I en mellomposisjon finner vi også flere andre konstellasjoner som tar hensyn til lenketypene og lovligheten av innholdet når lenkens funksjon skal forstås.

Jeg vil først presentere tilnærmingen om lenker betraktet som tilgjengeliggjøring for allmenheten, før jeg tar for meg tilnærmingen om lenker betraktet som rene henvisninger.

2.2.2 Lenker betraktet som tilgjengeliggjøring for allmenheten

Den første tilnærmingen anser lenken som en *selvstendig tilgjengeliggjøring* av materialet det lenkes til. Etter denne tilnærmingen gis lenken et funksjonelt element utover det rene henvisningspreget.⁷⁷ Teorien bygger på at en lenke går lengre enn den alminnelig fotnoten eller referansen i en bok da den gir lettere, raskere og mer direkte tilgang til verket. Ved en fotnote i en bok gis leseren mulighet til å tilegne seg et eksemplar av verket ved å for eksempel kjøpe dette hos en forhandler eller låne verket. Ved en lenke gis brukeren tilgang umiddelbart ved et klikk.⁷⁸ Dette elementet blir av *Tande* omtalt som ”eksterne lenkers dobbelte natur”.⁷⁹

Tilnærmingen om at lenking innebærer en opphavsrettslig tilgjengeliggjøringshandling vil ofte måtte sees i sammenheng med teorien om implisitt samtykke. En situasjon hvor lenking faller inn under opphavsmannens enerett uten begrensninger vil ødelegge funksjonaliteten til internett

⁷⁵ Se *Tande* side 20.

⁷⁶ Se bl.a. *Bing* side 100, *Rognstad* 2009 side 183, *Rognstad* 2015 side 625 og *Tande* side 20.

⁷⁷ Se *Bing* side 101.

⁷⁸ Se *Rognstad* 2005 side 354-355. I C-466/12 *Svensson*, avsnitt 18 uttalte domstolen at lenking ga brukeren ”direct access” til verket.

⁷⁹ Se *Tande* side 20.

ved at lenking til sider man selv ikke står bak vil være avhengig av rettighetshavers samtykke. Navigering på internett vil dermed være umulig. En slik situasjon vil også være prinsipielt utfordrende med hensyn til ytringsfriheten på internett.

Teorien om implisitt samtykke er ofte sitert i teorien og den ble også vurdert som løsningsmodell i *napster.no*. Høyesterett uttalte derimot i denne sammenheng ”Å innfortolke et samtykke kan nok løse meget, men det kan også bli tale om avgrensningskriterier som både kan gi grunnlag for tvil og tvister.”⁸⁰ Teorien bygger på at når rettighetshaver gjør verket tilgjengelig på internett så samtykker han samtidig til normal utnyttelse av verket på internett, herunder lenking til verket. Ettersom rettighetshaver normalt ikke har inngått en slik avtale om bruk skriftlig eller muntlig må spørsmålet bero på om det foreligger konkludent atferd fra rettighetshavers side gjennom en realhandling.⁸¹ For å fastslå om det foreligger en implisitt avtale om normal bruk av verket på internett må en derfor tolke rettighetshavers dispositive handling. En slik tolkning må ta sikte på å klarlegge om rettighetshaver har ment å akseptere slik bruk, og eventuelle i hvilken utstrekning slik bruk er akseptert. Det kan blant annet være forskjell i referanselenking, hentelenking, forsidelenking og dyplenking. *Tande* har også stilt spørsmål om passivitet kan være medvirkende som avtalerettslig grunnlag for samtykke til lenking.⁸² Det er på det rene av passivitet kan være et medvirkende rettsstiftende moment i kombinasjon med et dispositivt utsagn eller handling.⁸³ Det vil blant annet kunne være tale om en etterfølgende aksept om rettighetshaver ikke griper inn ovenfor utstrakt bruk av lenking over tid, en slik situasjon krever derimot en forutsetning om at rettighetshaver må ha kunnskap om lenkingen, samt dens art og omfang.⁸⁴ Det vil derimot etter mitt syn å legge for mye i rettighetshavers konkludente atferd å anse dette som en bindende avtale gjennom tolkning av atferd og passivitet.

Teorien har sine begrensninger, i hovedsak vil den være aktuell der det er snakk om lenking til verk som er lastet opp med opphavsmannen tillatelse. For verk som er lastet opp ulovlig vil det i praksis ikke foreligge noe samtykke og resultatet vil bli en anvendelse av hovedregelen om at lenkingen er beskyttet av opphavsmannens enerett. Ettersom implisitt samtykke bygger på en avtalerettslig forståelse av lenking vil rettighetshavere kunne reservere seg mot lenking

⁸⁰ Rt. 2005 s. 41 (*Napster.no*) avsnitt 57.

⁸¹ Se *Tande* side 226.

⁸² Se *Tande* side 229-231.

⁸³ Dette er bl.a. lagt til grunn i Rt. 2001 s. 1288 (*Gate Gourmet*).

⁸⁴ Se *Tande* side 230.

generelt, eller bare for spesielle typer lenking, f.eks. dyplenking eller hentelenker. En rettighetshaver som har reservert seg mot lenking kan derfor ikke bli møtt med en påstand om at han har gitt stilltiende aksept til slik bruk. Dette vil kunne skape rettslig usikkerhet og være en kompliserende faktor ved normal bruk av internett for brukerne. For eksempel vil en bruker måtte undersøke om rettighetshaver har godkjent tilgjengeliggjøringen av verket, og om han har samtykket til lenking.⁸⁵

I teorien har *Rognstad* argumentert for at lenking må anses som et selvstendig opphavsrettingrep i flere sammenhenger. Denne argumentasjonen blir derimot fulgt opp av et forslag om implisitt samtykke som løsningsmodell. *Rognstad* har bl.a. uttalt at:

”Slik jeg ser det, verken kan eller bør problemet løses ved at linkene utelukkende anses som *rene* henvisninger som faller utenfor åvl. § 2, selv om man skulle mene at problemet med linker til *ulovlig* utlagt materiale (også) kan løses på medvirkningsgrunnlaget.”⁸⁶

Synet til *Rognstad* synes å være basert på en fornuftig forståelse basert på den teknologiske utviklingen opphavsretten opplever. Kjøp og salg av tjenester på internett baserer seg i utstrakt grad på funksjonen til lenking. For å beskytte rettighetshavere mot urimelig utnyttelse av verk må nødvendigvis opphavsretten tilpasses disse situasjonene.

Som nevnt i avhandlingens punkt 1.3 vil andre nordiske og europeiske rettskilder på opphavsrettens område kunne tillegges rettskildemessig vekt ved tolkningen av innholdet i norske rettsregler. Det er derfor nærliggende å se hen til andre nordiske lands praksis.

I *Tommy O.* kom Högsta domstolen i Sverige frem til at dyplenking til mp3 filer måtte anses som offentlig fremføring, og en del av rettighetshavers enerett.⁸⁷ Offentlig fremføring var derimot ikke omfattet av rettighetshavers enerett slik at saksøkte ble frifunnet. I teorien har *Tommy O.-dommen* møtt motstand fra bl.a. *Torvund* som har tatt til ordet for at dommen ikke tok stilling til om utleggingen av lenkene innebar en selvstendig tilgjengeliggjøring eller om det var medvirkning til slik krenkelse.⁸⁸ *Torvund* kritiserer dommen med at den ”[...]bygger på en mangelfull og til dels feilaktig beskrivelse av hva lenking faktisk innebærer.” Kritikken

⁸⁵ En slags konsekvens av denne tankegangen har fått nylig aktualitet som følge av avgjørelsen i *GS Media* som slår fast at hvis det foreligger et kunnskap hos lenker om verkets ulovlighet så medfører lenkingen en overføring til allmenheten. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 3.3.

⁸⁶ *Rognstad* 2005 side 357.

⁸⁷ NJA 2000 s. 292 (*Tommy O.*)

⁸⁸ Se *Torvund* side 433-434.

samsvarer med den tilnærmingen *Torvund* har stått i fronten for. En lenke gjør etter denne teorien det lettere for brukeren å få tilgang til verket. Ved lenken får brukeren en adresse som gjør at *brukeren* kan sende en forespørsel til serveren hvor verket ligger. Ved mottagelsen av denne forespørselen behandler denne serveren forespørselen og overfører verket til brukeren igjen. Dette representerer etter *Torvund* syn en prosess hvor brukeren, serveren og verket står i sentrum. Lenkens funksjon er i dette henseende minimalt medvirkende.⁸⁹ Med henvisning til *Tommy O.* saken fra Högsta domstolen viser også endringsforarbeidene til den svenske opphavsrettsloven at dyplenker innebærer offentlig fremføring eller medvirkning til slik handling. Det følger av disse at:

”[D]juplänkar på en webbsida till olagliga musikfiler på Internet enligt gällande rätt utgör ett offentligt framförande eller medverkan därtill, vilket innebär att detta utgör ett förfogande som faller under upphovsmannens ensamrätt.”⁹⁰

Fra dette kan vi se at det i svensk rett eksisterte et sterkere grunnlag for å anse lenker som tilgjengeliggjøringshandling enn i Norge på dette tidspunktet.

Det må riktignok presiseres at problemstillingens utfordring ligger i å definere det aktuelle virkeområdet for svaret. Løsningen på spørsmålet om lenking kan neppe besvares med et enkelt ja eller nei. Det må etter omstendighetene bero på en modell hvor både et implisitt samtykke og begrensninger i teknikk og lovligheten av innholdet spiller en rolle. Dette er i samsvar med den løsningen EU domstolen har lagt til grunn i sine avgjørelser. Rettstilstanden *de lege lata* på dette punktet må derimot anses for å være avklart etter vilkåret om ”nytt publikum” i *Svensson*. Dette kommer jeg tilbake til kapittel 3.

2.2.3 Lenker betraktet som rene henvisninger

Den andre tilnærmingen kjennetegnes ved at lenken blir sett på som en referanse på linje med de referansene du finner i en bok eller de referansene jeg bruker i denne avhandlingen. Denne tilnærmingen baserer seg på at lenken gir en enklere tilgang til det beskyttede materiale, den gir med andre ord ikke *selvstendig* tilgang. *Torvund* eksemplifiserer dette når han sier at ”[e]n lenke vil bare gjøre det litt lettere å sende en forespørsel for å få overført dokumentet. Å hevde

⁸⁹ *I.c.*

⁹⁰ Ds 2003:35 på side 99 (Svensk forarbeid).

at en lenke gir direkte tilgang er som å hevde at man får direkte tilgang til en bygning om man kjenner adressen.”⁹¹

Høyesterett tok standpunkt til problemstillingen forbundet med de opphavsrettslige utfordringene for lenker på internett for første og foreløpige siste gang i den sentrale dommen Rt. 2005 s. 41 (Napster.no). Hovedspørsmålet i saken var om det innebar en *tilgjengeliggjøring for allmenheten* etter åndsverkloven § 2 å legge ut lenker til ulovlig opplastede musikkfiler på internett. Saken omhandlet nettsiden *napster.no* hvor brukerne av siden kunne oppgi nettadresser (dyplinker) til nedlastbare musikkfiler på internett. Nettadressene som brukerne oppga til nettstedet ble så brukt til å skape søkbare referanselenker på *napster.no*. På nettsiden kunne brukerne søke så etter artister eller sanger og få umiddelbar tilgang til lenker som førte direkte til musikkfilen, hvor brukeren deretter kunne velge å spille av filen direkte eller laste den ned på maskinen.⁹²

Innehaveren av nettstedet fikk gjennom reklameannonser på siden inntekter ved at brukerne klikket på annonsene.⁹³ Høyesterett tok ikke eksplisitt standpunkt til om lenker til nettsider med opphavsrettslig materiale var en selvstendig opphavsrettskrenkelse, ettersom Høyesterett avgjorde spørsmålet på det subsidiære medvirkningsgrunnlaget. Til gjengjeld gikk de inn på noen sider ved spørsmålet om utleggingen av lenkene skulle anses som en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling etter åndsverkloven § 2.⁹⁴ Man kan derimot tolke Høyesteretts valg om å avgjøre tvisten på bakgrunn av det subsidiære grunnlaget dit hen at lenking isolert sett *ikke utgjør en selvstendig tilgjengeliggjøring for allmenheten* etter åvl. § 2. Særlig interessant er sonderingen mellom lenking til verk som var lovlig lagt ut på Internett og verk som var ulovlig lagt ut på nett. Høyesterett uttalte i denne sammenheng at ”[...] dersom lenkingen anses som tilgjengeliggjøring, vil det gjelde lenking til både lovlig og ulovlig utlagt materiale. Forståelsen av hva som er tilgjengeliggjøring må være den samme i begge tilfeller.”⁹⁵ Denne forståelsen innebærer at det kan være vanskelig å komme frem til en allmenngyldig løsning for lenkespørsmålet fordi forutsetningen om at tilgjengeliggjøring må være den samme i begge tilfeller legger begrensninger på to prinsipielt veldig ulike situasjoner. Denne situasjonen er godt belyst av senere praksis fra EU domstolen som oppstiller ulike rettslige

⁹¹ Se *Torvund* side 423.

⁹² Rt. 2005 s. 41 (*Napster.no*) avsnitt 2-4.

⁹³ Lenkerens kommersielle formål er i senere rettspraksis tillagt stor vekt. Se punkt 3.3

⁹⁴ Rt. 2005 s. 41(*Napster.no*) avsnitt 40.

⁹⁵ *Ibid.* avsnitt 44.

kriterier og subjektive vilkår avhengig av lovligheten og tilgjengeligheten til verket det lenkes til.⁹⁶ Denne forutsetningen fra Høyesterett gir på den ene siden en enklere retts teknisk løsning, men den gir også et resultat som kan være vanskeligere å forsvare ut i fra rimelighetsbetraktninger. Rettstilstanden *de lege lata* er derimot klar på at det er prinsipielle forskjeller mellom lenking til lovlige utlagte verk, og ulovlige utlagte verk. Jeg behandler dette inngående i kapittel 3.

Torvund har blant annet vært en standhaftig motstander av å anse lenkingen som et selvstendig opphavsrettingrep. Argumentasjon i stor grad basert på de underliggende tekniske funksjoner som lenken utfører. Han har bl.a. uttalt at:

”Lar man opphavsmannens enerett også omfatte lenking blir resultatet en uklar og lite rimelig regel som klart går ut over ordlyden i åvl § 2, og som dessuten står i et problematisk forhold til ytringsfriheten og det strafferettslige legalitetsprinsipp.”⁹⁷

Et eksempel på at lenking *ikke innebærer tilgjengeliggjøring* finnes også i tyske Bundesgerichtshofs dom *Paperboy* fra 2003.⁹⁸ Paperboy var en tysk nyhetstjeneste som tilbød sine brukere dyplenker til andre nettavisers nyhetssaker. Paperboy ble saksøkt for bl.a. inngrep i opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring for allmenheten. Bundesgerichtshof kom her frem til at den utleggingen av lenker til opphavsrettslig beskyttede verk, som var åpent tilgjengelig på internett ikke krenker opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring for allmenheten, verken etter tysk rett eller etter opphavsrettsdirektivet. Domstolen uttalte i denne forbindelse at det kun er den som laster opp verket på Internett som gjør verket tilgjengelig for allmenheten. En ekstern lenke til verket vil kun henvise til verket slik at tilgangen til det blir enklere.⁹⁹ Dette er et motsetning til det rettsstilstand som fremkommer av bl.a. *Tommy. O.-saken* fra Sverige. Høyesterett valgte i *Napster.no* en annen tilnærming til spørsmålet, sannsynligvis ettersom *Paperboy* gjaldt lenking til lovlig materiale, i motsetning til saksforholdet i *Napster.no*

⁹⁶ Se C-466/12 Svensson og C-160/15 *GS Media*.

⁹⁷ *Torvund* 2005 side 443.

⁹⁸ I ZR 259/00. Et kort sammendrag av dommen finnes i International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC) 2004 side 1097. Dommen er også redegjort for i Rognstad, Ole-Andreas. *Norsk og utenlandsk praksis om ansvar knyttet til bruk av hyperlinker («pekere»)*, Lov&Data 2004 nr. 77.

⁹⁹ Se det oversatte sitatet i fra *Paperboy*-dommen i Rt. 2001 s. 41 (*Napster.no*) avsnitt 51.

som gjaldt lenking til ulovlige musikkfiler.¹⁰⁰ *Rognstad* fremhever at tilnærmingen i *Napster.no* ligger nærmere *Paperboy* enn *Tommy. O*, selv om den i resultatet er likere *Tommy. O*.¹⁰¹

Høyesterett lot det sentrale spørsmålet om lenking innebærer en selvstendig tilgjengeliggjøring for allmenheten stå åpent *Napster.no*. Ved å løse saken på det subsidiære grunnlaget var det flere spørsmålet som forble ubesvart. Rettstilstanden etter norsk rett var derfor i lengre tid usikker på grunnlag av dette. Særlig ga dette rom for en prinsipiell debatt om hvordan spørsmålet burde løses. Rettstilstanden *de lege lata* er derimot opp til EU domstolen å slå fast gjennom tolkningen av opphavsrettdirektivet. Jeg derfor se på denne tilnærmingen i neste kapittel.

Et annet eksempel på tilnærmingen om at lenking innebærer en selvstendig tilgjengeliggjøring for allmenheten er generaladvokatens forslag til løsning i saken C-160/15 *GS Media*. Dette var den første av lenkesakene som benyttet uttalelse fra Generaladvokaten som grunnlag for avgjørelsen.¹⁰² I sin anbefaling la Generaladvokat Wathelet til grunn at lenker på internett som en hovedregel ikke bør anses som en ”an act of communication to the public” etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1.

Som det vil bli redegjort for i punkt 3.2 la EU-domstolen til grunn i de prejudisielle avgjørelsene i *Svensson og BestWater* at lenker til opphavsrettslig beskyttet materiale kan anses som en ”act of communication”.

Generaladvokat Wathelet la derimot til grunn i sin anbefaling at ”[...]I consider that hyperlinks which lead, even directly, to protected works do not ‘make available’ those works to a public where the works are already freely accessible on another website, but merely facilitate the finding of those works.[...]”.¹⁰³

Denne tolkningen av ”act of communication” skiller seg derfor klart fra tidligere praksis i de prejudisielle avgjørelsene i *Svensson og BestWater* som sa at lenker til opphavsrettslig beskyttet materiale nettopp var en ”act of communication” etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr 1. Generaladvokaten forsøker riktignok å konstruere anbefalingen slik at den er i samsvar

¹⁰⁰ Rt. 2001 s. 41 (*Napster.no*) avsnitt 51.

¹⁰¹ *Rognstad* 2009 side 185.

¹⁰² Dette er hovedregel for behandling av saker i EU-domstolen. Jf. Protocol (No 3) on the Statue of the Court of Justice of the European Union, artikkel 20.

¹⁰³ Generaladvokatens anbefaling i C-160/16 *GS Media* avsnitt 54.

med *Svensson*, selv om dette ikke var tilfelle.¹⁰⁴ Uttalelsen illustrerer et markant skille fra de tidligere prejudikatene på den sentrale spørsmålet om lenking. Spørsmålet om lenkingen innebærer en ”overføring” er det sentrale skillet for diskusjonen som omhandler lenkens ”dobbelte natur” som en referanse på den ene siden, og som en tilgangsgiver på den andre siden. Sammenligner vi uttalelsen fra generaladvokaten til sitatet fra *Svensson* som danner grunnlaget for å anse lenken som en overføring er det klart at utgangspunktet for vurderingen er vesensforskjellig:

”In the circumstances of this case, it must be observed that the provision, on a website, of clickable links to protected works published without any access restrictions on another site, affords users of the first site *direct access* to those works.”¹⁰⁵ [Min utheving]

Generaladvokaten på den ene siden uttaler at en lenke bare forenkler tilgangen. Domstolen i *Svensson* er derimot av den oppfatning at lenken gir *direkte tilgang* til verket.

Som begrunnelse for dette standpunktet viste generaladvokaten til uttalelsene i de forente sakene C-403/08 og C-429/08 *FAPL* hvor domstolen uttalte at for at det skal skje en ”act of communication” må handlingen være *vital eller unnværlig* for å kunne nyte verkene.¹⁰⁶ Med dette som utgangspunkt konkluderer generaladvokaten med at en lenke til et verk som er åpent tilgjengelig på internett ikke vil være verken *vital eller unnværlig* ettersom enhver bruker av internett vil kunne se verkene uavhengig av lenken. Ettersom generaladvokaten konkluderte i det negative i det første av de to kumulative vilkårene behandlet han vilkåret om at overføringen må skje til ”allmenheten” subsidiært.¹⁰⁷ Med et slikt drastisk forskjellig utgangspunkt angående hva som regnes som et ”act of communication” i lenkespørsmål bevegde generaladvokaten seg vekk fra det standpunktet som ble lagt til grunn i *Svensson* og *BestWater*.

Generaladvokatens forslag til løsning på lenkespørsmålet fremstår som radikalt, sett i lys av det klare bruddet med tidligere praksis. På den andre siden innebærer forslaget til løsning at en

¹⁰⁴ Den subsidiære allmenhetsvurderingen baserer seg på en tolkning av *Svensson*, men den fremstår som en direkte fravikelse av ”nytt publikum”-kriteriet som ble lagt til grunn i *Svensson*. *Ibid.* avsnitt 65 flg.

¹⁰⁵ Se sak C-466/12 *Svensson* avsnitt 18.

¹⁰⁶ Generaladvokatens anbefaling i C-160/16 *GS Media*, avsnitt 55-57. Generaladvokaten viser til C-403/08 og C-429/08 *FAPL*, avsnitt 195-196 og avsnitt 82.

¹⁰⁷ Generaladvokatens anbefaling i C-160/16 *GS Media* avsnitt 65.

unngår flere prinsipielt vanskelige mellomløsninger som blant annet vilkåret om ”new public” har medført. Særlig problemstillingen knyttet til konsumpsjon av fremføringsretten ville være borte om lenking *i det prinsipielle* ikke var ansett som en overføring.

Dette forslaget til løsning ble derimot ikke tatt til følge i den endelige avgjørelsen fra EU domstolen i *GS Media*. Jeg kommer tilbake til dette i avhandlingens punkt 3.3.

3 Lenking som tilgjengeliggjøring for et nytt publikum – EU-domstolens tilnærming

3.1 Innledning

I perioden fra 2012 til nå har EU-domstolen blitt forelagt spørsmålet om lenking innebærer en ”overføring til allmenheten” etter opphavsrettdirektivet artikkel 3 nr. 1 fire ganger.¹⁰⁸ Tre av avgjørelsene omhandlet lenking til materiale var lagt ut *med samtykke* rettighetshaverne, mens kun én av avgjørelsene omhandlet lenking til materiale som var lagt ut *uten samtykke*.

Formålet med den videre fremstillingen er å klargjøre hvilke vilkår som gjelder i tilgjengeliggjøringsnormen utviklet av EU-domstolen og det nærmere materielle innholdet i disse vilkårene. Jeg først ta for meg EU-domstolens tilnærming til lenker til materiale som er lagt ut *med samtykke*, før jeg tar for meg EU-domstolens tilnærming til lenker til materiale som er lagt ut *uten samtykke*.

3.2 Lenking til materiale som er lagt ut med samtykke

Den første saken som ble forelagt EU-domstolen i lenkespørsmålet var sak C-466/12 *Svensson m.fl. v. Retriever Sverige*. Saken var en anmodning om prejudisiell avgjørelse etter TFEU artikkel 267 fra Svea hovrätt i saken mellom *Nils Svensson m.fl* og *Retriever Sverige*. Avgjørelsen representerer i stor grad tilnærmingen om at lenking på internett innebærer en tilgjengeliggjøring for allmenheten, men dommen medførte samtidig en modifisert forståelse av hva som ligger i begrepet *overføring til allmenheten* (”communication to the public”).

I *Svensson* skulle retten ta stilling til en sak mellom en gruppe journalister fra Göteborgs-Posten (*Nils Svensson m.fl.*) og *Retriever Sverige AB*. *Retriever* driver en medieovervåkingstjeneste

¹⁰⁸ Se C-466/12 *Svensson*, C-279/13 *C More Entertainment*, C-348/13 *BestWater* og C-160/12 *GS Media*.

som tilbyr kundene sine lister med klikkbare forflytningslenker (dyplinker) til åpent tilgjengelige artikler publisert på andre nettsider.¹⁰⁹ Brukerne av tjenesten kunne velge egne søkeord, og tjenesten ga deretter en oversikt med forflytningslenker til nyhets saker som inneholdt disse søkeordene. Journalistene fra Göteborgs-Posten krevde kompensasjon fra Retriever Sverige fordi lenkene til journalistenes artikler, publisert på Retrievers nettsider etter journalistenes syn innebar en *overføring til allmenheten* etter opphavsrettdirektivet art. 3 nr. 1.¹¹⁰ Retriever på den andre siden mente derimot at publiseringen av lenkene på Retrievers nettsider ikke innebar en overføring til allmenheten etter opphavsrettdirektivet art. 3 nr. 1 fordi det ikke var skjedd en *overføring* av verkene, ettersom lenkene kun var en referanse til hvor brukerne kunne finne artiklene.¹¹¹

Hovedspørsmålet for EU domstolen var om opphavsrettdirektivets artikkel 3 nr. 1. må tolkes slik at publiseringen av klikkbare lenker til beskyttede verk, som allerede var fritt tilgjengelig på en annen nettside er å anse som en overføring til allmenheten etter artikkel 3 nr. 1.¹¹²

EU domstolen startet med å slå fast at det følger av direktivets art. 3 nr. 1 at enhver handling som faller inn under begrepet overføring til allmenheten må være godkjent av rettighetshaver. Det følger videre av bestemmelsen at *overføring til allmenheten* inneholder to kumulative vilkår. For det første er det et krav til *overføring* ("act of communication") av verket, og for det andre er det et krav om at overføringen skjer til en *allmenhet* ("public").¹¹³ Dette utgangspunktet samsvarer med den tolkningen EU domstolen har lagt til grunn i tidligere avgjørelser.¹¹⁴ Med hensyn til det første kriteriet uttalte de at dette måtte forstås vidt i samsvar med direktivets forale punkt 4 og 9 for å sikre rettighetshaverne et høyt beskyttelsesnivå.¹¹⁵ Den samme vide tolkningen er også lagt til grunn i tidligere praksis fra EU domstolen. Det uttales bl.a. i forente saker C-403/08 og C-429/08 *FAPL* at: "[T]he concept of communication to the public must be constructed broadly, as referring to any transmission of the protected works, irrespective of the technical means or process used."¹¹⁶ Denne tolkningen samsvarer på

¹⁰⁹ C-466/12 *Svensson* avsnitt 8.

¹¹⁰ *Ibid.* avsnitt 11.

¹¹¹ *Ibid.* avsnitt 12.

¹¹² *Ibid.* avsnitt 14.

¹¹³ *Ibid.* avsnitt 15 og 16.

¹¹⁴ Se bl.a. C-607/11 *ITV Broadcast* avsnitt 21 og 31.

¹¹⁵ C-466/12 *Svensson* avsnitt 17.

¹¹⁶ Se C-403/08 og C-429/08 *FAPL* avsnitt 193.

mange måter med måten begrepet offentlig fremføring tolkes i norsk rett, selv om tilgjengeliggjøringsbegrepet ikke ble ansett for å dekke lenking i *Napster.no*¹¹⁷

Som et resultat av at ”act of communication” måtte gis en vid forståelse uttalte domstolen at:

”In the circumstances of this case, it must be observed that the provision, on a website, of clickable links to protected works published without any access restrictions on another site, affords users of the first site direct access to those works.”¹¹⁸

Domstolen legger dermed til grunn at lenkene er mer enn rene henvisninger jf. ordlyden ”direct access”. Denne uttalelsen bygger opp om teorien om at lenking til opphavsrettslig materiale innebærer en tilgjengeliggjøring for allmenheten, ettersom publiseringen av lenkene var en overføringshandling.¹¹⁹ Denne uttalelsen er av særlig prinsipiell viktighet ettersom den fastslår på høyeste domstolsnivå at lenking innebærer tilgjengeliggjøring for allmenheten. Med hensyn til viktigheten av uttalelsen er det synd at EU domstolen ikke drøfter mer inngående hvorfor en lenke gir ”direct access”, men bare slår dette fast i en setning. *Rognstad* har blant annet uttalt at en slik vid forståelse av ”act of communication” er *bemerkelsesverdig*.¹²⁰

I teorien har blant annet *Rosén* tolket uttalelsen som at ”direct access” snarere må tale om direkte tilgang til verk som i dyplener.¹²¹ Med en slik forståelse vil det på den ene siden være vanskelig å se på en forsidelenke som en tilgjengeliggjøring ettersom den ikke gir ”direct access” til verket, mens på den andre siden vil det også være mulig å anse selve hovedsiden som et opphavsrettslig beskyttet verk. En forsidelenke kan derfor også sies å gi direkte tilgang til verket. Skal man legge *Roséns* tolkning til grunn vil det være mest nærliggende å anse *dyplener*, men ikke *forsidelenker* som tilgjengeliggjøring. Det andre standpunktet ble lagt til grunn av Høyesterett i *napster.no* saken. I *Napster.no* tok Høyesterett det standpunktet at det ikke var avgjørende hvilken lenketype som ble brukt, det avgjørende var hvordan teknikken virket, og om og hvordan tilgangen ble gitt.¹²²

Det kan stilles spørsmål ved om slutningen om at lenking er en ”act of communication” innebærer et brudd med domstolens tidligere praksis. I tidligere praksis fra EU domstolen etter

¹¹⁷ Se Ot.prp.nr. 26 (1959-60) side 16 og *Rognstad* 2009 side 156.

¹¹⁸ Se C-466/12 *Svensson* avsnitt 18.

¹¹⁹ Se sak C-466/12 *Svensson* avsnitt 20.

¹²⁰ *Rognstad* 2014 side 16.

¹²¹ *Rosén* 2014 side 662.

¹²² Rt. 2005 s. 41. (*Napster.no*) avsnitt 47.

opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1 har domstolen lagt stor vekt på om avsenders handling er *nødvendig* (eng: *indispensable intervention*) for allmenhetens tilgang. I C-306/05 *SGAE* la domstolen vekt på at overføring av fjernsynssendinger på et hotell var en overføring til allmenheten ettersom hotellets intervensjon var nødvendig for at gjestene skulle få tilgang til sendingene.¹²³ Det samme kravet om nødvendighet ble også lagt til grunn i de forente sakene C-403/08 og c-429/08 *FAPL*. Denne saken omhandlet overføring av fotballkamper på en pub. Domstolen la her vekt på pubeierens handling om å vise sendingene som nødvendig for allmenhetens tilgang til verket.¹²⁴ Ettersom allmenheten ikke er avhengig av en tredjemanns lenke for å finne et verk som ligger åpent tilgjengelig på internett ville en naturlig slutning vært at lenking til slikt materiale ikke innebærer en overføring til allmenheten.¹²⁵ Et annet spørsmål er derimot om lenking til materiale som ikke ligger åpent tilgjengelig, eller materiale som er lagt ut uten rettighetshavers samtykke innebærer en overføring til allmenheten. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 3.2.3 og 3.3

EU domstolen la videre til grunn at for at det skulle skje en *overføring* til allmenheten i henhold til opphavsrettsdirektive artikkel 3 nr. 1. var det tilstrekkelig at verket var gjort *tilgjengelig* for allmenheten på en slik måte at allmenheten kunne nå dette, uavhengig av om de faktisk benyttet seg av muligheten.¹²⁶ Dette er naturlig å se på som at lenking faller inn under kategorien *tilrådighetsstillelse* under begrepet offentlig fremføring i åndsverkloven § 2 fjerde ledd.

Som en konsekvens av denne prinsipielle uttalelsen er derfor *utgangspunktet* etter EU-domstolens tilnærming at lenker innebærer en *tilgjengeliggjøring for allmenheten*. Denne tilnærmingen er med andre ord den motsatte Høyesterett tok i *Napster.no*.¹²⁷

Ettersom utgangspunktet for EU-domstolen er at lenkene er å anse som en "act of communication" er det en reell mulighet for at alle lenker uavhengig av teknikk eller formål kan bli ansett som opphavsrettslige tilgjengeliggjøringshandlinger som krever rettighetshavers tillatelse for å kunne publiseres. En slik rettstilstand hvor det er forbudt å lenke til beskyttede verk lagt ut med rettighetshavers samtykke ville vært klart uholdbar. Rettstilstanden ville ikke bare ødelagt funksjonaliteten til internett ved at den umuliggjøre navigering og referering, den

¹²³ Se C-306/05 *SGAE* avsnitt 42.

¹²⁴ Se C-403/08 og c-429/08 *FAPL* avsnitt 195.

¹²⁵ Dette synet ble lagt til grunn i generaladvokatens anbefaling i C-160/15 *GS Media*.

¹²⁶ C-466/12 *Svensson* avsnitt 19-20.

¹²⁷ Se Rt. 2005 s. 41 (*Napster.no*) avsnitt 57.

ville også potensielt kunne strupe den frie debatt og ytringsfriheten slik vi kjenner den. Denne reelle frykten for å ødelegge internett har blitt fremhevet av blant annet *Bing*¹²⁸ og *Rognstad*¹²⁹. Det var sannsynligvis med dette i bakhodet at EU domstolen anvendte vilkåret om *nytt publikum* på lenkespørsmålet i *Svensson*.

3.2.1 Lenking til et «nytt publikum»

Med hensyn til det andre vilkåret i tilgjengelighetsgjørings normen uttalte EU-domstolen i *Svensson* at ”public” i opphavsrettdirektivet art. 3 nr. 1. refererer til et ubestemt antall potensielle mottakere og må forstås som en ganske stort antall mottakere.¹³⁰ Dette følger også av tidligere rettspraksis fra EU-domstolen.¹³¹ Ettersom lenkene i *Svensson* var publisert på en åpent tilgjengelig internettside med alle brukere av internett som potensielle brukere må utgangspunktet være at vilkåret om at overføringen var skjedd til *allmenheten* anses oppfylt.

EU-domstolen uttalte i denne forbindelse at en overføring av *et verk* som tidligere har blitt overført ved *samme teknikk*, nemlig via internett må, for å anses som en *overføring til allmenheten* også være rettet mot *et nytt publikum*.¹³² Et *nytt publikum* er ifølge EU-domstolen [...]a public that was not taken into account by the copyright holders when they authorised the initial communication to the public.”¹³³ Ettersom den primære tilgjengeliggjøringen av verket på internett var skjedd på en nettside uten tilgangsbegrensninger var derfor tilgjengeliggjøringen rettet mot alle brukere av internett.¹³⁴ Når brukerne av *Retriever* hadde fått tilgang til nyhetsartiklene ved å trykke på referanselenkene, kunne de også fått tilgang direkte på nettsidene til *Göteborgs-Posten*. Disse brukerne måtte med dette anses for å ha vært en del av det publikum som rettighetshaver hadde tatt i betraktning når de publiserte artiklene. Publiseringsen av referanselenker til verk som lå åpent tilgjengelig på internett kunne derfor ikke anses for å være en overføring til et ”nytt publikum” etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1.¹³⁵

Fra dette kan vi konkludere med at det ikke er nødvendig med rettighetshavers tillatelse såfremt overføringen gjelder *det samme verk* som i den første overføringen, overføringen bruker de

¹²⁸ *Bing* 2008 side 104.

¹²⁹ *Rognstad* 2009 side 183-184 og *Rognstad* 2014 side 16.

¹³⁰ C-466/12 *Svensson* avsnitt 21-22.

¹³¹ C-607/11 *ITV Broadcast* avsnitt 32 og C-306/05 *SGAE* avsnitt 37 og 38.

¹³² C-466/12 *Svensson* avsnitt 24.

¹³³ *I.c.*

¹³⁴ *Ibid.* avsnitt 26.

¹³⁵ *Ibid.* avsnitt 28.

*samme tekniske midler, og overføringen ikke er rettet mot et nytt publikum.*¹³⁶

Kriteriet om *nytt publikum* fra *Svensson* har store likhetstrekk med den avtalerettslige teorien om implisitt samtykke. De bygger begge på en presumpsjon om at rettighetshaver ved tilgjengeliggjøringen av verket for allmenheten har sett for seg et publikum som skal nyte verket. EU domstolen har ikke eksplisitt uttalt at nytt publikum vilkåret bygger på denne teorien, men det er etter min mening den eneste logiske forståelsen av vilkåret. Med innfortolkningen av et *nytt publikum* i *allmenhetskriteriet* unngår man flere av de fallgruvene som teorien om implisitt samtykke skaper. Man vil for eksempel fjerne muligheten for at rettighetshaver kan avtale seg bort fra lenking eller andre typer bruk, slik unngår man tolkningstvil og andre potensielle konflikter. Prinsippet om nytt publikum har også sin funksjon i relasjon til lenking til verk som er publisert uten rettighetshavers samtykke.

3.2.2 Hentelenker

EU-domstolens avgjørelse i *Svensson* slo fast at referanselenker til verk som lå åpent tilgjengelig på internett ikke innebar en overføring til allmenheten når overføringen ikke skjer til *et nytt publikum*. Et annet interessant spørsmål er om dette utgangspunktet også gjelder for de såkalte *hentelenkene*. *Hentelenkene* kjennetegnes ved at det tilgjengeliggjorte verket presenteres som en integrert del av siden det lenkes fra slik at det fremstår som at verket befinner seg på lenkerens server. Denne formen for lenking har derfor en nærhet til eksemplarframstilling ved at brukeren kan forledes til å tro at verket befinner seg på en ”annen plass” enn der det ligger. Det er derfor i praksis liten forskjell på hentelenker og kopiering av verket og opplasting på nett. Ved slik publiseringen av eksterne *hentelenker* skjer det med andre ord ikke en åpenbar publisering av lenken i form av tekst slik en *referanselenke* gjør. I praksis innebærer *hentelenking* at verket innhentes automatisk fra siden lenken peker til når brukeren laster inn siden. Det kreves derfor ofte ikke en like stor grad av aktiv handling fra brukeren for å nyte verket sammenlignet med *referanselenken* hvor brukeren aktivt må aktiverer lenken for å nyte verket det lenkes til. *Tande* har blant annet lagt til grunn at denne innhentingene innebærer en mer selvstendig anvendelse av rettighetshavers materiale enn *referanselenkene*.¹³⁷ Med dette utgangspunktet er det ikke åpenbart at *hentelenkene* skal behandles på samme måte som *referanselenkene* i lenkespørsmålet.

¹³⁶ Se *Rognstad* 2015 side 626.

¹³⁷ *Tande* side 185.

EU domstolen uttalte i et *obiter dictum* i *Svensson* at det var uten betydning at verket det lenkes til presenteres på en måte som gir uttrykk av at verket finnes på samme internettside, når verket i realiteten kommer fra en annen side.¹³⁸ Det er naturlig å tolke dette som at EU-domstolen sikter til hentelenker, selv om dette ikke sies eksplisitt så sammenfaller den beskrivelsen EU-domstolen gir med funksjonen til hentelenker. EU-domstolens avgjørelse i sak C-348/13 *BestWater* bekrefter denne uttalelsen i *Svensson*.¹³⁹

I *BestWater* hadde produsenten av et vannfilter, *BestWater International GmbH* produsert en informasjonsfilm om vannforurensning som ble lastet opp på YouTube, angivelig uten samtykke fra *BestWater*.¹⁴⁰ En av *BestWaters* konkurrenter innen produksjon og salg av vannfilter hadde lenket til denne informasjonsfilmen på sine nettsider ved bruk av en hentelenke. Besøkende på denne nettsiden fikk derfor tilgang til informasjonsfilmen på en slik måte at det fremsto som at filmen befant seg på deres nettside.¹⁴¹ Hovedspørsmålet for EU-domstolen var om publiseringen av hentelenker til verk som var fritt tilgjengelig på en annen nettside utgjør en overføring til allmenheten etter opphavsrettsdirektivet art. 3 nr. 1.¹⁴² EU-domstolen valgte å løse spørsmålet etter reglene om begrunnet kjennelse ettersom svaret på spørsmålet klart kunne besvares på grunnlag av eksisterende rettspraksis fra EU domstolen.¹⁴³

EU domstolen slo fast med grunnlag i den tidligere avgjørelse i C-466/12 *Svensson* at hentelenker heller ikke kunne anses som en *overføring for allmenheten*, herunder tilgjengeliggjøring for et *nytt publikum* ettersom brukerne som fikk tilgang til verket gjennom hentelenken var det *samme publikum* som rettighetshaver hadde tatt i betraktning når han gjorde verkene *tilgjengelig for allmenheten*.¹⁴⁴ EU-domstolen slo igjen fast at det kun foreligger en *overføring til allmenheten* i tilfellene hvor verket overføres med andre tekniske hjelpemidler enn det første overføringen, eller i tilfellene hvor overføringen skjer *til et nytt publikum*.¹⁴⁵ EU-domstolen anså derfor ikke hentelenker som *andre tekniske hjelpemidler*. De viste så til *obiter dictumet* i *Svensson* når de la til grunn at det var uten betydning at hentelenkene ga inntrykk av at informasjonsfilmen befant seg på de saksøktes nettside, selv om den i realiteten befant seg

¹³⁸ C-466/12 *Svensson* avsnitt 24.

¹³⁹ C-348/13 *BestWater*. (Avgjørelsen er kun tilgjengelig på Fransk og Tysk.)

¹⁴⁰ *Ibid.* avsnitt 4.

¹⁴¹ *Ibid.* avsnitt 5.

¹⁴² *Ibid.* avsnitt 11.

¹⁴³ Rules of Procedure of the Court of Justice artikkel 99. Se C-348/13 *BestWater* avsnitt 12-13.

¹⁴⁴ Se C-348/13 *BestWater* avsnitt 18.

¹⁴⁵ *Ibid.* avsnitt 14.

på en annen nettside.¹⁴⁶ Rettstilstanden på dette punktet må derfor anses for å være klar. Det er uten betydning at verket det lenkes til presenteres på en måte som gir uttrykk av at verket finnes på samme internettside, når verket i realiteten kommer fra en annen side såfremt lenken gir *direkte tilgang* til verket og ikke gir tilgang til *et nytt publikum*. En lenke vil derfor anses for å være en overføring til allmenheten etter opphavsrettdirektivet artikkel 3 nr. 1 om den gir tilgang til *et nytt publikum* uavhengig av hvilken lenketype som brukes.

3.2.3 Omgåelse av tilgangsbegrensninger

EU domstolen i *Svensson* kom frem til at for at en overføring skal anses for å skje til allmenheten, må den overføres til *et nytt publikum*.¹⁴⁷ Et *nytt publikum* var da ifølge EU domstolen et publikum som rettighetshaver ikke hadde tatt i betraktning når han samtykket til den første overføringen av verket.¹⁴⁸ En rettighetshaver som legger ut et verk på internett uten begrensninger i tilgangen vil med dette som utgangspunkt ha sett for seg alle brukere av internett som et potensielt publikum. Annerledes stiller det seg for en rettighetshaver som legger ut et verk med tilgangsbegrensninger for å nå et mindre antall personer. En nettavis vil for eksempel ved å legge ut en nyhetssak for abonnenter som betaler for tilgang kun ha hatt disse i betraktning når han godkjente publiseringen av verket. Begrunnelsen for dette er at opphavsmannen ved samtykket ikke tar i betraktning det publikum som ikke har tilgang til nettsiden. I tilknytning til dette uttalte EU domstolen i *Svensson*:

”On the other hand, where a clickable link makes it possible for users of the site on which that link appears to circumvent restrictions put in place by the site on which the protected work appears in order to restrict public access to that work to the latter site’s subscribers only, and the link accordingly constitutes an intervention without which those users would not be able to access the works transmitted, all those users must be deemed to be a new public, which was not taken into account by the copyright holders when they authorised the initial communication[...].”¹⁴⁹

¹⁴⁶ *Ibid.* avsnitt 17.

¹⁴⁷ C-466/12 *Svensson* avsnitt 24.

¹⁴⁸ *I.c.*

¹⁴⁹ *Ibid.* avsnitt 31.

En lenke som gjør det mulig for brukere av siden å omgå tilgangsbegrensninger på siden det lenkes til vil med dette innebære en *overføring til allmenheten* etter opphavsrettdirektivets artikkel 3 nr. 1. Slik lenking faller derfor innenfor opphavsmannens enerett til overføring til allmenheten og krever samtykke fra opphavsmannen for hver overføring. EU-domstolen la også til grunn at det samme måtte gjelde for situasjonen at der hvor verket ikke lengre var tilgjengelig for allmenheten på siden der hvor det først ble gjort tilgjengelig, eller at verket var gjort tilgjengelig for et begrenset publikum i ettertid.¹⁵⁰ Dette innebærer at rettighetshaver kan velge å fjerne verket, eller begrense tilgangen til verket i ettertid om han ønsker det. Ved å gjøre det vil samtidig lenker som fremdeles klarer å tilgjengeliggjøre verket være avhengig av rettighetshavers godkjenning.

Sak C-279/13 *C More Entertainment* omhandlet lenker som ga brukere tilgang til direkte sendte ishockeykamper ved å omgå tilgangsbegrensninger. *C More Entertainment* var innehaver av rettighetene til å strøme ishockeykamper på internett i Sverige.¹⁵¹ Brukerne av tjenesten betalte 89 kroner per kamp og fikk gjennom det tilgang til strøme kampene på *C-Mores* internettside.¹⁵² Den saksøkte, Linus Sandberg, hadde funnet en måte å få tilgang til bildestrømmen uten å betale for denne. Han publiserte en lenke på sin egen internettside til videostrømmen slik at besøkende på hans internettside fikk muligheten til å omgå betalingsmuren slik at de kunne se ishockeykampene uten å betale for dem.¹⁵³

Högsta domstolen i Sverige ba bl.a. EU domstolen om å ta stilling til betydningen av at verket det lenkes til er beskyttet med tilgangsbegrensninger. Forespørselen om en prejudisiell avgjørelse var derimot sendt inn før avgjørelsen i *Svensson*, en annen sak fra Högsta domstolen. På bakgrunn av avgjørelsen i *Svensson*, anså Högsta domstolen spørsmålet som løst. Ved å anvende den domstolsskapte vilkåret om *nytt publikum* kom Högsta domstolen frem til at lenking som omgår slike tilgangsbegrensninger innebærer en tilgjengeliggjøring for *et nytt publikum*. Högsta domstolen i Sverige trakk derfor tilbake denne delen av forespørselen til EU domstolen.¹⁵⁴ Det gjenværende spørsmålet i saken omhandlet ikke lenking som selvstendig

¹⁵⁰ *I.c.*

¹⁵¹ *Ibid.* avsnitt 10.

¹⁵² *Ibid.* avsnitt 11.

¹⁵³ *Ibid.* avsnitt 12.

¹⁵⁴ *Ibid.* avsnitt 21.

tilgjengeliggjøringshandling.¹⁵⁵ Ettersom Högsta domstolen trakk de relevante spørsmålene fikk ikke EU domstolen anledning til å gå inn på spørsmålet om hva som ligger i tilgangsbegrensninger. Denne usikkerheten vil som en konsekvens gi større spillerom til nasjonale domstoler når de anvender dette vilkåret, en løsning som kan medføre av EU rettens mål om ensartethet kan settes på spill i dette spørsmålet.

Den typiske tilgangsbegrensningen vil være passordbeskyttede nettsider, hvor brukere får tilgang ved å betale for medlemskap. Hva som skal anses for å være *effektive tilgangsbegrensninger* følger av åndsverkloven § 53a som fastslår at:

”Det er forbudt å omgå *effektive tekniske beskyttelsessystemer* som rettighetshaver eller den han har gitt samtykke benytter for å kontrollere eksemplarframstilling eller *tilgjengeliggjøring for allmennheten* av et vernet verk.”¹⁵⁶ [min kursivering]

Bestemmelsen er en harmonisering av opphavsrettdirektivet artikkel 6. Det følger videre av artikkel 6 nr. 3 at tekniske beskyttelsessystemer er *effektive* når verket er beskyttet av rettighetshaver ved tilgangskontroll som f.eks. kryptering som oppnår formålet med beskyttelsen.¹⁵⁷ Departementet har lagt til grunn at det ikke ligger alt for strenge krav til systemet. Det kan bl.a. ikke ”[...]kreves at det er så effektivt at det nærmest er umulig å omgå. Samtidig kan systemet ikke være altfor enkelt utformet, og dets formål må til en viss grad oppfylles.”¹⁵⁸ Det må derfor trekkes en grense mellom de tilgangsbegrensningene som er så enkle at formålet ikke oppfylles, og de tilgangsbegrensningene som er *effektive* slik at de oppnår formålet. En advarsel på nettside om at det ikke er tillatt å lenke til nettsiden vil åpenbart ikke være nok. Den norske nettavisen *IntraFish* har for eksempel et punkt i brukervilkårene som regulerer lenking til nettsiden. De skriver her at:

¹⁵⁵ Det siste spørsmålet som saken til slutt omhandlet, var om medlemsstatene kunne gi rettighetshavere en mer omfattende beskyttelse enn det som følger av opphavsrettdirektivet ved å la begrepet overføring til allmenheten omfatte mer enn de handlinger som er beskrevet i artikkel 3 nr. 2.

¹⁵⁶ Jf. åndsverkloven § 53a.

¹⁵⁷ Jf. opphavsrettdirektivet artikkel 6.

¹⁵⁸ jf. Ot.prp.nr.46 (2004-2005) side 115.

”Det må ikke linkes til underliggende sider og materiale. Det må på ingen måte fremstå, som om ovennevnte hjemmesider er en del av en annen webside uten at det på forhånd er avtalt skriftlig med IntraFish Media AS om dette.”¹⁵⁹

IntraFish har riktignok også effektive tilgangsbegrensninger på abonnementssider, men en bruker vil kunne lenke til bilder og andre filer som ligger tilgjengelig på serveren. Dette er da et eksempel på en avtalerettslig tilgangsbegrensning som kan være diskutabel.¹⁶⁰ *Westman og Rognstad* har bl.a. tatt til ordet for at det kun er tekniske tilgangsbegrensninger som kan aksepteres som tilgangsbegrensninger i lys av *Svensson-dommen*.¹⁶¹

Et annet eksempel er den amerikanske avisen *New York Times* som beskyttet sine nettsider med en *myk betalingsmur* som ga brukerne gratis tilgang til 20 artikler hver måned. Noen brukere oppdaget derimot at det var mulig å omgå denne betalingsmuren ved å slette de siste tegnene i internettsidens URL.¹⁶² En slik betalingsmur er lite egnet til å beskytte verkene ettersom omgåelse er så enkel at alle brukere av internett kan gjøre det. Et annet eksempel fra Norge er tilgangsbegrensningen på *Aftenpostens* nettsider. *Aftenposten* på nett tillater brukere å lese 6 artikler hver uke. Antall artikler du leser blir lagret i nettleseren minne. Dette kan omgås relativt enkelt ved å slette nettleserens minne, en operasjon som tar 2 tastetrykk. Hvis en bruker kan lenke med denne teknikken er dette også en tilfelle som er diskutabelt etter den rettsregelen som er oppstilt.

Det bør etter dette kunne slås fast at det kun er tekniske tilgangsbegrensninger som oppnår formålet med begrensningen som er ulovlige å omgå. Rettighetshavers forbehold om lenking bør derfor ikke anses for å være en tilgangsbegrensning.

3.2.4 Konsumpsjon av fremføringsretten

I etterkant av avgjørelsene i *Svensson og BestWater* har det blitt rettet skarp kritikk mot EU domstolen for innføringen av begrepet *nytt publikum* i lenkespørsmålet.¹⁶³ Kritikerne har beskrevet *nytt publikum* kriteriet som en uthuling av eneretten til overføring til allmenheten. Den fremste kritikeren har vært *Association Littéraire et Artistique Internationale* (ALAI) som

¹⁵⁹ Abonnementsvilkår for nettavisen IntraFish. Tilgjengelig på <http://www.intrafish.no/vilkaar/> (Sist lest 08.12.16.)

¹⁶⁰ Dette gjelder naturligvis nok kun etter opphavsrettslige regler. Brukeren vil kunne holdes ansvarlig som følge av kontraktsbrudd.

¹⁶¹ Se *Westman* side 32 og *Rognstad* 2015 side 627.

¹⁶² Se <http://ipkitten.blogspot.no/2014/03/post-svensson-stress-disorder-2-what.html> sist sjekket 19.12.16

¹⁶³ Se særlig *Rosén* 2014 og *Rosén/Granmar* 2015.

har hevdet at *nytt publikum* doktrinen medfører en *de facto* konsumpsjon av overføringsretten og at dette er i konflikt med internasjonale traktater og EU direktiver.¹⁶⁴ På den andre siden er det flere som hevder at ”allmenheten” ikke er definert på det internasjonale planet, slik at det er opp til medlemsstatene å definere det på det nasjonale planet. På grunnlag av dette er det innenfor EU domstolens kompetanse å definere hva som ligger i allmenhetsbegrepet.¹⁶⁵

Konsumpsjon i opphavsretten er en innskrenkning i rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring for allmenheten. Dersom et *eksemplar* av et verk er solgt med opphavsmannens samtykke kan verket selges av vedkommende uten opphavsmannens tillatelse.¹⁶⁶ På samme måte kan *eksemplar* av verk som opphavsmannen har overdratt vises offentlig.¹⁶⁷ Begrunnelsen for at eneretten til *spredning* og *visning* er innskrenket ved konsumpsjonsreglene er at den som erverver *eksemplaret* skal kunne utøve rådighet over det ved for eksempel salg eller visning av eksemplaret. I EU-retten er konsumpsjonsreglene begrunnet i reglene om fri bevegelighet av tjenester og varer, mens det i Norge er bl.a. hensynet til kjøpers eiendomsrett som begrunner innskrenkningen.¹⁶⁸

Motsetningsvis vil *fremføringsretten* ikke være gjenstand for opphavsrettslig konsumpsjon fordi den er knyttet til *verket* og ikke til et *eksemplar*.¹⁶⁹ Dette er naturlig ettersom fremføringsretten er en fremføring av selve åndsverket, som i motsetning til sprednings- og visningsretten ikke innebærer en *overdragelse av eiendomsrett til verkseksemplar*. Dette skillet i konsumpsjonsprinsippet mellom fremføringsretten på den ene siden og spredningsvisningsretten på den andre siden er begrunnet i at rettighetshaver kan få vederlag for hvert eksemplar overdratt ved spredning og visning. Mens det for fremføringsrettens tilfelle kun er snakk om ett åndsverk som kan fremføres. Skulle fremføringsretten konsumeres ville rettighetshaverens vederlagspotensial vært borte ved første fremføring.¹⁷⁰ Dette innebærer at eneretten til offentlig fremføring ikke går tapt når verket er fremført første gang. Videreføringen av en annens tilgjengeliggjøring er derfor også en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling.¹⁷¹

¹⁶⁴ Se ALAI 2014 side 2. Det siktes her til Bernkonvensjonen artikkel 11^{bis} og WCT artikkel 8. Se også Axhamn 2015 side 864.

¹⁶⁵ Axhamn 2015 side 864 og Axhamn 2014 .

¹⁶⁶ Jf. åndsverkloven § 19 første ledd.

¹⁶⁷ Jf. åndsverkloven § 20 første ledd.

¹⁶⁸ Se *Rognstad* 1999 side 361 og 178 flg.

¹⁶⁹ Se Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 20 samt opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 3.

¹⁷⁰ Se bl.a. *Rognstad* 2009 side 186.

¹⁷¹ jf. Rt. 2005 s. 41 (*Napster.no*) avsnitt 43.

Dette innebærer at selv om et verk er lagt ut på internett, kan lenking til dette verket også innebære at verket tilgjengeliggjøres på nytt.

Konsumpsjonsregelen får derimot et annerledes innhold når det er snakk om digital konsumpsjon. Spørsmålet er om konsumpsjonsregelen også gjelder for situasjonen hvor verket er distribuert på internett. Det er lett å se for seg situasjonen at man videreselger en fysisk bok man har kjøpt i en bokhandel. Det er derimot mer problematisk hvis man ønsker å selge en e-bok man har på nettbrettet sitt. Ved salg av den fysiske boken vil du overlevere eksemplaret til kjøperen, mens ved salg av en e-bok vil du i teorien kunne selge uendelig antall kopier av den elektroniske e-boken. Digital konsumpsjon er derfor ofte et spørsmål om kjøperen av et digitalt ”eksemplar” kan videreselge dette ”eksemplaret”.¹⁷²

Det følger av opphavsrettdirektivet artikkel 3 nr. 3 at retten til overføring til allmennheten eller tilgjengeliggjøring for allmennheten ikke skal konsumeres. Utgangspunktet er derfor at *enhver* overføring til allmennheten krever rettighetshavers godkjenning. Ved å innføre kriteriet om *nytt publikum* i lenkespørsmålet vil andre enn rettighetshaver kunne tilgjengeliggjøre verket gjennom lenking *uten* rettighetshavers samtykke. Dette innebærer en *de facto* konsumpsjon av overføringsretten ved lenking.

Kritikken fra bl.a. ALAI har sentrert seg rundt det faktum at *nytt publikum* vilkåret ikke har støtte i noen av de opphavsrettslige konvensjonene. Herunder Bernekonvensjonen artikkel 11^{bis} (1) (ii), WCT artikkel 8.¹⁷³ Bernekonvensjonen er bindende for den Europeiske Union gjennom TRIPS avtalen artikkel 9 nr. 1. TRIPS avtalen ble godkjent av det europeiske råd i 1994¹⁷⁴, og WCT ble godkjent av rådet i 2000.¹⁷⁵ Konvensjonenes stilling i EU er igjen bekreftet av EU-domstolen i de forente sakene C-403/08 og C-429/08 *FAPL*.¹⁷⁶ Ettersom *ordlyden* i konvensjonene er det sentrale utgangspunkt for tolkningen av innholdet skal det på generelt grunnlag mye til for å innfortolke en slik stor begrensning i eneretten til tilgjengeliggjøring.¹⁷⁷

¹⁷² Se *Rognstad* 2015 side 624.

¹⁷³ Se ALAI side 10.

¹⁷⁴ Council Decision 94/800/EC of 22 December 1994 concerning the conclusion on behalf of the European Community

¹⁷⁵ Council Decision 2000/278/EC of 16 March 2000 (OJ 2000 L 89, p. 6).

¹⁷⁶ Se C-403/08 and C-429/08 *FAPL* avsnitt 189.

¹⁷⁷ Utgangspunktet for traktatolking er at traktater skal tolkes ”in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” jf. Wienkonvensjonen artikkel 31. Se også avhandlingens punkt 1.3.

For å beskytte seg mot slik konsumpsjon må rettighetshavere nødvendigvis innføre tilgangsbegrensninger på sine verk på nett. Ved å gjøre dette vil lenker som tilgjengeliggjør verket for et *nytt publikum* være et brudd på eneretten til tilgjengeliggjøring.¹⁷⁸ Det kan utledes at dette pålegger rettighetshavere å bruke tilgangsbegrensninger for å unngå lenking. En slik ”pålagt plikt” er i strid med de minimumsrettighetene rettighetshavere har etter opphavsrettdirektivet artikkel 3 nr. 1, Bernkonvensjonen artikkel 11^{bis} og WCT artikkel 8.¹⁷⁹

Man kan også argumentere for at ved ren konsumpsjon vil opphavsmannen miste kontroll over alle overføringer som skjer *etter* overdragelsen av verket. En innvending kan være at ved *nytt publikum*-kriteriet, slik EU domstolen anvender det vil opphavsmannen ha muligheten til å eventuelt fjerne verket eller legge til tilgangsbegrensninger i ettertid. Dette vil medføre at lenke(n) til verket blir ubrukelige og eventuelt ny lenking eller tilgjengeliggjøring trenger rettighetshavers samtykke.

Det vil derimot være vanskelig å se for seg at EU-domstolen velger å gå tilbake på det prejudikat som er satt ved bruken av ”nytt publikum”-kriteriet spesielt i lys av at domstolen har fulgt dette i det tre siste sakene som omhandler lenking.¹⁸⁰

3.3 Lenking til materiale som er lagt ut uten samtykke

3.3.1 Innledning

I etterkant av EU-domstolens avgjørelser i *Svensson* og *BestWater* har det eksistert et behov for rettsavklaring av hva som angår lovligheten av lenker til åndsverk som er gjort tilgjengelig uten rettighetshavers samtykke. Forståelsen av lenker som *overføring til allmenheten* utviklet i rettspraksis av EU-domstolen, herunder i sakene *Svensson* og *BestWater* viste seg å være utilstrekkelig for å oppnå et fornuftig svar på spørsmålet om lenker til verk som var gjort tilgjengelig på internett uten samtykke fra rettighetshaver innebar en overføring til allmenheten etter opphavsrettsdirektivet art. 3 nr. 1. Det var etter EU-domstolens syn nødvendig med hensyn til hvilke kriterier som er relevante i dette spørsmålet og hvordan disse kriteriene skal anvendes.

¹⁷⁸ Se punkt 3.2.1.

¹⁷⁹ Se ALAI side 2.

¹⁸⁰ Se C-466/12 *Svensson*, C-348/13 *BestWater*, og C-160/15 *GS Media*.

I *BestWater* påstod rettighetshaveren at åndsverket var lastet opp *uten samtykke*, men EU-domstolen la her til grunn at opplastningen var skjedd *med samtykke* fra rettighetshaveren. Muligheten til rettsavklaring på dette punket ble derfor ikke aktuelt i *BestWater*.

Problemstillingen om hvorvidt det tillatt å lenke til til åndsverk som er lastet opp uten opphavsmannens samtykke har et stort praktisk anvendelsesområde. Den typiske situasjonen hvor opphavsmannen ønsker å få fjernet en lenke vil være der hvor det lenkes til ulovlig utlagt materiale som skader opphavsmannens økonomiske interesser. Ved å anse lenkingen som et selvstendig opphavsrettingrep vil opphavsmannen ha mulighet til å få fjernet lenker til ulovlig utlagt åndsverk, så vel som det ulovlige utlagte åndsverket.¹⁸¹ Dersom den som ulovlig har lagt ut åndsverket ikke føyer seg, vil fjerning av lenkene være et effektivt virkemiddel for å stoppe spredningen av åndsverket.

På den andre siden vil det å anse lenking til materiale som er lastet opp uten opphavsmannens samtykke som en tilgjengeliggjøring for allmenheten kunne få meget store konsekvenser for måten vi bruker internett på i dag. Ved å anse slik lenking som tilgjengeliggjøring ilegges det en meget stort ansvar på brukere som publiserer lenker på internett. Et slikt utgangspunkt vil gjøre lenkeren ansvarlig på objektivt grunnlag for det de lenker til, noe som i ytterste konsekvens kan begrense den ytringsfrihet vi har på internett. Det var i stor grad disse hensynene som gjorde seg gjeldende i EU domstolens sak fra 8. september 2016 i C-160/15 *GS Media*.

3.3.2 EU-domstolens avgjørelse i GS Media

3.3.2.1 Generelt

Spørsmålet for EU-domstolens sak C-160/15 *GS Media* var om det å publisere lenker til åndsverk som er lagt ut fritt tilgjengelig på internett *uten* opphavsmannens samtykke innebærer en ”communication to the public” etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1.

Til forskjell fra tidligere rettspraksis fra EU-domstolen omhandlet *GS Media* beskyttede verk som lå fritt tilgjengelig på internett, men som var lastet opp på nett uten samtykke fra rettighetshaveren

¹⁸¹ Ulovlig opplastning av åndsverk på internett er et tema som faller utenfor oppgaven, jf. punkt 1.2, men det forutsettes at dette er et brudd på eneretten til å gjøre åndsverket tilgjengelig for allmenheten.

Saken fyller et juridisk tomrom som ikke hadde blitt besvart i sakene *Svensson* og *BestWater* som kun omhandlet lenking til verk som var lastet opp *med samtykke* fra rettighetshaver. Flere teoretikere mente derimot at lenker til ulovlig opplastede verk innebar en overføring til allmenheten ettersom *enhver allmenhet* vil være en *ny allmenhet* fordi rettighetshaver ikke hadde godkjent opplastningen.¹⁸²

I 2011 publiserte Geenstijl, et nederlandsk sladderblad tre artikler som lenket til lettkledde bilder av den nederlandske kjendisen Britt Dekker, ment for publisering i desemberutgaven til Playboy i Nederland.¹⁸³ Bildene av Dekker kom derimot på avveie før publisering av bladet og ble gjort tilgjengelig på blant annet fillagringsidene Filefactory.com, Imageshack.us og flere forum på internett uten Sanomas tillatelse.¹⁸⁴ Ved å klikke på lenkene i artiklene på Geenstijl ble brukerne av nettsiden ført til disse fillagringsidene hvor de kunne trykke på en knapp som startet nedlastningen av bildene av Dekker. Sanoma, utgiveren av Playboy i Nederland tok umiddelbart kontakt med Geenstijl med krav om å fjerne lenkene til bildene ettersom disse innebar en *overføring til allmenheten* etter opphavsrettsdirektivet art. 3 nr. 1 og falt dermed innenfor rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring. Geenstijl besvarte ikke disse henvendelsene fra Sanoma.¹⁸⁵ Sanoma gikk dermed til sak mot Geenstijl. Saken endte i Nederlandsk Høyesterett som valgte å be EU-domstolen om en prejudisiell avgjørelse vedrørende riktig tolkning av opphavsrettdirektivet art. 3 nr. 1.

Spørsmålene som ble referert til EU-domstolen fra Nederlandsk Høyesterett var i all hovedsak om lenking til opphavsrettslige beskyttede verk som var fritt tilgjengelig på internett, men gjort tilgjengelig uten samtykke fra rettighetshaveren innebar en ”overføring til allmenheten” etter opphavsrettdirektivet art. 3 nr. 1.

Retten pekte først på de særegne forhold i faktum som skiller seg fra *Svensson* og *BestWater*, herunder relevansen av at bildene ikke hadde vært publisert tidligere med rettighetshavers samtykke samt om den som publiserte lenkene visste eller burde ha visst at rettighetshaver ikke hadde samtykket til publiseringen på nettstedet.¹⁸⁶

¹⁸² Se *Axhamn* 2015 side 865.

¹⁸³ C-160/16 *GS Media* avsnitt 6.

¹⁸⁴ *Ibid.* avsnitt 8.

¹⁸⁵ *Ibid.* avsnitt 10.

¹⁸⁶ *Ibid.* avsnitt 26.

EU-domstolen startet sedvanlig med å slå fast at det følger av opphavsrettdirektivet artikkel 3 nr. 1. at medlemsstatene skal sørge for at opphavsmenn gis en eksklusiv rett til å tillate eller forby all overføring til allmenheten av deres verk.¹⁸⁷ Ettersom direktivet ikke definerer hva ”communication to the public” er må dette slås fast ved å tolke de mål som direktivet søker å gjennomføre og ved å tolke ordlyden i den konteksten den brukes.¹⁸⁸

Med henvisning til opphavsrettdirektivets fortale, uttalte de at:

[The] objective is to establish a high level of protection of authors, allowing them to obtain an appropriate reward for the use of their works, including on the occasion of communication to the public. It follows that ‘communication to the public’ must be interpreted broadly[...]¹⁸⁹

Det følger av fortalen til opphavsrettdirektivet avsnitt 23 at ”communication to the public” bør forstås i vid forstand og omfatte all overføring til allmennheten som ikke er til stede på overføringens opprinnelsessted. Den samme tolkningen er også lagt til grunn i tidligere rettspraksis fra EU-domstolen.¹⁹⁰ På samme måte slo domstolen fast viktigheten å av å finne en rimelig balanse mellom de relevante interessene opphavsrettdirektivet skal ivareta.¹⁹¹ De uttalte i denne sammenhengen at målet var å finne:

”[...]a fair balance between, on one hand, the interests of copyright holders and related rights in protecting their intellectual property rights [...] and, on the other, the protection of the interests and fundamental rights of users of protected objects, in particular their freedom of expression and of information, [...] and of the general interest.”¹⁹²

I EU-retten er reglene om eiendomsrett, herunder immaterielle rettigheter, og ytringsfrihet ivaretatt gjennom EUs charter om grunnleggende rettigheter.¹⁹³ Domstolen tok utgangspunkt i disse grunnleggende rettighetene slik de følger av charteret. Ettersom EUs charter om grunnleggende rettigheter ikke er gjort til EØS-rett, kan vektlegging av charteret ved

¹⁸⁷ *Ibid.* avsnitt 29.

¹⁸⁸ *Ibid.* avsnitt 29.

¹⁸⁹ *Ibid.* avsnitt 30.

¹⁹⁰ Se bl.a. C-403/08 og C-429/08 *FAPL* avsnitt 186.

¹⁹¹ Domstolen viste særlig til opphavsrettdirektivets fortale punkt 3 og 31. Jf. C-160/15 *GS Media* avsnitt 31.

¹⁹² *Ibid.* avsnitt 31.

¹⁹³ EUs charter om grunnleggende rettigheter art. 17 (2) jf. (1) gir alle en rett til å disponere over sine immaterielle verdier. Retten til ytringsfrihet følger av charterets art. 11.

klarleggingen av innholdet i direktivet skape utfordringen med hensyn til homogenitetsmålsetningen.¹⁹⁴ Domstolen bygger videre på den rettsstilstanden som er etablert i rettspraksis, som stadfester at begrepet ”communication to the public” inneholder to kumulative kriterier. Det må skje en ”act of communication” av et verk, og denne må skje til en ”public”.¹⁹⁵

Domstolen uttalte videre at de hensyn og kriterier som kan gjøres gjeldene når man vurderer hvorvidt en handling er å anse som en ”overføring til allmenheten” krever en individuell vurdering.¹⁹⁶ I en slik vurdering må det tas hensyn til flere komplementære kriterier, som er selvstendige og gjensidig avhengige av hverandre. Med hensyn til at kriteriene i forskjellige situasjoner vil være tilstede i varierende grad, må disse anvendes både individuelt og i sammenheng med hverandre.¹⁹⁷ Det er naturlig å forstå denne uttalelsen som at det gir domstolen handlingsrom og fleksibilitet med hensyn til hva som skal tillegges vekt ved avgjørelsen av spørsmålet.

For å klargjøre disse selvstendige og gjensidig avhengige komplementære kriteriene viste domstolen til tre kriterier som må vurderes hver for seg og samlet for å slå fast om det de aktuelle handlingene innebar en *overføring til allmenheten*.¹⁹⁸

For det første ble det vurdert i hvilken grad lenkeren handler med kunnskap om at han gir tilgang til beskyttede verk, og det faktum at han var klar over at lenken ga kundene tilgang til de beskyttede verk som de ikke ville hatt tilgang til uten lenken.¹⁹⁹ For det andre må det skje en *overføring*, og denne overføringen må skje til *et nytt publikum*. Med dette menes det et publikum som ikke var tatt i betraktning ved den primære overføringen til allmenheten.²⁰⁰ For det tredje la domstolen til grunn at det er relevant om tilgjengeliggjøringen skjer med vinnings hensikt.²⁰¹

EU-domstolen gikk så over til å vurdere hvilken relevans de tidligere avgjørelsene *Svensson* og *BestWater* fikk for spørsmålene i den nåværende sak. Det følger av disse avgjørelsene at

¹⁹⁴ For mer om EØS-rettens forhold til EUs charter om grunnleggende rettigheter, se *Fredriksen*. Det er tvilsomt at dette vil kunne settes på spissen ettersom rettighetene som følger av charteret i stor grad også følger av den Europeiske menneskerettskonvensjonen som er gjort til norsk rett med forrang i menneskerettsloven.

¹⁹⁵ C-160/15 *GS Media* avsnitt 32, med henvisning til C-466/12 *Svensson* avsnitt 16.

¹⁹⁶ *Ibid.* avsnitt 33.

¹⁹⁷ *Ibid.* avsnitt 34.

¹⁹⁸ *Ibid.* avsnitt 39.

¹⁹⁹ *Ibid.* avsnitt 35.

²⁰⁰ *Ibid.* avsnitt 36-37, se også C-466/12 *Svensson* avsnitt 24.

²⁰¹ *Ibid.* avsnitt 38.

publisering av lenker (*herunder både forflytningslenker og hentelenker*) på en internettside til verk som er fritt tilgjengelige på en annen internettside ikke innebar en ”overføring til allmenheten” etter opphavsrettdirektivet art. 3 nr. 1 som følge av at lenkene ikke var rettet mot et ”nytt publikum”.²⁰² Domstolen tolket så avgjørelsene i *Svensson* og *BestWater* og argumenterte med at domstolen i disse avgjørelsene kun hadde ment å referere til tilfeller der rettighetshaveren hadde tillatt den primære publiseringen.²⁰³ Domstolen argumenterte derfor med at de tidligere avgjørelsene bekreftet den essensielle hovedregel om at alle tilgjengeliggjøringshandlinger av et verk til allmenheten må tillates av rettighetshaver.²⁰⁴ Etersom lenken i *GS Media* gikk til et verk som var publisert *uten* rettighetshavers tillatelse eksisterer det derfor ikke en tillatelse fra rettighetshaver.

Dette poenget fremstår som sentralt i vurderingen når en skal differensiere mellom situasjonen hvor det lenkes til verk publisert *med* tillatelse, og verk publisert *uten* tillatelse. Hadde domstolen anvendt prinsippet om ”nytt publikum” fra *Svensson* kunne man ut fra omstendighetene tillatt lenking til ulovlig materiale, ettersom verket lå åpent tilgjengelig på nettet. Den opprinnelige opplastningen hadde derfor rettet seg mot det *samme publikum* som lenkingen rettet seg mot.

På bakgrunn av dette kunne det derfor ikke utledes av verken *Svensson* eller *BestWater* at publiseringen av lenker på en nettside til opphavsrettslige beskyttede verk som lå fritt tilgjengelig på internett, publisert uten rettighetshaverens tillatelse, på prinsipielt grunnlag kunne utelukkes å innebære en ”overføring til allmenheten” herunder en ”ny allmenhet” etter opphavsrettsdirektivet art. 3 nr. 1.²⁰⁵ Tilsvarende vil derfor lenker til fritt tilgjengelig materiale som er publisert uten samtykke fra rettighetsgaver kunne innebære en krenkelse av eneretten til tilgjengeliggjøring til allmenheten. Argumentet om at domstolen i *Svensson* og *BestWater* kun mente å referere til tilfeller der rettighetshaveren hadde tillatt den primære publiseringen gir tilsynelatende begge dommene et mindre virkeområde enn tidligere antatt. Denne moderniserte tolkningen fra EU-domstolen har i teorien blitt tolket som et kompromiss for å ikke skape en rettstilstand som ødelegger internettets funksjon.²⁰⁶ Skulle EU-domstolen anvendt den

²⁰² *Ibid.* avsnitt 40-42.

²⁰³ *Ibid.* avsnitt 41.

²⁰⁴ *I.c.*

²⁰⁵ *Ibid.* avsnitt 43

²⁰⁶ Se bl.a. Eleonora Rosati, ”Hyperlinks and communication to the public: early thoughts on the *GS Media* decision”. Tilgjengelig på <http://ipkitten.blogspot.no/2016/09/hyperlinks-and-communication-to-public.html> Sist sjekket 10.11.16

rettsregelen som ble oppstilt i *Svensson* og *BestWater* ville enhver person som publiserer en lenke være ansvarlig for brudd på opphavsmannen eneretten til tilgjengeliggjøring dersom han lenket til åndsverk som er gjort tilgjengelig uten hans tillatelse. En slik tolkning ville skapt en rettstilstand som står i fare for å ødelegge internett slik vi kjenner det ved at enhver unnskyldelig lenking skaper en omfattende undersøkelsesplikt som er tilnærmet umulig å gjennomføre.²⁰⁷

På den andre siden kan man argumentere med at EU-domstolen i *Svensson* også mente å referere også til tilfellene der hvor verket var publisert uten rettighetshavers tillatelse. I *Svensson* uttalte domstolen i tilknytning til omgåelse av tilgangsbegrensninger at dette også er tilfelle “[...]where the work is no longer available to the public on the site on which it was initially communicated or where it is henceforth available on that site only to a restricted public, while being accessible on another Internet site without the copyright holders’ authorisation”.²⁰⁸ Sitatet trekker i retning av at i tilfellene hvor rettighetshaver ikke har godkjent opplastningen så må alle brukere av internett regnes for å være *et nytt publikum*. Med dette som utgangspunkt vil derfor all lenking til ulovlig tilgjengeliggjorte verk være ansett for å være en *overføring til allmenheten*.

Domstolen forsøker å balansere hensynet til ytringsfrihet på de ene siden og rettighetshavers interesse på den andre siden når den uttaler at internett står i en særstilling i utøvelsen av ytringsfrihet i samfunnet gjennom at lenker bidrar til kunnskapsoverføring og meningsutveksling mellom individer.²⁰⁹ Dette hensynet fremstår som det største hinderet når vi ønsker å undersøke om lenking kan være et selvstendig opphavsrettinngrep.

I norsk rett er det særlig Torvund som har argumentert med ytringsfriheten som skranke for at lenking ikke faller inn under eneretten til å gjøre verket tilgjengelig.²¹⁰ Han viser til at lenken i seg selv en en ytring utover den referansen og gjengivelsen den også representerer. Argumentasjonen er delvis også begrunnet i forarbeidene til endringene i GrL § 100 som redegjør for betenkelighetene ved å ilegge medvirkningsansvar for lenker.²¹¹ Det følger av forarbeidene at konsekvensene lenkeansvaret får for ytringsfriheten må veies mot behovet for

²⁰⁷ *I.c.* Se også C-160/15 *GS Media* avsnitt 45-46.

²⁰⁸ C-466/12 *Svensson* avsnitt 31.

²⁰⁹ C-160/15 *GS Media* avsnitt 45.

²¹⁰ *Se Torvund*.

²¹¹ Departementet uttalte at rettstilstanden var uavklart, dette var også før *napster.no*-dommen som slo fast at lenking kunne innebære medvirkningsansvar. Argumentasjonen gjør seg derimot gjeldene uavhengig av hvilket rettsgrunnlag på påberopes.

å holde lenkeren ansvarlig, for eksempel av hensyn til kriminalitetsbekjempelse eller for å verne rettighetshavers økonomiske interesser.²¹²

3.3.2.2 Subjektivt kunnskapskrav

Løsningen fra EU domstolen endte opp med til slutt var å skille mellom lenkere med kunnskap om ulovligheten av verket, og lenkere uten kunnskap om ulovligheten. Denne løsningen innebærer at tilgjengeliggjøringsnormen i opphavsrettdirektivet art. 3 nr. 1. gis er subjektivt rekvisitt som skiller mellom lenkere som vet eller burde vite at verket han lenket til som lå fritt tilgjengelig på internett, ikke var lastet opp med rettighetshavers samtykke på den ene siden og lenkere uten kunnskap om dette på den andre siden.²¹³

Som hovedregel mente derfor domstolen av en person som lenker til et verk som er fritt tilgjengelig på internett, men gjort tilgjengelig uten samtykke fra rettighetshaver, som hovedregel ikke kan ansees for å ha gjort verket tilgjengelig for allmenheten.²¹⁴

”Indeed, such a person, by making that work available to the public by providing other internet users with direct access to ... does not, as a general rule, intervene in full knowledge of the consequences of his conduct in order to give customers access to a work illegally posted on the internet.”²¹⁵

Domstolen bygger her på den rettsstilstand som ble dannet i *Svensson* ved å slå fast at lenker gir ”direct access” til verket. Domstolen viser her tydelig at de fraviker den anbefalingen som ble gitt av generaladvokaten i saken.

Det motsatte gjelder for lenkeren som vet eller burde vite at lenken ga tilgang til et verk som var gjort tilgjengelig *uten* rettighetshaverens tillatelse. I et slikt tilfelle vil den som vet eller burde vite at lenken ga tilgang til verk som var lastet opp uten tillatelse fra opphavsmannen være ansett for å ha gjort verket tilgjengelig for allmenheten gjennom å lenke til det. Domstolen uttalte derfor at:

”In contrast, where it is established that such a person knew or ought to have known that the hyperlink he posted provides access to a work illegally placed on the internet ..., it

²¹² St. mld. nr. 26 (2003-2004) punkt 8.2.6.

²¹³ C-160/15 *GS Media* avsnitt 47-49.

²¹⁴ *Ibid.* avsnitt 48.

²¹⁵ *I.c.*

is necessary to consider that the provision of that link constitutes a ‘communication to the public’[...]’²¹⁶

Det samme presumpsjonen legges til grunn når lenken gir brukere anledning til å omgå restriksjoner som er ment å begrense tilgangen på siden der verket ligger. For eksempel kan lenken gjøre det mulig å omgå en betalingsmur på en nettavis. I disse tilfellene vil publiseringen av lenken(e) innebære en forsettlig intervensjon som muliggjør tilgangen til verket som brukeren uten lenken ikke ville fått.²¹⁷ Dette samsvarer med prinsippet om ”new public” utledet fra Svensson.²¹⁸ Fra dette kan vi konkludere med at om en lenke fører til at brukeren kan omgå en tilgangsbegrensning vil lenken være ansett som en overføring til allmenheten uavhengig av om verket er gjort tilgjengelig med eller uten rettighetshavers tillatelse.

3.3.2.3 Profittmotiv og presumpsjon om kunnskap

For å skape en bevisteknisk enkel regel utledet domstolen presumpsjon om kunnskap der hvor lenkeren har profittmotiv ved lenkingen. Det følger av dette at når innehaveren av nettsiden har profittmotiv må det forventes at han sørger for å undersøke lovligheten av verket det lenkes til. Når lenkeren har et profittmotiv vil derfor presumpsjonen om kunnskap snus slik at det er lenkeren som må bevise at han ikke visste, eller burde visst at verket var tilgjengeliggjort uten tillatelse fra rettighetshaver. I dette ligger det også at presumpsjonen kun snur bevisbyrden slik at det er opp til lenkeren å sannsynliggjøre at han ikke visste eller burde visst om ulovligheten.²¹⁹

Hvis lenkeren med profittmotiv ikke imøtegår presumpsjonen om kunnskap vil lenken til verket være ansett for å være en *overføring til allmenheten*. I det motsatte tilfelle der hvor lenkeren ikke har et profittmotiv vil man anvende hovedregelen om at det ikke foreligger kunnskap om verkets ulovlighet.

Man kan også utlede et notifikasjonskrav fra dommen som gir rettighetshaver muligheten til å informere lenkeren om den ulovlige handlingen. Det følger av premiss 53 i dommen at:

”[I]t should in particular be noted that those rightholders, in all cases, have the possibility of informing such persons of the illegal nature of the publication of their

²¹⁶ *Ibid.* avsnitt 49.

²¹⁷ *Ibid.* avsnitt 50.

²¹⁸ Se C-466/12 *Svensson* avsnitt 31.

²¹⁹ Se C-160/15 *GS Media* avsnitt 51.

work on the internet and of taking action against them if they refuse to remove that link[...]²²⁰

Rettighetshaver har med andre ord muligheten til å effektivt få fjernet lenker som gir direkte tilgang til verk som er gjort tilgjengelig uten rettighetshavers samtykke. Ved å innføre et slikt notifikasjonssystem vil rettighetshaver kunne informere både lenkeren med kunnskap, og lenkeren uten kunnskap om ulovligheten av handlingen. Informasjonen i seg selv vil gi begge faktisk kunnskap om ulovligheten og dermed medføre at lenkingen blir ansett som en overføring til allmenheten etter opphavsrettdirektivet art. 3 nr. 1.

Det subjektive kunnskapskravet er derfor en fornuftig måte å løse et utfordrende rettslig spørsmål. Den er hensiktsmessig i den grad at det gjør handlinger som bevisst er skadelig for rettighetshaver ulovlig, men den beskytter lenkeren uten kunnskap om verkets ulovlige tilgjengeliggjøring.

Relevansen av rettighetshavers profittmotiv er ikke ny i vurderingen av om det foreligger en overføring til allmenheten etter opphavsrettdirektivet art. 3 nr. 1. Kjernen av formålet med både åndsverkloven § 2 og opphavsrettsdirektivet artikkel 3 er å beskytte opphavsmannens økonomiske interesser. I tilfellet hvor andre enn rettighetshaver har profittmotiv vil dette være en hensyn som er relevant i vurderingen. I de forente sakene C-403/08 og C-429/08 *FAPL* uttalte domstolen at:

[...]it is not irrelevant that a ‘communication’ within the meaning of Article 3(1) of the Copyright Directive is of a profit-making nature²²¹

Uttalelsen slår fast at det ikke er irrelevant, men det var i *FAPL* tilfellet heller ikke avgjørende for saken. I *GS Media* er derimot profittmotivet viktig for å avgjøre om det foreligger kunnskap om ulovligheten, jf. profittmotivets presumpsjonsregel.

På den andre siden kan man kritisere EU-domstolen for å finne løsninger med beskjedne holdepunkter i de skrevne rettskildene. Det subjektive rekvisitt fremstår derfor som løsrevet fra all tidligere praksis på opphavsrettens område som har vært definert av den tradisjonelle objektive vurderingen i krenkelsesvurderingen. Dette kan være problematisk i forhold til bl.a.

²²⁰ *Ibid.* avsnitt 53.

²²¹ C-403/08 og C-429/08 *FAPL* avsnitt 204.

annet opphavsmannens enerettigheter etter Bernekonvensjonen artikkel 11^{bis} og WCT artikkel 8. Da disse rettighetsinstrumentene ikke har vilkår om subjektive vurderinger. Om EU først stadfester at lenking innebærer en overføring til allmenheten vil ”halvløsninger” med stadig nye vilkår uten grunnlag i skrevne kilder være problematisk.

”Halvløsningene” med de nye vilkårene om ”new public” og det subjektive rekvisitt knytter seg i all hovedsak til at EU-domstolen valgte å anse lenking som en ”communication” i Svensson.²²² Generaladvokaten i *GS Media* forsøkte å vri om kursen i sin anbefaling ved å gå tilbake på det prejudikatet som ble dannet i *Svensson*, men dette ble som kjent ikke fulgt i den endelige dommen.

I alle tilfeller må også regelen om ”new public” utledet i *Svensson* tas til holdepunkt som en hovedregel, slik at lenken måtte rette seg mot en *nytt publikum*. Det vil si et publikum som rettighetshaveren ikke tok i betraktning ved tillatelsen av den første overføringen til allmenheten.²²³ Hvis rettighetshaver har samtykket til publiseringen av verket fritt tilgjengelig på internett vil det være lovlig å lenke til verket uavhengig av profittmotiv.²²⁴

3.3.2.4 Analyse av det subjektive kunnskapskravet og profittmotivet

Spørsmålet som krever nærmere analyse er derimot hva som ligger det subjektive momentet og hva EU domstolen legger i at ”posting of hyperlinks is carried out for profit”. Det er beskjedne holdepunkter i *GS Media* for å slå fast hvilket nærmere innhold som kan trekkes ut av disse nye vilkår i tilgjengeliggjøringsnormen. En analyse av vilkårenes nærmere innhold må derfor ta utgangspunkt i generelle formålsbetraktninger og etterfølgende praksis.

Det fremstår som naturlig å anse det subjektive kunnskapskravet som en *generell hovedregel* for lovligheten av lenkingen. I dette ligger det at domstolens primære mål må være å slå fast om lenkeren visste, eller burde visst om innholdets ulovlighet. Med hensyn til hvilken terskel som skal legges til grunn vil presumpsjonen om kunnskap med profittmotiv være sentral. Dette innebærer etter mitt syn at det foreligger et større krav om aktsomhet for lenkeren med profittmotiv. Motsatt vil det det for lenkeren uten profittmotiv. Dette innebærer at i vurderingen av om det foreligger kunnskap bør de operere med en fleksibel aktsomhetsnorm. Kravet som stilles for den alminnelige internettbruker vil derfor være lavere enn kravet som stilles til

²²² For dette, se C-466/12 *Svensson* avsnitt 18 ”[...]clickable links to protected works published without any access restrictions on another site, affords users of the first site **direct access** to those works.” [Min utheving]

²²³ C-466/12 *Svensson* avsnitt 24.

²²⁴ Se C-160/15 *GS Media* avsnitt 52.

kommersielle rettssubjekter. Hvor langt denne fleksible aktsomhetsnormen går er vanskelig å gi et klart svar på. Analysen av *GS Media* trekker i retning av at det foreligger et tilnærmet objektivt ansvar i tilfellene hvor lenkeren har profittmotiv, selv om denne presumpsjonsregelen *kan motbevise*s. På samme måte skal det mye til før en legger til grunn at lenkeren uten profittmotiv har kunnskap.²²⁵ Begrunnelsen for denne fleksible aktsomhetsnorm bygger sannsynligvis på hensynet til rettighetshavers økonomiske interesser. En alminnelig internettbruker uten profittmotiv som lenker vil i større grad ha et referansepreg som ikke skader rettighetshavers økonomiske interesser. Motsetningsvis vil den kommersielle lenkeren med profittmotiv, lenke som del av sin virksomhet, og således være skadelig for rettighetshavers økonomiske interesser.

Med hensyn til hvor strengt aktsomhetsnormen skal tolkes kan man se hen til faktum i *GS Media*. Situasjonen i *GS Media* er et tilfelle som klart faller inn under det kravet som stilles til kunnskap, og presumpsjonen ved profittmotiv. *Geenstijl* hadde klart kunnskap om ulovligheten av lenken og et profittmotiv.²²⁶ Mer problematisk vil det f.eks. være å slå fast om bloggere med beskjedne inntekter på reklamer etc. har en profittmotiv. Hvis man kommer frem til at profittmotivet dekker selv de mest beskjedne inntekter vil aktsomhetsnormen være meget høy for selv bloggere og andre innehavere av nettsider med reklameinntekter. Man kan også spørre seg om det er *lenken i seg selv* som må være dekket av profitten, eller om det kan være nettsiden som helhet. I en nylig avsagt dom fra landgericht Hamburg (*Hamburg Tingrett*) som anvendte rettsregelen fra *GS Media* anså domstolen at "profit" ikke nødvendigvis sikter til at lenken i seg selv må være profitterende, f.eks. gjennom betaling pr klikk eller lignende. Domstolen slo fast at det var nok at nettsiden var drevet med det formål å tjene penger.²²⁷ Det samme tolkningen er også lagt til grunn i en nylig avsagt dom fra Attunda Tingrätt i Sverige.²²⁸

I alle tilfeller vil lenking til ulovlig tilgjengeliggjort materiale i realiteten være ulovlig dersom rettighetshaver kan etablere kunnskap hos lenkeren ved notifikasjon. Dette innebærer at selv om lenkeren ikke har hatt kunnskap i utgangspunktet vil han etter notifikasjon fra rettighetshaver ha denne kunnskapen. Forskjellen fra tidligere praksis med hensyn til det subjektive rekvisitt handler i stor grad om at man flytter det subjektive vilkåret fra det

²²⁵ Eng: *Rebuttable presumption*. Se C-160/15 *GS Media* avsnitt 51.

²²⁶ Se C-160/15 *GS Media* avsnitt 54.

²²⁷ Landgericht Hamburg sak 310 O 402/16.

²²⁸ Attunda Tingrätt sak FT 11052-15.

etterfølgende erstatningsspørsmålet, hvor det må foreligge minst uaktsomhet for å kunne illegge erstatning.²²⁹ I realiteten vil derfor det subjektive rekvisitt nå flyttes til gjerningsbeskrivelsen i åndsverkloven med hensyn til om det foreligger en krenkelse av eneretten til tilgjengeliggjøring etter åndsverkloven § 2. Dette nye vilkåret representerer på mange måter et brudd med den tradisjonelle objektive inngrepsnorm på opphavsrettens område. Ved å innføre et subjektivt rekvisitt og en presumpsjon ved profitt røkkes derfor dette med tidligere praksis. *Knoph* har bl.a. uttalt at ”[eneretten] retten krenkes like godt, enten offentligjørelsen skjer for å tjene penger eller i filantropisk øiemed.”²³⁰

Ikke minst kan man se for seg at den strenge aktsomhetsnormen ved lenking kan føre til flere uheldige konsekvenser. En lenke er en henvisning til en adresse, hvis innhold kan endre seg over tid, enten ved at det blir lagt til nytt innhold eller at innholdet som en gang har vært lovlig blir ulovlig ved utløp av lisens eller lignende. Dette er konsekvenser som også vil være ansvarsbetingende for lenkeren.

Som følge av EU-domstolens tilbakeholdenhet med å utbrodere vilkårene om det subjektive kunnskapskravet og profittmotiv vil det derimot *inntil videre* være opp til de nasjonale domstoler å utlede det nærmere innhold i vilkårene.

²²⁹ Jf. åndsverkloven § 54 første ledd.

²³⁰ *Knoph* side 93.

4 Kildeliste

Litteratur

- Arnesen/Stenvik* Arnesen, Finn. Stenvik, Are. *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettenns betydning i norsk rett*, 2. utgave (Oslo 2015).
- Axhamn 2014* Axhamn, Johan. "Internet Linking and the Notion of New public", *Nordisk Immateriellt Rättsskydd*, 2014 side 110.
- Axhamn 2015* Axhamn, Johan. "Hyperlinking: Case C-466/12 Svensson", *Europarättslig tidskrift*, Vol. 18, nr. 4, side 847-866.
- Bing* Bing, Jon. *Ansvar for ytringer på nett*, (Oslo 2008).
- Fredriksen* Fredriksen, Halvard. "Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten", *Jussens Venner* nr. 6, 2013. Side 371-399.
- Knoph* Knoph, Ragnar. *Åndsretten*, (Oslo 1936).
- Rognstad 1999* Rognstad, Ole-Andreas. *Spredning av verkseksemplar*, (Oslo 1999).
- Rognstad 2004* Rognstad, Ole-Andreas. "Norsk og utenlandsk praksis om ansvar knyttet til bruk av hyperlinker («pekere»)", *Lov&Data* 2004 nr. 77.
- Rognstad 2005* Rognstad, Ole-Andreas. "Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-saken", *Nordisk Immateriellt Rättsskydd*, 2005 s. 344-370.
- Rognstad 2009* Rognstad, Ole-Andreas. *Opphavsrett*, 1. utgave. (Oslo 2009).
- Rognstad 2014* Rognstad, Ole-Andreas. "Opphavsrett og lenker. EU domstolens dom i sak C-466/12 (Svensson)", *Nytt i privatretten* nr. 2 2014 s. 16.
- Rognstad 2015* Rognstad, Ole-Andreas. "The CJEU's Recent Findings on Digital Exhaustion and Linking and their Impact on Nordic Copyright Law", *Nordisk Immateriellt Rättsskydd*, 2015 nr. 6 side 624-631.
- Rosati* Rosati, Elonora. "Luxembourg, we have a problem: where have the Advocates General gone?", *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2014) 9 (8) side 619.
- Rosén 2014* Rosen, Jan. "Unionsdomstolen på kollisionskurs med internasjonell opphovsrätt", *Nordisk Immateriellt Rättsskydd*, 2014, side 662.
- Rosén/Granmar 2015* Jan Rosén og Claes Granmar. "Länking på Internet – EU-domstolen i konflikt med internasjonell rätt", *Svensk Juristtidning* 2015 side 352.
- Sejersted m.fl.* Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad: *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011).

- Torvund* Torvund, Olav. ”Enerett til lenking. En keiser uten klær?”, *Nordisk Immateriellt Rättsskydd*, 2008, side 417-443.
- Westman* Westman, Daniel. ”EU-domstolen om lenkning - Svensson-målet”, *Lov&Data* nr. 118, juni 2014.

Norske lover og forarbeid mv.

- 1999 Lov om menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109 - Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS- avtalen) og Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingorgan og en Domstol. (ODA-avtalen)
- 1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (Åndsverkloven) av 12. Mai 1961 nr. 2
- NUT 1950:1 Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk
- Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk.
- Ot.prp.nr.79 (1991-1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.
- Ot.prp.nr.15 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m
- Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
- Forslag til ny åndsverklov Høringsnotat: Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven). Tilgjengelig på:
https://www.regjeringen.no/contentassets/4c75d8945bc44691925253ca9d0971b5/hoeringsnotat_andverklov.pdf

Utenlandske lover og forarbeid

- Sverige Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
- Finnland Upphovsrättslagen 404/1961
- Sverige Forarbeid til Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.
Ds 2003:35 side 99

Traktater og konvensjoner

Bernekonvensjonen	Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 9. september 1886. Sist revidert i Paris, 24. juli 1971 (Parisversjonen)
TRIPS-avtalen	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Vedlegg 1C til WTO-avtalen. Trådt i kraft 1. januar 1995.
WCT	WIPO Copyright Treaty. Vedtatt på diplomatkonferansen i Genève 20. og 21. desember 1996, trådt i kraft 6. mars 2002. (Ikke ratifisert av Norge)
Wienkonvensjonen	Wienkonvensjonen av 23. Mai 1969 om traktatretten.
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Vedtatt av Europarådet i Roma 4. november 1950.
EU Charteret	Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter 7. desember 2000.
TEUF	Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte, vedtatt 25. mars 1957, revidert gjennom Lisboatraktaten 13. desember 2007.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol. (ODA-avtalen)

EUs sekundærlovgivning og andre dokumenter

Council Decision 94/800/EC of 22 December 1994 concerning the conclusion on behalf of the European Community

Council Decision 2000/278/EC of 16 March 2000 (OJ 2000 L 89, p. 6).

EP/RDir 2001/29/EF Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the rights in the information society (Opphavsrettdirektivet)

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Watthet, i sak C-160/15 (*GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others*)

Rettspraksis

Norge

Rt. 2000 s. 1811 (*Finanger I*)
Rt. 2001 s. 1288 (*Gate Gourmet*)
Rt. 2005 s. 41 (*Napster.no*)
Rt. 2005 s. 1365 (*Finanger II*)

Utenlandsk

NJA 2000 side 292 (*Tommy O.*)
I ZR 259/00 (*Paperboy*)

Underrettspraksis

Landgericht Hamburg sak 310 O 402/16.
Attunda Tingrätt sak FT 11052-15.

EU domstolen

<i>Svensson</i>	Sak C-466/12 (<i>Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB</i>) ECLI:EU:C:2014:76
<i>C More Entertainment</i>	Sak C-279/13 (<i>C More Entertainment AB v Linus Sandberg</i>) ECLI:EU:C:2015:199
<i>BestWater International</i>	Sak C-348/13 (<i>BestWater International GmbH v Michael Mebes and Stefan Potsch</i>) ECLI:EU:C:2014:2315
<i>GS Media</i>	Sak C-160/15 (<i>GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others</i>) ECLI:EU:C:2016:644
<i>ITV Broadcasting</i>	Sak C-607/11 (<i>ITV Broadcasting Ltd and Others v TV Catch Up Ltd.</i>) – ECLI:EU:C:2013:147
<i>Football Association Premier League (FAPL)</i>	Forente saker C-403/08 (<i>Football Association Premier League Ltd m.fl. v QC Leisure m.fl.</i>) og C-429/08 (<i>Karen Murphy v Media Protection Services Ltd</i>) ECLI:EU:C:2011:631
<i>SGAE</i>	Sak C-306/05 (<i>Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA.</i>) ECLI:EU:C:2006:764

Andre kilder

*Association Littéraire et
Artistique Internationale*
– ALAI

Opinion on the Criterion «New Public», Developed By the Court of Justice of the European Union (CJEU), Put in the Context of Making Available and Communication to the Public. 17. September 2014.

(<http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf>) [Sist besøkt 3. januar 2017.]