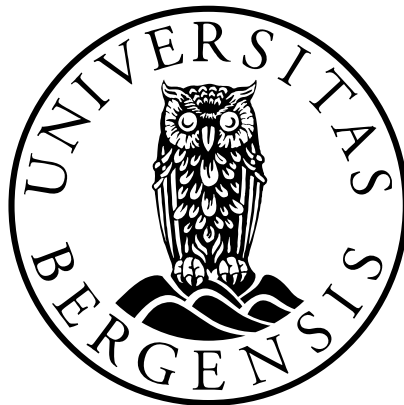


Overføring til allmennheten

*Opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring etter
åndsverkloven § 2 i lys av nyere praksis fra EU-
domstolen*

Kandidatnummer: 226

Antall ord: 14999



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Avgrensninger	5
1.3 Fremstillingen videre	5
2 Rettskildebildet.....	6
3 Eldre rettstilstand.....	9
3.1 Utgangspunktet.....	9
3.2 Nærhet og umiddelbarhet	10
3.3 Grensen til medvirkning	11
4 «Communication to the public» i opphavsrettsdirektivet art. 3.1	14
4.1 Innledning.....	14
4.2 Ordlyd og kontekst	14
4.3 Formål.....	15
4.4 Andre konvensjoner.....	15
4.5 Oppsummering	16
5 “Communication to the public” i lys av EU-domstolens nyere praksis.....	17
5.1 Innledning.....	17
5.2 Nyere praksis fra EU-domstolen	17
5.2.1 Sak C-466/12 «Svensson».....	17
5.2.2 Sak C-160/15 «GS Media»	19
5.2.3 Sak C-527/15 «Filmspeler».....	20
5.2.4 Sak C-610/15 «Ziggo»	21
5.3 Kriteriene for avgrensning.....	22
5.3.1 Innledning.....	22
5.3.2 Fysiske fasiliteter.....	23
5.3.3 Nødvendig handling	25
5.3.3.1 Innledning.....	25
5.3.3.2 Hvor nødvendig må handlingen være?.....	26
5.3.3.3 Grensen mot opplysninger	28
5.3.4 New Public	29

5.3.4.1	Innledning.....	29
5.3.4.2	Hva er «a new public»?	30
5.3.4.3	New public-kriteriets relevans	31
5.3.4.4	Kommersiell utnyttelse av andres åndsverk.....	33
5.3.5	Profittformål	34
5.3.5.1	Betydningen av konteksten rundt tilgjengeligjøringen	34
5.3.5.2	Grense nedad mot ubetydelige beløp	37
5.3.6	Kunnskapskriteriet	38
5.3.6.1	Innledning.....	38
5.3.6.2	Kan det oppstilles en kunnskapspresumsjon utenfor lenkene?	38
5.3.6.3	Vanlige borgere uten profittformål	39
5.3.6.4	De med profittformål.....	41
6	Konsekvenser for norsk rett	45
6.1	Innledning.....	45
6.2	Kan kravet om tidsmessig nærhet og umiddelbarhet opprettholdes?	45
6.3	Bemerkninger om medvirkningsansvaret.....	47
7	Avsluttende bemerkninger	51
	Litteraturliste	54

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er opphavsmannens enerett til å gjøre åndsverk tilgjengelig for allmennheten, i lys av EU-domstolens praksis. Etter lov 12. mai 1951 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.¹ § 2 tredje ledd kan verket gjøres tilgjengelig for allmennheten ved spredning, visning og fremføring. Det følger av åvl. § 2 fjerde ledd at fremføring av verket, omfatter «overføring i tråd eller trådløst til allmennheten». Åndsverkloven § 2 fjerde ledd er tatt inn i loven som en konsekvens av opphavsrettsdirektivet art. 3.1.² «Overføring til allmennheten» er en oversettelse av uttrykket «communication to the public» i direktivets artikkel 3.1.

Direktivet omhandler opphavsrett i informasjonssamfunnet.³ Det som kjennetegner informasjonssamfunnet er særlig informasjonsteknologien. Utviklingen av ulike digitale tjenester skjer raskt, og det dukker stadig opp nye nettsider, apper og andre produkter og tjenester som benytter informasjonsteknologi. De nye tjenestene gjør det enkelt å dele åndsverk som for eksempel bilder, musikk og film elektronisk. Åndsverkloven omfatter alle former for overføring, slik at nye produkter og tjenester må tilpasses denne loven.

Dersom et verk er tilgjengeliggjort på en internettside, kan andre internettbrukere lenke til nettsiden med verket. På denne måten kan flere personer få vite om tilgangen til verket, og det kan føre til at flere oppsøker verket.

Det finnes flere sider på Internett i dag, som tilrettelegger for at nettsidens brukere kan tilgjengeliggjøre åndsverk på plattformen. På den måten blir verk gjort tilgjengelig for andre internettbrukere. Administratorer av slike nettsider kan tilrettelegge for at andre laster opp ulovlig materiale på deres nettside, uten at administratorene gjør dette selv. Et eksempel på dette er nettsiden The Pirate Bay, som har gått igjen i flere rettssaker i ulike land i Europa.

¹ Heretter forkortet åvl.

² Dir. 2001/29/EF

³ Opphavsrettsdirektivet art. 1

Dersom verk er gjort tilgjengelig uten opphavsmannen samtykke, vil opphavsmannen kunne miste inntekter ved at færre personer ønsker å betale opphavsmannen for tilgang til det samme verket. Tidligere har det vært vanskelig for opphavsmenn å stoppe krenkelsene, fordi det kan være vanskelig å vite hvem som står bak dem.⁴

Problemstillingen i avhandlingen er hvor grensene for opphavsmannens enerett til «overføring til allmennheten» går etter gjeldende rett, i lys av EU-domstolens nyere praksis. Avhandlingen tar for seg om de som tilrettelegger for at andre begår krenkelser, kan bli ansvarlig for en selvstendig krenkelse av overføringsretten. I tillegg blir det sett nærmere på om personer som lenker til åndsverk andre har tilgjengeliggjort uten samtykke, kan ilegges ansvar.

Det kan være enklere for opphavsmenn og deres organisasjoner å gå etter de som driver nettsidene eller de som lenker til ulovlig utlagte verk, i stedet for personene som gjør den primære krenkelsen. Dersom opphavsmenn kan forfølge disse i stedet, vil det bli lettere å fjerne ulovlig publisert innhold enn det har vært tidligere.⁵

Avhandlingen konsentrerer seg om EU-domstolens tolkning av begrepet «communication to the public», og hva det betyr for norsk rett. Dette er aktuelt, fordi grensene for overføringsretten tilsynelatende har blitt utvidet i de senere årene. EU-domstolen har avsagt flere prejudisielle avgjørelser om hva som omfattes av «communication to the public» i art. 3.1. Det kan se ut til at EU-domstolen i enkelte saker har gått svært langt i å la ulike handlinger være omfattet av eneretten til overføring. Norge er forpliktet til å følge EU-domstolens forståelse av begrepet, gjennom EØS-avtalen.⁶

De nyeste avgjørelsene er derfor relevante for forståelsen av åndsverkloven. Avgjørelsene har betydning for hva bedrifter og privatpersoner i Norge kan gjøre med informasjonsteknologi, og hvilke krav som skal stilles til ulike aktører. De nye dommene påvirker den norske retten på flere måter. Avgjørelsene kan tyde på at det som i norsk rett

⁴ Det er en krenkelse av opphavsretten dersom åndsverk blir tilgjengeliggjort uten opphavsmannens samtykke

⁵ Leistner (2017) s. 141

⁶ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

tidligere har vært holdt utenfor eneretten, i dag er omfattet. Det kan derfor stilles spørsmål om det har medført endringer for blant annet medvirkningsansvaret og aktsomhetskravet ved bruk av teknologien.

1.2 Avgrensninger

Hovedfokuset i avhandlingen er på personer som bidrar til andres ulovlige overføring. Da legges det til grunn at det er en tredjeperson som allerede har tilgjengeliggjort, eller vil tilgjengeliggjøre åndsverk. Det blir sett på om bidraget til tredjepersonens overføring kan være en selvstendig overføring i seg selv. Et slikt bidrag kan være å tilrettelegge for at overføring kan skje, eller at tredjepersonens tilgjengeliggjøring får et større omfang enn den ellers ville hatt.

EU-domstolens avgjørelser har skapt grunnlag for mange ulike problemstillinger. Det har derfor vært nødvendig å avgrense mot enkelte av disse, av hensyn til avhandlingens omfang.

Det avgrenses mot sanksjonene for overtredelse av åvl. § 2. De nyere avgjørelsene fra EU-domstolen kan reise interessante problemstillinger om sanksjonsmulighetene i nasjonal rett. Imidlertid er sanksjoner et eget tema, som faller utenfor grensene for denne avhandlingen.

1.3 Fremstillingen videre

I kapittel 2 tar jeg for meg rettskildebildet. I kapittel 3 gjennomgås det hvordan begrepet «overføring til allmennheten» i åvl. § 2 fjerde ledd har vært forstått i norsk rett. Dette er viktig bakgrunnsstoff som er nødvendig for å kunne sammenligne eldre rett med dagens rettstilstand. Videre i kapittel 4 tolker jeg begrepet «communication to the public» i opphavsrettsdirektivet art. 3.1. Hovedtyngden av avhandlingen er på avgjørelsene fra EU-domstolen i kapittel 5. Her presenterer jeg noen viktige nyere avgjørelser, og trekker frem kriteriene domstolen har brukt for å definere «communication to the public». Konsekvenser for norsk rett blir drøftet i kapittel 6. I kapittel 7 kommer jeg med noen avsluttende bemerkninger med henblikk på om retten ivaretar de hensyn opphavsretten er ment å tilgodese.

2 Rettskildebildet

Utgangspunktet blir tatt i åndsverkloven § 2. Bestemmelsen er utformet for å gjennomføre opphavsrettsdirektivet i norsk rett.⁷ Opphavsretten er en del av EØS-avtalen, noe som innebærer at den skal tolkes i samsvar med rettsavgjørelser fra EU-domstolen jf. EØS-avtalens art. 6 og ODA-avtalens art. 3.2. Bestemmelsene sier at det kun skal vektlegges den rettspraksis som fantes inntil avtalene ble inngått. Imidlertid taler harmoniserings- og homogenitetshensynet i EØS-retten for at også etterfølgende rettspraksis må tillegges vekt. Høyesterett har også lagt stor vekt på EU-domstolens praksis i egne avgjørelser.

Høyesterett uttalte i Route 66-dommen at:

«... varemerkeloven § 14 er utformet i samsvar med EUs tidligere og någjeldende varemerkedirektiv, og at loven dermed skal forstås i samsvar med EU-domstolens praksis knyttet til disse direktivene. Det innebærer at avgjørelser fra denne domstolen blir den sentrale rettskilden ved tolkning av varemerkeloven.»⁸

Denne avgjørelsen var knyttet til varemerkeretten, og ikke opphavsretten, likevel må det gjelde tilsvarende på opphavsrettens område. Paragraf 2 fjerde ledd i åndsverkloven er utformet i samsvar med opphavsrettsdirektivet, og loven må dermed forstås i samsvar med EU-domstolens praksis knyttet til dette direktivet. Den sentrale rettskilden ved tolkning av bestemmelsen er derfor EU-domstolens praksis om art. 3.1 i opphavsrettsdirektivet. Avhandlingen konsentrerer seg om følgende avgjørelser fra EU-domstolen; Svensson⁹, GS Media¹⁰, Filmspeler¹¹ og Ziggo.¹²

Det finnes få Høyesterettsavgjørelser om rekkevidden av overføringsretten. En sentral avgjørelse er Napster.no-dommen fra 2005.¹³ EU-domstolen har siden denne dommen kommet med flere avgjørelser angående forståelsen av art. 3.1. Høyesterett har fraveket egne

⁷ Ot. Prp. Nr. 46 (2004-2005) s. 140

⁸ HR-2016-2239-A avsnitt 31

⁹ C-466/12 Svensson

¹⁰ C-160/15 GS Media

¹¹ C-527/15 Filmspeler

¹² C-610/15 Ziggo

¹³ Rt. 2005 s. 41

prejudikater med henvisning til europeisk rettspraksis i flere saker.¹⁴ Eldre norsk rettspraksis tillegges normalt bare vekt der den harmoniserer med EU-domstolen eller det kan forventes at EU-domstolen vil komme til samme resultat.¹⁵ De nyeste avgjørelsene fra EU-domstolen, vektlegges tyngre enn eldre Høyesterettsavgjørelser.

Det blir vist til generaladvokatens uttalelser noen steder i oppgaven. Generaladvokaten bistår EU-domstolen ved å gi fremstillinger av saker og gi forslag til avgjørelse. EU-domstolen er ikke bundet av generaladvokaten, men viser ofte til uttalelsene.¹⁶ Når det blir henvist til generaladvokatens uttalelser, tjener det som synspunkter på retten. Uttalelsene kan vise flere sider av saken, eller vise til noe domstolen har utelatt i avgjørelsen. Uttalelsene kan være tolkningsbidrag for å forstå dommene.

For å illustrere og dokumentere rettsoppfatningen i Norge, blir det noen steder vist til norsk underrettspraksis. Det blir også vist til avgjørelser fra andre EU-land. Disse avgjørelsene har ikke stor rettskildemessig betydning, men viser hvordan EU-domstolens vurderinger kan benyttes på andre saker.

Åndsverkloven har felles forarbeider med andre nordiske land. Det har vært et mål å oppnå nordisk rettsenhet på opphavsrettens område.¹⁷ Høyesterett har vektlagt rettspraksis fra andre nordiske land i flere av sine avgjørelser.¹⁸ Følgelig kan nordisk rettspraksis være relevant for forståelsen av åndsverkloven.

Oppgavens tema er stort i den juridiske litteraturen i EU. Foreløpig er ikke de nyeste avgjørelsene omtalt i norske fagbøker, men avgjørelsene er diskutert i artikler publisert i juridiske tidsskrifter. Flere artikler har satt et kritisk søkelys på EU-domstolens praksis, noe som har bidratt til flere underproblemstillinger i avhandlingen.

¹⁴ Arnesen (2005) s. 112

¹⁵ Arnesen (2015) s. 57

¹⁶ Lie (2007) s. 98-99

¹⁷ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 4

¹⁸ Se for eksempel Rt. 2005 s. 41 avs. 53

Stortinget vedtok ny åndsverklov i mai 2018. Den nye loven er enda ikke trådt i kraft.¹⁹ Avhandlingen baserer seg på loven fra 1961. Den nye lovens § 3 viderefører opphavsrettens innhold, men skiller ut overføringsretten som en egen underkategori av tilgjengeliggjøring.²⁰

¹⁹ 25.05.2018

²⁰ Prop.104 L (2016-2017) s. 316

3 Eldre rettstilstand

3.1 Utgangspunktet

Det følger av åvl. § 2 første ledd at opphavsmannen har «enerett til å råde over åndsverket [...] ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten» Videre følger det av åvl. § 2 tredje ledd bokstav c at verk gjøres tilgjengelig for allmennheten når det «fremføres offentlig». I bestemmelsens fjerde ledd står det:

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

Ordlyden i åvl. § 2 fjerde ledd taler om «kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten». Når det står «kringkasting eller annen overføring», peker ordlyden mot at kringkasting er én av flere former for overføring. «Overføring» er derfor det sentrale begrepet.

Det følger videre av ordlyden «i tråd eller trådløst» at det handler om overføring i elektronisk form. Ved elektronisk overføring kan verk overføres fra et annet sted enn der publikum befinner seg.

«Overføring» omfatter verk som «stilles til rådighet» slik at enkeltpersoner selv kan velge tid og sted for tilgang til verket. Et eksempel på tilrådighetsstillelse er at verk legges ut på en internettside, og publikum kan velge når de skal gå inn på nettsiden for å finne åndsverket.²¹

²¹ Rognstad (2009) s. 183

Retten inkluderer også aktive overføringer som må nytes på det tidspunktet overføringen skjer. En aktiv overføring kan være kringkasting, internettssendinger og live streaming, som skjer på avsenders initiativ, i tillegg til videresendinger.²²

Uttrykket «allmennhet» har i norsk rett vært forstått som utenfor det private området. Knophs maksime om at bruk som er av privat karakter må være innenfor «den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps, eller omgangsbånd skaper», kan fortsatt tillegges vekt.²³

3.2 Nærhet og umiddelbarhet

I norsk rett opereres det med en grense for hvilke handlinger som kan regnes som en selvstendig tilgjengeliggjøring av åndsverk. Som det er uttalt i forarbeidene til åvl. § 2, kan «ikke enhver handling som øker eller bidrar til allmennhetens tilgang til åndsverk [...] anses som en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling.»²⁴ Forarbeidene viser til Smarkort-dommen i Rt. 1995 s. 35.

Høyesterett tok i Rt. 1995 s. 35 stilling til om salg av piratsmarkort var en «fremføring» av åndsverk. Tiltalte hadde solgt smartkort som gjorde det mulig for kjøperne å ta inn TV-sendinger de ikke abonnerte på. TV-sendingene var kodet slik at det kun var abonnentene som kunne se de, men smartkortet gjorde det mulig å dekode sendingene, slik at de kunne sees uten abonnement.

Høyesterett kom til at å selge piratsmarkort ikke var en «fremføring» av filmene som ble vist på TV. Høyesterett uttalte at:

*«Domfelte har nok ved salget av «smarkortene» gjort det mulig for kjøperne å skaffe seg tilgang til å se filmene, men jeg finner det anstrengt å si at han ved salget - som for øvrig i tid ligger forut for sendingen av filmene - selv har fremført dem.»*²⁵

²² Rognstad (2009) s. 182

²³ Knoph (1936) s. 89, Rognstad (2009) s. 188

²⁴ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 23

²⁵ Rt. 1995 s. 35 avs. 17

Utsagnet tyder på at det ble vektlagt at salget skjer i tid før filmsendingene, og av den grunn kunne det ikke sies at det var tiltalte som fremførte filmene. Tiltalte ble frifunnet til tross for at det var tiltalte som faktisk gjorde det mulig å få adgang til filmene.

I forarbeidenes henvisning til Smartkort-dommen blir det oppstilt et krav om at det må «*være en viss nærhet mellom handlingen og allmennhetens tilgang til verket*».²⁶ I Napster.no-dommen ble det oppstilt et krav om at allmennheten må få «*en noenlunde umiddelbar tilgang til verket*».²⁷

3.3 Grensen til medvirkning

Dersom en handling faller utenfor rekkevidden av en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling, kan handlingen likevel være medvirkning til tilgjengeliggjøring. Tidligere var det strafferettslige medvirkningsansvaret nedfelt i åndsverkloven § 54 tredje ledd, mens det i dag følger av den generelle medvirkningsregelen i lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff § 15. Erstatningsrettslig medvirkningsansvar var tidligere lovfestet i åvl. § 55 jf. § 54 tredje ledd, mens det i dag følger av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.²⁸

I Napster.no-saken i Rt. 2005 s. 41 ble tiltalte dømt for medvirkning til tilgjengeliggjøring. Tiltalte drev nettsiden napster.no. Brukerne av nettsiden kunne legge ut internettadressen til musikkfiler, og det ville automatisk bli opprettet en lenke til musikkfilen på nettsiden. Dersom det ikke skjedde automatisk, gjorde tiltalte det manuelt. Brukerne kunne klikke på lenkene som var opprettet, og fikk da valget mellom å avspille musikk umiddelbart eller å laste ned musikkfilene. Det var også mulig å søke etter musikk på nettsiden for å finne bestemt musikk. Det var ikke omtvistet at de som lastet opp musikkfilene tilgjengeliggjorde verk til allmennheten.

Spørsmålet i saken var om utleggelsen av lenkene på nettsiden var tilgjengeliggjøring jf. åvl. § 2. Høyesterett tok ikke stilling til om det var en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling.

²⁶ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 23

²⁷ Rt. 2005 s. 41 avs. 43

²⁸ Prop. 104 L (2016-2017) s. 279

Tidligere var det derfor usikkert om lenking falt innenfor eller utenfor begrepet «tilgjengeliggjøring». Rognstad har tatt til ordet for at det var sterke holdepunkter for at lenking falt utenfor fremføringsretten.²⁹

Saken ble løst på det subsidiære grunnlaget, hvilket var medvirkning til tilgjengeliggjøring. Det ble sagt at lenkene «forsterket virkningen av opplasternes handlinger ved å øke tilgjengeligheten til musikken».³⁰ Tilsynelatende var det avgjørende at virkningen av andres krenkelser ble forsterket, og ikke at handlingen i seg selv bidro til at andre krenket opphavsretten. Medvirkningen innebar å gjøre det mulig for brukere å finne musikken ved hjelp av lenkene. Det ble også vektlagt at personens formål var å gi andre tilgang til ulovlig tilgjengeliggjorte åndsverk.³¹ Dommen var enstemmig, og er den eneste der Høyesterett har drøftet medvirkningsansvar for tilgjengeliggjøring.

Drift av nettverk der andre har delt filer med åndsverk, var tidligere ansett som medvirkning til tilgjengeliggjøring. Dette har vært oppfatningen i flere land i EU.

I RG 2005 s. 1627 (Direct Connect) fra Oslo tingrett, ble en person dømt for medvirkning til fildeling, fordi han drev flere «huber». Huben fungerte slik at den skapte kontakt mellom brukere, slik at de kunne dele musikkfiler direkte med hverandre gjennom sine datamaskiner. Det ble vektlagt at personen bak spilte en meget aktiv rolle i driften. Det ble også vektlagt at han visste at det ble delt filer mellom brukerne av huben, og at han ønsket at det skulle skje. Retten kom til at driften av hubene var medvirkning til tilgjengeliggjøring. Dette er en tingrettsavgjørelse med begrenset vekt, men rettens resonnement illustrerer hvordan domstolene så på medvirkning.

ThePirateBay-saken fra Svea hovrätt i Sverige, gir også uttrykk for hva som tidligere var ansett som medvirkning.³² I denne saken kom domstolen til at driften av nettsiden The Pirate Bay, var medvirkning til overføring av verk til allmennheten. Nettsiden indekserte og kategoriserte metainformasjon om beskyttede verk, som lå på brukeres datamaskiner. På denne måten kunne andre brukere ved hjelp av denne sorteringen spore opp og laste ned verkene på sine egne pcer.

²⁹ Rognstad (2009) s. 185

³⁰ Rt. 2005 s. 41 avs. 63

³¹ Rt. 2005 s. 42 avs. 67

³² Mål B 4041-09 (Svea hovrätt)

The Pirate Bay var et peer-to-peer-nettverk, som benyttet BitTorrent-programvare. Det vil si at deres brukere kunne laste ned en programvare som kunne lage torrentfiler, for så å legge ut torrentfilene på The Pirate Bay. Denne typen fildeling medfører at det tar kort tid å laste ned filer. Fragmenterte deler av filen blir nedlastet fra flere forskjellige datamaskiner, samtidig som en laster opp de fragmenterte delene til andre. Til slutt er hele filen nedlastet på egen pc. De fleste filene som lå ute på The Pirate Bay, var beskyttede verk som var tilgjengelig uten samtykke fra opphavsmannen. Administratorene av nettsiden laget indekser og kategoriserte filene, slik at brukerne kunne spore opp de verkene de ønsket å finne.

Domstolen konstaterte at selv om tjenesten ikke var en nødvendig forutsetning for de enkelte brudd på opphavsretten, gjorde tjenesten det enklere og raskere for brukerne å overføre verk til allmennheten gjennom fildeling.³³ På denne måten fremmet administratorene krenkelser av opphavsretten, og derfor ble de dømt for medvirkning til krenkelse.

De tre ovennevnte sakene viser at en kunne bli dømt for medvirkning, dersom en tilrettela for at andre overførte verk ulovlig til allmennheten. Vektlagte momenter var forsettet om at andre skulle overføre verk ulovlig, og at de gjorde det enklere for andre å gjennomføre overføringen. I saken om The Pirate Bay var det ikke et tema om administratorene gjorde en selvstendig krenkelse, og retten gikk direkte til spørsmålet om medvirkningsansvar. Dette tilsier at selvstendig krenkelse var utelukket.

³³ Mål B 4041-09 (Svea hovrätt) s. 24

4 «Communication to the public» i opphavsrettsdirektivet art. 3.1

4.1 Innledning

I forrige kapittel ble det gjort rede for norsk rett. Spørsmålet som må stilles er om tolkning av begrepet «communication to the public» i direktivets art. 3.1 innebærer en endring for norsk rett. Dersom det innebærer en endring, må det fastlegges hva denne endringen består i.

4.2 Ordlyd og kontekst

Ordlyden i opphavsrettsdirektivet artikkel 3.1 lyder som følger:

«Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit 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 of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.»

Det følger av ordlyden at medlemslandene skal sikre opphavsmannen enerett til «communication to the public». En ordlydstolkning av «communication» kan være å kommunisere eller meddele andre noe. Dersom det ses i sammenheng med direktivets virkeområde som er den digitale konteksten, tilsier det overføring av digital informasjon.³⁴ Dette kan være samtaler, fildeling, streaming eller andre måter for digital overføring. En ordlydstolkning av «public» tilsier at noe er allment tilgjengelig for alle mennesker.

Det følger av dommen SGAE at begrepet «communication to the public» må leses inn i den konteksten den står i, og forstås på bakgrunn av direktivets formål.³⁵ I direktivets 23. formålsbetraktning er denne retten presisert. Det følger av 23. og 24. betraktning at retten til

³⁴ Opphavsrettsdirektivet art. 1

³⁵ C-306/05 SGAE avs. 34

«communication to the public» bør forstås i bred forstand, og omfatte all overføring for et publikum som ikke er til stede ved tilgjengeliggjørings opprinnelsessted. Det blir også presisert at retten skal omfatte all sending eller videresending enten i tråd eller trådløs form. Dette tilsier en bred tilnærming til hva som er en overføring til allmennheten. Det følger av siste punktum i 23. og 24. formålsbetraktningen at begrepet ikke omfatter andre handlinger enn det som er nevnt i direktivet. Det betyr at dersom noe blir fremvist direkte for et publikum, uten at det skjer gjennom et elektronisk middel, faller det utenfor begrepet.

Det følger av art. 3.3 at opphavsmannen skal samtykke ved hver enkelt overføring.

4.3 Formål

Formålet med direktivet er å oppnå et fritt indre marked, og å harmonisere EØS-landenes lovgivning tilknyttet opphavsretten i informasjonssamfunnet.³⁶ EU-domstolen har understreket betydningen av et harmonisert regelverk i flere avgjørelser.

Direktivet skal ivareta en rimelig balanse mellom opphavsmenns intellektuelle eiendomsrett, ytringsfriheten og allmennhetens interesser.³⁷ For opphavsmenn er det viktig å få økonomisk kompensasjon, og å kunne bestemme over egne verk. Å sikre opphavsmannen et sterkt vern bidrar til å vedlikeholde kreativiteten, og det er ønsket at dette skal føre til investeringer, nyskaping og økonomisk vekst.³⁸ På motsatt side står ytringsfriheten og allmennhetens interesse i å kunne bruke åndsverk.³⁹ Ytringsfriheten er ansett som svært viktig, og er blant annet sikret i den europeiske menneskerettskonvensjon art. 10 og Lov 17 mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov § 100. Allmennheten har en interesse i et velfungerende digitalt marked, uten for mange begrensninger.

4.4 Andre konvensjoner

³⁶ Opphavsrettsdirektivet 1. formålsbetraktning

³⁷ Opphavsrettsdirektivet 3. formålsbetraktning

³⁸ Opphavsrettsdirektivet 9. og 4. formålsbetraktning

³⁹ Opphavsrettsdirektivet 3. formålsbetraktning

Opphavsrettsdirektivet må tolkes i lys av internasjonal rett.⁴⁰ Direktivet bygger på Bernkonvensjonen og WCT⁴¹ som er en særavtale under Bernkonvensjonen. Opphavsrettsdirektivet har til formål å gjennomføre noen av de internasjonale forpliktelsene som følger av WCT innenfor EØS.⁴² Eneretten til «communication to the public» ble først nedfelt i Bernkonvensjonen art. 11 bis. Deretter kom WCT som supplerte Bernkonvensjonen. I WCT art. 8 som omhandler «communication to the public», blir begrepet «making available» introdusert første gang. Dersom verk gjøres tilgjengelig for de personer som utgjør allmennheten, er dette tilstrekkelig for å omfattes av ordlyden "communication to the public" i WCT art. 8.⁴³

4.5 Oppsummering

Etter en tolkning av direktivets bestemmelser, fremstår det som innholdet i direktivet og åndsverkloven § 2 fjerde ledd i det vesentlige har samme innhold. Dette er naturlig ettersom den norske bestemmelsen er en oversettelse av direktivets art. 3.1. Eventuelle forskjeller i reglenes innhold, følger av hvordan norske domstoler og EU-domstolen har tolket dem. Dette er temaet i de følgende kapitler.

⁴⁰ C-306/05 SGAE avs. 35

⁴¹ WIPO Copyright Treaty

⁴² Opphavsrettsdirektivet 15. formålsbetraktning

⁴³ C-306/05 SGAE avs. 43

5 “Communication to the public” i lys av EU-domstolens nyere praksis

5.1 Innledning

Det kan reises spørsmål om hvilke andre hensyn og momenter en skal ta med i vurderingen av om noe er «communication to the public», enn det som følger av tolkning av direktivteksten i seg selv.

Domstolen har en dynamisk tolkning av EU-retten. I tillegg til å tolke skreven rett, prøver den også å finne den uskrevne retten. Domstolen prøver aktivt å utvikle EU-retten.⁴⁴ Nye tjenester blir bedømt etter de eldre bestemmelsene. EU-domstolen har utviklet opphavsretten i sine avgjørelser, og tilpasset reglene dagens informasjonsteknologi. Det betyr at det er de nyeste dommene som best gir uttrykk for retten i dag. I kapittel 5.2 gjennomgås nyere praksis fra EU-domstolen som har betydning for dagens forståelse av overføringsbegrepet i norsk rett. I kapittel 5.3 går jeg grundigere inn i domstolens kriterier for avgrensning.

Praksis fra EU-domstolen viser at ordlyden i direktivet teller mindre som rettskildefaktor sammenlignet med norsk rett. EU-domstolen vektlegger direktivets formål og kontekst ved tolkning av bestemmelsene.⁴⁵ Det er slått fast at direktivet gjelder for all overføring til allmennheten,⁴⁶ og at det ikke er anledning til å gi opphavsmenn bedre beskyttelse enn det som følger av direktivet.⁴⁷

5.2 Nyere praksis fra EU-domstolen

5.2.1 Sak C-466/12 «Svensson»

⁴⁴ Sejerstad (2011) s. 54-55

⁴⁵ C-306/05 SGAE avs. 34

⁴⁶ C-306/05 SGAE avs. 30

⁴⁷ C-466/12 Svensson avs. 41

Den 13. februar 2014 avsa domstolen en prejudisiell avgjørelse om hva art. 3.1 omfatter. Spørsmålet i saken var hvorvidt det å lenke til en annen nettside, der avisartikler lå fritt tilgjengelig, var «communication to the public» etter art. 3.1.

Sakens parter var fire journalister (herunder Svensson) mot Retriever Sverige. Journalistene hadde hatt saker publisert på nettavisen til Göteborgs-Posten. Artiklene lå fritt tilgjengelig for alle brukere av Internett. Retriever Sverige driver en nettside som etter kundenes behov tilbyr lister med klikkbare lenker til artikler som er utgitt på andre nettsider. Journalistene fremmet krav om erstatning for at Retriever Sverige hadde tilgjengeliggjort deres verk ved å lenke til nettsiden. Retriever Sverige mente at det ikke var tilgjengeliggjøring, siden de kun hadde angitt hvor kundene kunne finne verk de var interesserte i.

Domstolen drøftet om lenkene var «communication to the public», og uttalte:

«... the provision on a site of a clickable link to a protected work published and freely accessible on another site has the effect of making that work available to users of the first site and that it therefore constitutes a communication to the public. However, since there is no new public, the authorisation of the copyright holders is in any event not required for such a communication to the public. »⁴⁸

De som fikk tilgang til verket ved å klikke på lenkene, hadde allerede tilgang, fordi verkene lå fritt tilgjengelig på Internett. Dermed var publikummet alle brukere av Internett. Dette medførte at det ikke var overført verk til en «new public», noe som ble avgjørende for sakens utfall. Dersom det derimot hadde vært begrenset tilgang til verkene, ville saken stilt seg annerledes, for da ville et nytt publikum fått tilgang.

Domstolen mente også at det ikke hadde noen betydning om det fremstod for brukerne at de ble flyttet til en ny nettside eller ikke. Å lenke til verkene i denne saken var ikke «communication to the public» etter art. 3.1, fordi verkene ikke ble formidlet til en «new public».

⁴⁸ C-466/12 Svensson avs. 30

5.2.2 Sak C-160/15 «GS Media»

Den 8. september 2016 avsa EU-domstolen en prejudisiell avgjørelse om forståelsen av art. 3.1. Spørsmålet EU-domstolen ble bedt om å ta stilling til var om det å lenke til bilder som lå åpent tilgjengelig på en annen nettside uten samtykke fra opphavsmannen, var «communication to the public» etter art. 3.1.

Partene i saken var GS Media, som administrerer nettstedet GeenStijl, og Sanoma, som publiserer magasinet Playboy. Sanoma saksøkte GS Media på bakgrunn av at GeenStijl hadde lenket til bilder på et australsk nettsted, som var publisert uten samtykke av Sanoma. Sanoma hadde rettighetene til bildene, som skulle bli publisert i Playboy i en senere utgave. GeenStijl publiserte en artikkel med et utsnitt av et av bildene, og informasjon om at flere bilder befant seg på det australske nettstedet, med en lenke til siden. Til tross for at Sanoma ba GeenStijl fjerne lenken, la GeenStijl ut totalt tre artikler med lenker til forskjellige nettsider der bildene fantes.

Domstolen oppstiller et skille mellom vanlige internettbrukere, og internettbrukere med profittformål. For personer som lenker uten profittformål uttalte domstolen:

«Indeed, such a person, by making that work available to the public by providing other internet users with direct access to it [...] 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.»⁴⁹

Domstolen mente det skal presumeres at de som handler uten profittformål ikke har kunnskap om det de lenker til er lovlig eller ulovlig tilgjengeliggjort, og derfor faller utenfor begrepet «communication to the public». Domstolen åpner likevel for at slike personer kan komme innunder begrepet «communication to the public» i enkelte tilfeller. Det er en krenkelse dersom slike personer får kunnskap om at verk er lagt ut på Internett uten tillatelse av opphavsmannen, og likevel fortsetter å lenke.

Saken stiller seg annerledes for de som lenker med profittformål. Domstolen uttalte:

⁴⁹ C-160/15 GS Media avs. 48

«... it can be expected that the person who posted such a link carries out the necessary checks to ensure that the work concerned is not illegally published on the website to which those hyperlinks lead, so that it must be presumed that that posting has occurred with the full knowledge of the protected nature of that work and the possible lack of consent to publication on the internet by the copyright holder. »⁵⁰

Dersom de med profittformål ikke kan tilbakevise presumsjonen om kunnskap, er det «communication to the public» etter art. 3.1.

EU-domstolen kom til at GeenStijl har lenket med profittformål, og at de hadde kunnskap om at dette var lenker til ulovlig utlagte verk. Lenkingen til filene som lå åpent tilgjengelig på andre nettsider, ble ansett som «communication to the public» etter direktivets art. 3.1.

5.2.3 Sak C-527/15 «Filmspeler»

EU-domstolen avsa 26. april 2017 en ny prejudisiell avgjørelse om begrepet «communication to the public». Spørsmålet i saken dreide seg om salg av en medieavspiller, var omfattet av eneretten til «communication to the public». I medieavspilleren var det forhåndsinnstallert add-ons med lenker til nettsider som var fritt tilgjengelige på Internett, der åndsverk ble stilt til rådighet uten samtykke fra opphavsmannen.

Sakens parter var Stichting Brein, som er en nederlandsk organisasjon som skal ivareta opphavsmenns interesser, mot Wullems, som solgte medieavspilleren «Filmspeler».

Medieavspilleren fungerte som en forbindelse mellom en lyd og bildesignalkilde, og en TV-skjerm. Det var installert et program som gjorde det mulig å åpne filer, og menystrukturen gjorde det enkelt å starte streamingen fra nettsidene på TV-skjermen. I reklamen for medieavspilleren var det reklamert for at en kunne se materiale som var gjort tilgjengelig uten samtykke. Stichting Brein ville stoppe salget av «Filmspeler».

⁵⁰ C-160/15 GS Media avs. 51

Domstolen drøfter først om en slik medieavspiller skal gå under unntaket i direktivets 27. formålsbetraktning. Unntaket gjelder tilrådighetsstillelse av bare rent fysiske fasiliteter, som ikke skal anses som «communication to the public». Domstolen uttalte:

«That intervention enabling a direct link to be established between websites broadcasting counterfeit works and purchasers of the multimedia player, without which the purchasers would find it difficult to benefit from those protected works, ...»⁵¹

Medieavspilleren kunne derfor ikke gå under unntaket for rent fysiske fasiliteter i 27. formålsbetraktning.

Domstolen mente også at lenker gjennom en slik medieavspiller, måtte behandles likt som lenker på Internettssider. Presumsjonen om at personer som handler med profittformål har kunnskap om at de lenker til ulovlig tilgjengeliggjorte verk ble gjentatt. Det ble konstatert at Wullems handlet med profittformål og at han hadde kunnskap om konsekvensene av sine handlinger, da hans formål med salget var å gi tilgang til ulovlig tilgjengeliggjorte verk.

EU-domstolen kom til at salg av en slik medieavspiller, var omfattet av opphavsmannens enerett til «communication to the public» etter art. 3.1.

5.2.4 Sak C-610/15 «Ziggo»

En nyere avgjørelse fra EU-domstolen angående «communication to the public» ble avsagt 14. juni 2017. Domstolen ble bedt om en prejudisiell avgjørelse av om det var «communication to the public» å administrere nettstedet The Pirate Bay. I denne saken tok domstolen stilling til det samme spørsmålet som var oppe i Svea hovrätt i Sverige.⁵²

⁵¹ C-527/15 Filmspeler avs. 41

⁵² Se kapittel 3.3

Sakens parter var Stichting Brein, mot Ziggo og XS4ALL som er internettleverandører. The Pirate Bay, som var nettsiden saken dreide seg om, var ikke part i saken. Spørsmålet for Nederlands øverste domstol var om nettleverandørene skulle bli pålagt å blokkere tilgangen til The Pirate Bay, fordi en stor andel av deres brukere benyttet The Pirate Bay.

EU-domstolen drøftet om The Pirate Bay utgjorde en krenkelse av opphavsmenns enerett til “communication to the public” og uttalte:

*«... the fact remains that those operators, by making available and managing an online sharing platform such as that at issue in the main proceedings, intervene, with full knowledge of the consequences of their conduct[.] [...] [W]ithout the aforementioned operators making such a platform available and managing it, the works could not be shared by the users or, at the very least, sharing them on the internet would prove to be more complex. »*⁵³

Dermed spilte administratorene «an essential role» i å gjøre verk tilgjengelig. Domstolen drøfter også om The Pirate Bay kunne anses som tilrådighetsstillelse av rent fysiske fasiliteter og dermed gå under unntaket i 27. formålsbetraktning, men utelukket dette.

Domstolen kom til at administratorene av The Pirate Bay krenket eneretten til «communication to the public» i art. 3.1.

5.3 Kriteriene for avgrensning

5.3.1 Innledning

Gjennom den senere tids avgjørelser, har EU-domstolen utviklet enkelte kriterier for at det skal foreligge en overføring. Domstolen har fastslått at begrepet «communication to the public»,

⁵³ C-610/15 Ziggo avs. 36

består av to kumulative kriterier; en «act of communication» og det må være «to a public».⁵⁴ Videre har domstolen uttalt i en rekke ulike saker at i vurderingen av om noe er overføring til allmennheten, må det tas hensyn til flere supplerende kriterier, som skal anvendes individuelt og i samspill med hverandre. Kriteriene kan være til stede i varierende grad i ulike situasjoner.⁵⁵

Det første kriteriet er overførerens uunnværlige rolle.⁵⁶ I dette kriteriet ligger det at brukerne ikke ville hatt tilgang til verket, dersom det ikke hadde vært for overførerens handling. Handlingen er derfor nødvendig for at andre skal få tilgang. I tillegg er overførerens formål eller kunnskap et moment av betydning.⁵⁷ Det taler for at det foreligger en overføring dersom det handles med det formål at allmennheten skal få tilgang til åndsverk. Videre er det et kriterium at overføringen må være til en «public».⁵⁸ Det fjerde kriteriet er at overføringshandlingen må benytte et annet teknisk virkemiddel enn opphavsmannen opprinnelig har gjort. Dersom det samme tekniske virkemiddelet er benyttet, må overføringen være rettet mot «a new public».⁵⁹ Til slutt har domstolen uttalt at det ikke er irrelevant om overføringen skjer med vinningshensikt.⁶⁰

Begrepet «public» innebærer etter EU-domstolens praksis «an indeterminate number of potential viewers and implies, moreover, a fairly large number of people».⁶¹ «An indeterminate number» er noe som er tilgjengelig for alle, og ikke begrenset til bestemte medlemmer av en privat gruppe. Kravet om «fairly large number of people» utelukker grupper som er for små eller ubetydelige. Det avgjørende er den kumulative virkning, altså hvor mange personer som samtidig og etter hverandre har hatt tilgang til verket.⁶²

5.3.2 Fysiske fasiliteter

Retten til «communication to the public» må avgrenses mot det å stille fysiske anlegg til disposisjon for andre. Dette følger av opphavsrettsdirektivets 27. formålsbetraktning:

⁵⁴ C-610/15 Ziggo avs. 24
⁵⁵ C-610/15 Ziggo avs. 25
⁵⁶ C-160/15 GS Media avs. 35
⁵⁷ C-160/15 GS Media avs. 35
⁵⁸ C-160/15 GS Media avs. 36
⁵⁹ C-466/12 Svensson avs. 24
⁶⁰ C-160/15 GS Media avs. 38
⁶¹ C-160/15 GS Media avs. 36
⁶² C-160/15 Reha Training avs. 42-44

«The mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Directive. »

Ordlyden «physical facilities» tilsier at det gjelder gjenstander som fysisk kan brukes. Dette kan typisk være TV-apparater, radio-spiller eller datamaskiner. Multimediet Filmspeler er også et fysisk produkt, som kan passe under ordlyden. Et fysisk anlegg er noe som gjør det mulig å overføre verk ved bruk av tingen. Når det står i bestemmelsen at slike fasiliteter «does not in itself amount to communication», tilsier dette at det kreves noe mer kvalifisert for at det skal anses som en krenkelse, enn kun å stille til rådighet et anlegg som det er mulig å bruke til å få tilgang til verk. Dette åpner for å vurdere hvor denne terskelen ligger.

I SGAE ble det drøftet om utplassering av TV-apparater med signal utgjorde en ren teknisk fasilitet, eller om det var en overføringshandling. Det ble sagt at å plassere slike apparater ikke var et rent teknisk middel for å sikre eller forbedre mottakelsen av den opprinnelige overføringen.⁶³ Dette tyder på at det må være et anlegg som bare forbedrer eller sikrer andres overføringshandlinger, for at det skal gå under unntaket. Grunnen til at unntaket ikke ble anvendt, var at hotellet med full kjennskap til konsekvensene gjorde allmennhetens tilgang til sendingene teknisk mulig.⁶⁴

I Filmspeler forsøkte Wullems å få gjennomslag for at medieavspilleren Filmspeler var et produkt som bare kunne regnes som et fysisk anlegg, som ikke i seg selv utgjorde en overføring til allmennheten. Domstolen avviste at det kun var et fysisk anlegg. Det ble vektlagt at han med fullt kjennskap til konsekvensene gjorde det lettere for kjøperne å finne fram til streamingnettsidene, ved å lede kjøperne inn på disse nettsidene. Uten hans handling ville det vært vanskeligere å finne fram til verkene.⁶⁵ Dette viser at i vurderingen av om noe er bare en teknisk fasilitet, kan en ikke vise hvor verk kan finnes, eller gjøre det lettere for allmennheten å finne fram til de ulovlig utlagte verk.

En annen type fysisk fasilitet er nettverksplattformer. Det ble i dommen om The Pirate Bay, drøftet om denne plattformen kunne være en fysisk fasilitet etter 27. betraktning. Domstolen

⁶³ C-306/05 SGAE avs. 42

⁶⁴ C-306/05 SGAE avs. 46

⁶⁵ C-527/15 Filmspeler avs. 41

vektla at The Pirate Bay indekserte og kategoriserte innholdet, og derfor kunne ikke unntaket anvendes. Dessuten ble det vektlagt at:

«... the platform's operators checking to ensure that a work has been placed in the appropriate category. In addition, those operators delete obsolete or faulty torrent files and actively filter some content. »⁶⁶

Dette tyder på at grensen går ved at det gjøres noe aktivt som å overvåke eller redigere innhold på plattformen. En kan heller ikke lede brukerne til det ulovlige innholdet slik som i Filmspeler og Ziggo. Filmspeler viser at det ikke kan opprettes en direkte forbindelse mellom brukerne og verkene. Et annet element er kunnskapskravet som også kommer fram i Ziggo. Administratorene visste at det var ulovlig innhold på plattformen, og kontrollerte innholdet aktivt. Når de kontrollerte innholdet, men samtidig valgte å la verkene fortsette å være på nettsiden, kunne det ikke være en ren tilrådighetsstillelse. Dommen i SGAE tyder også på at dersom en er det avgjørende leddet for at allmennheten skal få tilgang til bestemte verk, taler dette for at det ikke lenger bare er en fysisk tilrådighetsstillelse.

5.3.3 Nødvendig handling

5.3.3.1 Innledning

I eldre avgjørelser fra EU-domstolen, har det blitt oppstilt et krav om at handlingen må være uunnværlig eller nødvendig for at det skal være «communication to the public». For eksempel ble det uttalt i dommen FAPL at det er «communication to the public» når innehaveren av et offentlig hus gir kunder tilgang til TV-sendinger via TV-skjerm og høyttalere. Det var fordi disse kundene ikke ville hatt tilgang til verkene mens de befant seg på det offentlige stedet, selv om de fysisk var innenfor sendeområdet.⁶⁷ Handlingen var nødvendig og avgjørende for at gjestene skulle kunne se TV-sendingene. SGAE er et lignende tilfelle, da det ikke ville vært mulig for gjestene å se på TV-sendinger, om det ikke hadde vært for overføringene fra hotellets side. Hotellet hadde plassert TVer på hotellrommene og tilført TV-signaler. Gjestene befant seg

⁶⁶ C-610/15 Ziggo avs. 38

⁶⁷ C-403/08 og C-429/08 FAPL avs. 195-196

innenfor sendeområdet for TV-sendingene, men ville ikke hatt tilgang til sendingene, hvis det ikke hadde vært for hotellets handlinger. Generaladvokaten i GS Media mente det fulgte av denne rettspraksis at et vilkår for at noe skal være «communication to the public», er at handlingen må være nødvendig og avgjørende for å oppnå adgang til verkene.⁶⁸

5.3.3.2 Hvor nødvendig må handlingen være?

Etter de nyeste avgjørelsene kan det reises spørsmål om hvor nødvendig handlingen egentlig må være for at allmennheten skal få tilgang til verket.

Som generaladvokaten i GS Media skriver, gjør plassering av lenker det enklere å finne fram til andre nettsted, og de beskyttede verkene som finnes der.⁶⁹ Verkene som ligger åpent på en annen nettside er allerede fritt tilgjengelig for allmennheten. Det er klart at det å legge ut et verk på Internett uten samtykke fra opphavsmannen er i kjernen av hva som er «communication to the public» etter art. 3.1. Det foreligger derfor allerede en krenkelse av eneretten. I Svensson ble det fastslått at når noe er lagt ut uten begrensninger på Internett har alle internettbrukere tilgang. Lenkene er ikke nødvendig eller avgjørende for om allmennheten skal ha tilgang eller ikke.

Når det lenkes til nettsidene, gjøres verkene lettere å finne. Det kan være anstrengt å kalle det tilrådighetsstillelse for allmennheten, når verkene allerede finnes fritt tilgjengelig et annet sted, og det heller ikke er nødvendig å gå gjennom lenken for å finne dem. Samtidig kan lenker øke antall mennesker som faktisk benytter seg av tilgangen de allerede har, og kan medføre at flere mennesker blir klar over at de har tilgang til verkene.

I GS Media går domstolen bort fra å se på handlingens nødvendighet, men erstatter dette med å vektlegge GS Media sin kunnskap om at de lenket til sider der verk var publisert ulovlig og GS Medias motiver ved å lenke til sidene.

I Filmspeler videreførte domstolen sine synspunkter fra GS Media. I Filmspeler forelå det allerede en selvstendig overføring av verk i strid med art. 3.1 fra de som drev streamingnettsidene. Mange av streamingnettsidene som Filmspeler ga tilgang til, var det mulig

⁶⁸ Generaladvokat Wathelet forslag til avgjørelse i C-160/15 GS Media avs. 57

⁶⁹ Generaladvokat Wathelet forslag til avgjørelse i C-160/15 GS Media avs. 54

å komme til uten bruk av Filmspeler. Det ble sagt at streamingnettstedene var vanskelige å finne av allmennheten og at de ofte skiftet adresse.⁷⁰ Bruk av Filmspeler gjorde det lettere for allmennheten å få tilgang til verkene, og derfor mente domstolen at Filmspeler ga direkte adgang til verkene. Domstolen valgte å se bort fra om handlingen var nødvendig for tilgang eller ikke. Det synes som det i stedet ble vektlagt at Wullems formål var å gi slik tilgang, og at han hadde et profittmotiv.

Filmspeler var ikke vesentlig for at sluttbrukerne skulle få tilgang til verk, men likevel anså domstolen det som «communication to the public» etter art. 3.1.⁷¹

Et moment generaladvokaten trakk fram er at Filmspeler ga en fordel til de internettbrukere som ikke hadde mye erfaring med å finne ulovlige sider.⁷² Generaladvokaten uttalte også at denne del av allmennheten kanskje foretrakk å bruke en medieavspiller som Filmspeler, fordi den var lettere å bruke enn å søke fram til nettsidene selv. Dette argument ble ikke gjentatt av domstolen. Dersom det i fremtiden skal vektlegges hva enkelte deler av allmennheten foretrekker å bruke som fremgangsmåte for å finne åndsverk, vil det slik jeg ser det, være å trekke kriteriet «nødvendig» veldig langt, og ligge langt utenfor den vanlige forståelsen av ordet.

I Ziggo ble den vide tolkningen av hva som var nødvendig videreført. I denne saken var det teknisk mulig å finne filene på pcene som ble delt mellom brukerne av The Pirate Bay. Det ble uttalt at:

«... without the aforementioned operators making such a platform available and managing it, the works could not be shared by the users or, at the very least, sharing them on the internet would prove to be more complex. »⁷²

Dette utsagnet bekrefter at det er nok for å oppfylle kriteriet at det blir mer komplekst å dele verkene uten tilgjengeliggjøringshandlingen, og at rollen til overføreren ikke trenger å være helt avgjørende.

⁷⁰ C-527/15 Filmspeler avs. 41

⁷¹ C-527/15 Filmspeler avs. 42

⁷² C-610/15 Ziggo avs. 36

Avgjørelsene viser at det ikke kreves like mye som tidligere, for at en handling skal anses som «nødvendig» for tilgang. Praksisen tilsier at grensen ligger ved om handlingen gjør det enklere å dele. Dersom det er vanskeligere å dele uten handlingen, er dette tilstrekkelig for å si at det er en tilrådighetsstillelse. Det er etter dette ikke lenger en betingelse at det er ens egen handling som gir allmennheten tilgang til verkene.

5.3.3.3 Grensen mot opplysninger

I de fire presenterte dommene ble verk gjort lettere å finne ved tilgjengeliggjøringshandlingene. I saken om GS Media, som gjaldt lenker, går domstolen et skritt videre fra sin tidligere rettspraksis. Det foreligger allerede en krenkelse av overføringsretten, og handlingen består kun i å henvise til hvor dette ligger. Filmspeler viser brukerne hvor de kan finne streamingnettsider, mens The Pirate Bay deler informasjon om steder der verk kan finnes på brukernes datamaskiner.

Dommene gir grunn til å vurdere hvorvidt eneretten til «communication to the public» innebærer at en ikke kan informere allmennheten om hvor ulovlig tilgjengeliggjorte verk befinner seg. I teorien har det forut for disse avgjørelsene vært diskutert om lenking kunne sammenlignes med en henvisning eller fotnote.⁷³ Som Torvund har skrevet er:

«Den eneste praktiske forskjellen mellom å få en URL som ren tekst og som en lenke [...] at man slipper å skrive eller kopiere URLen inn i adressefeltet for å sende en forespørsel.»⁷⁴

Høyesterett kommenterte synspunktet i Napster.no-saken, men som det er redegjort for i kapittel 3.3 tok ikke Høyesterett stilling til dette. Ved å klikke på en lenke, flyttes den som klikker til en ny nettside. Det er ikke stor praktisk forskjell på å skrive nettadressen (URL) i nettleseren, og det å klikke på en lenke som fører til samme side. En skrevet URL er det samme som en opplysning om hvor på Internett en nettside befinner seg. Det er lett å kopiere en URL og lime den inn i nettleseren. Dermed er det bare en bagatellmessig forskjell på å opplyse på en nettside om hvor verket kan finnes, og å legge ut en lenke.

⁷³ Se feks. Torvund (2008) s. 432, Rognstad (2004) s. 354 og Bing (2008) s. 103-104

⁷⁴ Torvund (2008) s. 420

Et spørsmål som kan reises er om det også er ulovlig å opplyse om URLen til nettsider som deler verk ulovlig. Som Høyesterett uttalte i Napster.no-saken, kreves det en god begrunnelse for at det ene skal være lovlig, og det andre ikke.⁷⁵

Før avgjørelsen i Ziggo var det mulig å anta at det bare gjelder for lenkene at å henvise til sider der andres verk kan finnes, er en krenkelse. I Ziggo ble de samme argumentene brukt som i GS Media og Filmspeler. The Pirate Bay delte kun informasjon om verk som fantes på brukernes datamaskiner, og det var ikke åndsverk som lå på nettsiden. Dette tilsier at det gjelder generelt for retten til «communication to the public», at en ikke kan hjelpe andre å finne verk som allerede er tilgjengelige.

Et motargument er hensynet til ytringsfriheten og informasjonsfriheten. Internett fungerer i dag som et av de aller viktigste stedene der folk kan ytre seg eller dele informasjon. Dersom en er på utkikk etter spesiell informasjon på Internett, er en stort sett avhengig av å finne lenker til nettsidene der denne informasjonen befinner seg. Dette er viktig for at Internett skal fungere. Dersom det ikke skal være lov å dele informasjon om lokasjonen av verk, er dette et inngrep i ytringsfriheten. Rettspraksis gir grunn til å stille spørsmål ved dette, men per i dag er spørsmålet vanskelig å besvare med noen grad av sikkerhet.

5.3.4 New Public

5.3.4.1 Innledning

Dersom en overføring skjer ved hjelp av samme tekniske virkemidler og til det samme publikummet som opphavsmannen har godkjent for overføring, faller det utenfor begrepet «communication to the public» etter avgjørelsen i Svensson. En overføring kan også skje med samme tekniske virkemidler som opphavsmannen benytter, men til et publikum som faller utenfor det publikum opphavsmannen tok i betraktning. Det er dette som har blitt kalt «a new public» i domstolens avgjørelser. Det er derfor avgjørende å finne ut hvilket publikum opphavsmannen tok i betraktning da han samtykket til overføring av sitt åndsverk.

⁷⁵ Rt. 2005 s.41 avs. 54

5.3.4.2 Hva er «a new public»?

Spørsmålet om verk var overført til «a new public», ble først diskutert i dommen SGAE. Domstolen utledet kriteriet fra Bernkonvensjonen art. 11 bis nr. 1 og 2 og veiledningen til Bernkonvensjonen. Det fulgte av Bernkonvensjonen at opphavsmannen kun har tatt i betraktning de direkte brukerne, som har egne mottagerapparater og mottar programmene i privat sammenheng, når han gir sitt samtykke til overføring.⁷⁶ Ettersom hotellet i SGAE var et offentlig sted, hadde ikke opphavsmannen tatt dette publikummet med i betraktningen da han samtykket til TV-sendingene. Hotellgjestene ville ikke hatt tilgang til verkene, hvis ikke hotellet hadde installert TV og signal på rommene. Hotellgjestene var derfor et nytt publikum.

I Svensson var spørsmålet hvilket publikum opphavsmannen hadde regnet med da han publiserte verk på nettavisen. Ettersom det ikke var noen adgangsrestriksjoner på de artiklene som var lagt ut, konkluderte domstolen med at opphavsmannen måtte regne med alle internettbrukere som publikum. Alle internettbrukere hadde direkte tilgang til artiklene, da de kunne ha gått inn på nettsiden der artiklene lå. Det var derfor ikke en overføring til et nytt publikum å lenke til nettsiden der verket lå, fordi dette publikum allerede hadde adgang uten lenken. Dersom det derimot hadde eksistert restriksjoner på nettsiden for å begrense allmennhetens tilgang til verket, ville alle andre enn de som var gitt denne tilgangen vært et nytt publikum. Det ble også sagt at det samme gjelder dersom verket først er gjort fritt tilgjengelig, men det senere blir begrenset til et mindre publikum.

Det kan reises innvendinger mot at opphavsmannen tar i betraktning alle internettbrukere, uansett hva slags side et verk blir tilgjengeliggjort på. Dersom et verk blir tilgjengeliggjort på en nettside som er åpen, men som er svært vanskelig tilgjengelig for alle internettbrukere å oppdage, er det usikkert om opphavsmenn faktisk tar alle internettbrukere med i betraktning når de tilgjengeliggjør sitt verk. Dette kan for eksempel være hvis noe er plassert på et sosialt medie, som krever den riktige lenken, eller en helt presis søking på Internett for å finne fram til.⁷⁷ Selv om innvendingen kan reises, tilsier EU-domstolens avgjørelser i Svensson og GS Media, at en objektiv standard skal legges til grunn, og at alle internettbrukere skal omfattes.⁷⁸

⁷⁶ C-306/05 SGAE avs. 40 og 41

⁷⁷ Johnsen (2016) s. 153

⁷⁸ C-160/15 GS Media avs. 42, C-466/12 Svensson avs. 27

I FAPL uttalte domstolen at det publikummet opphavsmannen har tatt i betraktning når de samtykker til TV-sendinger, er de som eier en TV; «...either personally or within their own private or family circles...»⁷⁹ Dette utsagnet tilsier at opphavsmenn må ta i betraktning den innerste sosiale sirkelen til de som på lovlig måte har skaffet seg adgang til verk. Det er derfor ikke «a new public» dersom verk blir tilgjengeliggjort for denne personkretsen.⁸⁰

Avgjørelsene tyder på at det er overføring til «a new public» når verk gjøres tilgjengelig for publikum på en måte opphavsmannen ikke har godkjent, men at det må avgrenses mot opphavsmannens nærmeste.

Et spørsmål som er reist er om new public-kriteriet er i strid med direktivets art. 3.3, som sier at overføring til allmennheten ikke kan konsumeres.⁸¹ Dette er et spørsmål domstolene må ta stilling til, men jeg finner ikke rom for å utdype dette nærmere innenfor rammen av avhandlingen.

5.3.4.3 New public-kriteriets relevans

Videre kan det stilles spørsmål om når det er relevant å undersøke om det er tilgjengeliggjøring for «a new public». Domstolens rettspraksis er varierende. I enkelte avgjørelser blir new public-kriteriet drøftet, mens i andre avgjørelser anses det som unødvendig.

Det følger av 23. formålsbetraktning til direktivet at opphavsmannens enerett overføring av verk på alle mulige overføringsmåter. Dersom opphavsmannen har samtykket til overføring av verket ved hjelp av ett bestemt teknisk virkemiddel, er det kun via dette tekniske virkemiddelet det foreligger samtykke. I sak C-607/11 «ITV Broadcasting» var det snakk om overføring via en TV-sending, og overføring via Internett, som rettet seg mot samme publikum. Ettersom Internettsending og TV-sending er to forskjellige tekniske virkemidler, måtte opphavsmannen samtykke til begge overføringene individuelt. Opphavsmannen hadde kun samtykket til TV-sending, og ikke til Internettsending. Da det ikke forelå samtykke til Internettsending, kom domstolen til at det ikke var relevant å drøfte om det var foretatt til «a new public» eller ikke.⁸²

⁷⁹ C-403/08 og C-429/08 FAPL avs. 198

⁸⁰ Karapapa (2017) s. 77

⁸¹ Prop.104 L (2016-2017) s. 31

⁸² C-607/11 ITV Broadcasting avs. 39

Dette tyder på at samtykke til den første overføringen er avgjørende, for om det i det hele tatt skal drøftes om det er overført til «a new public».

I sakene om GS Media og Filmspeler ble det konstatert at det var overføring uten samtykke, men likevel drøfter domstolen om det er til «a new public». Dette kan tyde på at denne vurderingen skal tas uansett om det foreligger samtykke eller ikke. I motsatt retning trekker følgende uttalelse i Filmspeler; «using specific technical means, different from those previously used or, failing that, to a ‘new public’ ». ⁸³ Dette trekker i retning av at det kun skal undersøkes om det er til et nytt publikum ved bruk av samme teknikk. ⁸⁴

I Ziggo ble det også drøftet om det var overføring til «a new public». Domstolen kom til at ettersom det meste av det som lå ute på The Pirate Bay var lagt ut uten samtykke, og administratorene hadde kunnskap om og reklamerte for dette, var det en overføring til «a new public». ⁸⁵ Det kan synes som et nytt moment er trukket inn i «new public»-vurderingene i Ziggo, GS Media og Filmspeler; nemlig administratorenes kunnskap og formål. Når dette er nevnt i drøftelsene av om det er til et nytt publikum, fremstår det ut som et argument for at det er overføring til et «a new public». Dette fremstår som en sammenblanding av de ulike kriteriene.

Tidligere var det klart at det skulle vurderes om det var et nytt publikum som hadde fått tilgang, som rettighetshaverne ikke hadde tatt høyde for da de valgte å overføre verket første gang. I tillegg var det mye som tydet på at kriteriet ikke behøvdtes å drøftes dersom det ikke forelå et samtykke til den første overføringen. Domstolens drøftelser av new public-kriteriet i de tre sistnevnte avgjørelsene, tilsier at kriteriet må drøftes, uansett om det foreligger samtykke til den første overføringen eller ikke.

Avgjørelsen i sak C-265/16 VCAST som ble avsagt 29. november 2017, trekker i motsatt retning. I denne avgjørelsen gjorde et selskap opptak av TV-sendinger og gjorde de tilgjengelige for allmennheten på Internett. Som følge av at det var tale om to forskjellige typer sendinger, måtte opphavsmannen ha samtykket til overføringen på Internett. Ettersom det ikke var gjort

⁸³ C-527/15 Filmspeler avs. 33

⁸⁴ Schönning (2017) s. 253

⁸⁵ C-610/15 Ziggo avs. 44 og 45

viste domstolen til ITV Broadcasting, og uttalte at det ikke var nødvendig å undersøke om sendingene var til «a new public».⁸⁶

Forskjellen på sakene i ITV Broadcasting og VCAST på den ene siden, og GS Media, Filmspeler og Ziggo på den andre er for det første at det faktisk forelå et samtykke til en overføring i de førstnevnte sakene. Ved å overføre disse sendingene med et nytt teknisk virkemiddel som det ikke var samtykket til, var det en primærkrenkelse. I de tre andre sakene var det noen andre som hadde gjort primærkrenkelsen, men de ble dømt for å tilgjengeliggjøre verk for flere, som kan sies å være en sekundærkrenkelse. En annen forskjell på sakene er at de førstnevnte sakene dreide seg om TV-sendinger som ble gjort tilgjengelig på Internett, mens de andre sakene dreide seg om andre type overføringer. Dette kan tilsi at drøftelsene av new public-kriteriet kan være forskjellig ut i fra hva slags type overføringer det er snakk om. Det er vanskelig å si noe sikkert ut i fra den sprikende praksis som foreligger i dag.

5.3.4.4 Kommersiell utnyttelse av andres åndsverk

Et annet spørsmål som kan reises angående new public-kriteriet er om det er lovlig å utnytte verk kommersielt ved lenker.

Det følger nå av Svensson at det ikke er «communication to the public» å lenke til en nettside der opphavsmannen har lagt ut egne verk, fordi det ikke er noen overføring til et nytt publikum som opphavsmannen ikke tok i betraktning.⁸⁷

Samtidig følger det av både Svensson og Bestwater International at framinglenker, skal bedømmes likt som hyperlenkene.⁸⁸ Hyperlenker er vanlige lenker, der en blir flyttet til en ny nettside ved å klikke på dem. Ved framinglenker fremstår det som om for eksempel et bilde ligger på den nettsiden publikum besøker, mens bildet egentlig ligger på et annet nettsted. Framinglenken til bildet gjør at det fremstår som bildet ligger på den første nettsiden.

Dommene tyder på at det er fullt lovlig å ha en nettside som består av framinglenker til andre nettsider. Dette resulterer i at det kan skapes stor trafikk til egen nettside, ved å vise fram andres verk gjennom framinglenker. Når det er mulig å se bilder og videoer på nettsiden gjennom

⁸⁶ C-265/16 VCAST avs. 49 og 50

⁸⁷ C-466/12 Svensson avs. 30

⁸⁸ C-466/12 Svensson avs. 29 og C-348/13 BestWater International avs. 19

lenkene, trenger ikke publikum å flytte seg til den nettsiden der verkene faktisk ligger. Dette kan medføre at sidene der opphavsmannen har lagt ut egne verk får mindre trafikk. Mindre trafikk kan føre til mindre annonseinntekter for opphavsmannen, mens større trafikk for sidene med framinglenker gjør at disse kan tjene mer penger.⁸⁹ Det ser ut som det i dag er helt lovlig å utnytte andres verk gjennom slik lenking. Hvis opphavsmenn skal unngå dette, kan en løsning være å sette adgangsrestriksjoner på sidene der de legger ut egne verk. Dette medfører at opphavsmenn har valget mellom enten å gi allmennheten tilgang og godta at andre utnytter deres verk gjennom framinglenker, eller å ikke gi allmennheten tilgang i det hele tatt.⁹⁰

Etter min oppfatning er det en så stor forskjell på utnyttelsesmulighetene ved hyperlenking og framinglenking, at det ikke bør behandles likt.

5.3.5 Profittformål

5.3.5.1 Betydningen av konteksten rundt tilgjengeliggjøringen

Presumsjonen om kunnskap for de med profittformål som ble oppstilt i GS Media og deretter bekreftet i Filmspeler, tilsier at et eventuelt profittformål kan få avgjørende betydning i saker om lenking. Det kan også se ut som profittformål ble vektlagt i Ziggo, som gjaldt drift av nettsted. Et spørsmål som reiser seg i kjølvannet av disse avgjørelsene, er hva som ligger i profittformål. Er det nok med annonseinntekter, eller kreves det noe mer kvalifisert?⁹¹

EU-domstolen har ikke i noen av de tre nevnte sakene sagt noe konkret om hva som ligger i begrepet profittformål, eller hvor grensene for dette går. Det kan stilles spørsmål om hvor knyttet tilgjengeliggjøringshandlingen må være til profittformålet. En kan enten vektlegge konteksten rundt handlingen, eller om det tjenes penger på den konkrete tilgjengeliggjøringshandlingen.⁹²

I dommen FAPL ble konteksten rundt tilgjengeliggjøringshandlingen vektlagt. Her ble det uttalt:

⁸⁹ Leistner (2017) s. 137

⁹⁰ Leistner (2017) s. 137

⁹¹ Se Rognstad (2016) avs. 6

⁹² Rosati (2017) s. 740, Myrmel (2017) avsnitt 31

«...it is indisputable that the proprietor transmits the broadcast works in his public house in order to benefit therefrom and that that transmission is liable to attract customers to whom the works transmitted are of interest. Consequently, the transmission in question has an effect upon the number of people going to that establishment and, ultimately, on its financial results. It follows that the communication to the public in question is of a profit-making nature. »⁹³

I sak C-135/10 «SCF» fra 2012 var det spørsmål om avspilling av musikk hos en tannlege var skjedd med profittformål. Domstolen kom til at det ikke var profittformål, fordi tannlegen ikke hadde mulighet til å få flere kunder eller øke prisen fordi det ble avspilt musikk, og derfor påvirket det ikke tannlegens inntekt.⁹⁴ Her ble tilgjengeliggjøringshandlingen ansett å ligge for langt unna profittformålet. Dette gir inntrykk av at tilgjengeliggjøringshandlingen må være nært knyttet til profittformålet.

I andre avgjørelser har domstolen videreført forståelsen av profittformål fra FAPL, altså noe som følger av konteksten. Det har blitt lagt til grunn at blant annet rehabiliteringssenter, hotell og mediehus er drevet med profittformål.⁹⁵ I Reha Training ble argumentene fra FAPL gjentatt; det er profittformål dersom det kan dras en økonomisk fordel av sendingene, som økt attraktivitet og flere besøkende.⁹⁶

Det kan stilles spørsmål ved om domstolen ville kommet til samme resultat i SCF i dag. Det er mulig å se Reha Training som et prejudikat, som trer i stedet for SCF.⁹⁷ Saken ligner på Reha Training fra 2016, der det ble vist TV på venteværelsene. Ingen av kundene kommer primært for å nyte åndsverk, men det kan bedre totalopplevelsen av stedene. Det kan således være et moment av betydning for om besøkende trives eller ikke. Samtidig er det usikkert i hvor stor grad kunder velger vekk et behandlingstilbud eller en tannlege, dersom stedene ikke hadde spilt av åndsverk.

⁹³ C-403/08 og C-429/08 FAPL avs. 205 og 206

⁹⁴ C-135/10 SCF avs. 98

⁹⁵ Se C-117/15 Reha Training, C-306/05 SGAE og C-160-15 GS Media

⁹⁶ C-117/15 Reha Training avs. 51 og Rosati (2017) s. 740

⁹⁷ Schönning (2017) s. 249

Sakene viser at det blir anlagt en bred tilnærming til hva som er profittformål. Som Rosati har påpekt, ser det ut til at den kommersielle konteksten rundt handlingen og at handlingene kan tiltrekke seg kunder, ser ut til å være det avgjørende.⁹⁸ Tilsynelatende er det ikke nødvendig å tjene penger direkte fra overføringshandlingen.

Filmspeler er et eksempel på at den direkte fortjenesten knyttet til overføringshandlingen ble vektlagt. I Filmspeler ble det konstatert at det var profittformål, fordi kjøperne betalte for å få en direkte adgang til verkene.⁹⁹ I denne saken var lenken mellom tilgjengeliggjøringshandlingen, og profittformålet mer tydelig, fordi Wullems tjente penger på hvert enkelt salg av medieavspilleren, og det var salget av medieavspilleren som utgjorde tilgjengeliggjøringshandlingen. Allikevel utelukker ikke denne dommen at det også kan ses hen til konteksten rundt handlingene.

Etter avgjørelsen i GS Media, har kunnskapspresumsjonen for de som handler med profittformål blitt brukt i flere nasjonale avgjørelser i andre EU-land. Disse avgjørelsene viser hva som er blitt vektlagt i enkeltsaker. I en svensk tingrettsavgjørelse kom retten til at en lenke til en Youtube-video, var postet med profittformål, fordi «L'avenir» som postet lenken var en nyhetsside.¹⁰⁰ Også i en tysk avgjørelse fra distriktsdomstolen i Hamburg kom domstolen til at en lenke var postet med profittformål, fordi det ble solgt undervisningsmateriale på samme nettside som lenken, selv om lenken ikke hadde noe med salget å gjøre.¹⁰¹ I en tjekkisk tingrettsavgjørelse kom domstolen til at det ikke var lenket med profittformål, fordi det ikke fantes annonser på nettsiden.¹⁰² I en avgjørelse fra England ble det også konstatert at tilgjengeliggjøringshandlingen var gjort med profittformål, på grunn av annonseinntekter.¹⁰³

Det kan vurderes om frivillige organisasjoner skal gå under begrepet profittformål.¹⁰⁴

Slike organisasjoner vil ikke ha profitt som formål. På den annen side kan de ha mange ansatte, og vil ikke opptre som enkeltpersoner på Internett, noe som kan tale for å likestille de med de

⁹⁸ Rosati (2017) s. 740

⁹⁹ C-527/15 Filmspeler avs. 51

¹⁰⁰ Mål FT 11052-15 Attunda Tingsrätt, Sverige

¹⁰¹ Sak 310 O 402/16 Landgericht Hamburg, Tyskland

¹⁰² Sak 33 T 54/2016 Praha Tingrett, Tjekkia

¹⁰³ Sak HC-2017-000458 The High Court of Justice, England

¹⁰⁴ Synodinou (2017) s. 736

med profittformål. Den brede konteksten som er blitt anlagt for profittformål, tilsier at frivillige organisasjoner er omfattet. Imidlertid er det usikker hva domstolen vil komme til.

Disse nasjonale avgjørelsene viser at i andre land er oppfatningen at det er tilstrekkelig med annonseinntekter i konteksten rundt tilgjengeliggjøringshandlingen. Den tyske saken er et eksempel på at det ikke krevdes noen sterk tilknytning mellom inntekter, og tilgjengeliggjøringshandlingen. Videre avklaringer fra EU-domstolen er nødvendig.

5.3.5.2 Grense nedad mot ubetydelige beløp

En problemstilling som kan reises er om det finnes en grense mot ubetydelig beløp som tjenes. Skal det anses som å handle med profittformål fra den første kronen som tjenes, eller kan det avgrenses mot små beløp?

I Ziggo, ble det konstatert profittformål, fordi nettsiden genererte annonseinntekter.¹⁰⁵ Dersom det er tilstrekkelig for at det skal bli ansett som å drive med profittformål at en får annonseinntekter, fører det til at flere enn de rent kommersielle selskaper blir ansett å drive for profitt. Det er flere som driver nettsider på hobbybasis, som kan tjene noen kroner sporadisk på annonseinntekter. Det er også mulig å drive en nettside med det formål å tjene penger på den, uten at det foreløpig er tjent én krone.

Et eksempel er at det kan startes en blogg, og den drives som hobby. Dersom bloggen får mange lesere, kan det etter hvert bli mulig å tjene på annonseinntekter. I starten kan det dreie seg om en tusenlapp i året, mens de største bloggerne kan tjene millioner.¹⁰⁶ Dersom det kun tjenes noen hundrelapper i året, kan det sies å være bagatellmessig. Begrunnelsen for at vanlige internettbrukere ikke skal være underlagt en kunnskapspresumsjon er at de ikke har store forutsetninger for å undersøke om det foreligger samtykke.¹⁰⁷ De som driver en tjeneste med minimale inntekter har ofte ikke større forutsetninger enn vanlige internettbrukere til å undersøke dette.

¹⁰⁵ C-610/15 Ziggo avs. 46

¹⁰⁶ Se feks. <https://www.dn.no/etterBors/2017/08/10/1357/Medier/blogget-inn-35-millioner> (21.05.2018)

¹⁰⁷ C-160/15 GS Media avs. 46

Det kan virke urimelig å si at disse driver bloggen med profittformål, og ilegge dem en presumsjon om kunnskap og undersøkelsesplikt. Dette er et spørsmål EU-domstolen må avklare. Det lege ferenda kan det hevdes at det skal være en viss terskel for hvor mye det kan tjenes, for at det skal anses som profittformål.

5.3.6 Kunnskapskriteriet

5.3.6.1 Innledning

Domstolen har nevnt kunnskapselementet i sine avgjørelser siden saken SGAE. Det har vært vektlagt at personer har handlet «in full knowledge of the consequences of its action».¹⁰⁸ Samtidig har det ikke virket som domstolen har lagt avgjørende vekt på kriteriet tidligere. En utvikling i de nyere avgjørelsene er at overtrederens kunnskap og formål vektlegges mer enn tidligere. Etter de nyeste avgjørelsene virker det som det må tas med en vurdering av overtrederens kunnskap om hva han gjør, i vurderingen av om det i det hele tatt har skjedd en overføringshandling.

Kunnskapspresumsjonen ble tydelig oppstilt i GS Media og Filmspeler, som gjaldt lenker. Selv om Filmspeler omhandlet noe annet enn å lenke på en nettside, gjaldt det en form for lenker. Dette tyder på at i alle tilfeller der det er snakk om lenker, skal presumsjonen oppstilles.

Dette gir grunn til å vurdere hvor aktsomhetsterskelen ligger. Videre kan det også stilles spørsmål om en slik presumsjon kun skal gjelde for lenkene, eller om det skal gjelde generelt for overføringsbegrepet

Med tanke på hva som er rimelig å forvente av enkeltpersoner, kan det tenkes at graden av profesjonalitet og hvor høy inntekten er, påvirker hvor strengt aktsomhetskravet er.

5.3.6.2 Kan det oppstilles en kunnskapspresumsjon utenfor lenkene?

Et spørsmål som må reises er hvorvidt det foreligger en presumsjon om kunnskap utenfor lenketilfellene, slik at undersøkelsesplikten gjelder generelt når overføreren har profittformål.

¹⁰⁸ C-306/05 SGAE avs. 42

Generaladvokaten i Ziggo mente en slik formodning om kunnskap ved profittformål ikke ville passe på et tilfelle som The Pirate Bay, fordi det ville pålegge administratorene en generell overvåkningsforpliktelse av det innhold som lå på siden.¹⁰⁹ Generaladvokaten mente krenkelsene bare kunne regnes fra det tidspunktet administratorene fikk konkret kunnskap om opphavsrettskrenkelses, og ikke handlet for å hindre dette.¹¹⁰ Domstolen nevner ikke generaladvokatens argumentasjon i sin avgjørelse, og unnlot å si noe konkret om presumsjonen kunne brukes.

Når domstolen ikke sa noe konkret om kunnskapspresumsjonen, kan det tilsi at kunnskapspresumsjonen ikke kan oppstilles i andre tilfeller en ved lenker. På den annen side kan domstolens begrunnelse tyde på at presumsjonen skal oppstilles. Domstolen satt profittformålet i sammenheng med handlingene. Dette kan tyde på at domstolen har presumsjonen fra GS Media i tankene.¹¹¹ Rosati mener domstolen antyder at når plattformen er drevet av profittformål, må det forventes at de foretar undersøkelser. Det som underbygger hennes synspunkt, er at Ziggo konsekvent henviser til Filmspeler som kilde når den uttalte seg om retten, og Filmspeler støttet opp om presumsjonen i GS Media.¹¹²

I den tidligere nevnte engelske avgjørelsen ble det brukt en slik presumsjon om kunnskap mot noen som tilbød strømming av verk.¹¹³ Saken viser at det er mulig å oppstille en kunnskapspresumsjon utenfor lenketilfellene.¹¹⁴ Samtidig kan det tenkes at ved enkelte former for overføring er det umulig å ikke vite om det som overføres er lovlig eller ikke, og at det ikke gir så mye mening i å oppstille en slik presumsjon. Det er foreløpig usikkert om en slik presumsjon, og medfølgende undersøkelsesplikt skal oppstilles utenfor lenkene.

5.3.6.3 Vanlige borgere uten profittformål

For vanlige borgere uten profittformål, skal det presumeres at den som lenker ikke vet om verk som ligger fritt tilgjengelig på en annen nettside er lagt ut med eller uten samtykke.¹¹⁵ Likevel må det vurderes individuelt om den enkelte person hadde grunn til å vite at den lenket til noe

¹⁰⁹ Generaladvokat Szpunar forslag til avgjørelse i sak C-610/15 Ziggo avs. 52

¹¹⁰ Generaladvokat Szpunar forslag til avgjørelse i sak C-610/15 Ziggo avs. 51

¹¹¹ Rosati (2017) s. 743

¹¹² Rosati (2017) s. 744

¹¹³ Sak HC-2017-000458 The High Court of Justice, England

¹¹⁴ Groom (2017a) s. 635

¹¹⁵ C-160/15 GS Media avs. 48

ulovlig. En kan derfor spørre om hva som skal til for ikke lenger å være i aktsom god tro, som vanlig borger.

Sakene GS Media, Filmspeler og Ziggo omhandlet aktører som ble ansett å ha profittformål. I GS Media ga domstolen likevel noen uttalelser om hva som skal gjelde for personer uten profittformål. Et moment som er vektlagt i GS Media er at lenker bidrar til et velfungerende Internett.¹¹⁶ Det ser ut som dette er med på å heve terskelen for aktsomhetskravet.

Et eksempel fra domstolen på at slike personer burde hatt kunnskap er at de er blitt meddelt dette fra opphavsmannen.¹¹⁷ Dersom personen får et varsel om at noe den lenker til, eller på annen måte overfører ikke er lovlig tilgjengeliggjort, kan dette fjerne den gode troen. Etter et slikt varsel kan det forventes det foretas noen undersøkelser for å finne ut av lovligheten.

Det kan vurderes hvorvidt det skal stilles krav til et slikt varsel, eller om alle varsler fjerner den gode troen. I den nevnte tsjekkiske saken hadde de som lenket blitt varslet av The Anti-Piracy Union, om at de lenket til verk uten samtykke.¹¹⁸ Likevel ble de som lenket frifunnet, fordi unionen ikke representerte de som hadde rettighetene til verket. Dette synes som et veldig strengt krav til hva slags varsler som skal tas på alvor. Etter å ha blitt varslet av en seriøs organisasjon, er det usikkert hvorvidt den gode tro er intakt.

I tilfeller der det virker åpenbart at opphavsmannen ikke har samtykket til at allmennheten skal ha tilgang, vil en ikke være i aktsom god tro. Det kan være at det gis mulighet for å omgå foranstaltninger som er der for å begrense tilgangen på en annen nettside.¹¹⁹ Et annet eksempel på et åpenbart tilfelle er lenking til en side der en film som akkurat har hatt kinopremiere, er ulovlig offentliggjort.¹²⁰

Momentene viser at terskelen skal være høy, og at det kanskje bare er i de mer åpenbare tilfeller at privatpersoner kan sies å handle uaktsomt, og komme i ansvar.

¹¹⁶ C-160/15 GS Media avs. 45

¹¹⁷ C-160/15 GS Media avs. 49

¹¹⁸ Sak 33 T 54/2016 Praha Tingrett, Tjekkia

¹¹⁹ C-160/15 GS Media avs. 50

¹²⁰ Myrmel (2017) avs. 28

5.3.6.4 De med profittformål

Saken stiller seg annerledes for de som har profittformål. Dersom noen handler med profittformål må det oppstilles en presumsjon for at personene vet at de lenker til beskyttede verk som er utlagt ulovlig. Det blir forventet av slike personer at de foretar en kontroll for å forsikre seg om at verkene er lagt ut lovlig.¹²¹ Dette gir grunnlag for en problemstilling om hva undersøkelsesplikten innebærer, og hvor terskelen ligger for å kunne sies å være i aktsom god tro.

I sakene om GS Media, Filmspeler og Ziggo mente domstolen at personene faktisk visste at det de overførte var tilgjengeliggjort ulovlig. Domstolen ga derfor ikke mange retningslinjer for hva den anser som nok til å motbevise presumsjonen. Dette kan potensielt føre til store nasjonale forskjeller for hva som kreves av undersøkelser.

Det er hensynet til opphavsmannens økonomiske interesser som begrunner undersøkelsesplikten. Opphavsretten skal fungere preventivt, og hindre andre å begå krenkelser. Dette hensynet tilsier at det må bli gjort seriøse undersøkelser.

Et moment i vurderingen er likevel at det skal være mulig å motbevise denne presumsjonen. Hvis det skal være mulig, kan ikke terskelen være for høy.

Når det er forventet at de foretar en undersøkelse, er det uaktsomt å ikke foreta denne undersøkelsen. Det forventes at de har den kunnskapen som følger av en slik undersøkelse.¹²² Dersom undersøkelsen avdekker at verk ikke er lovlig tilgjengeliggjort, er det uaktsomt å overføre et slikt verk.

Dersom opphavsmannen er kjent, må det kunne forventes at de spør om verk er lovlig tilgjengeliggjort. Om opphavsmannen ikke svarer, kan det bli svært vanskelig å finne ut av. Det kan være flere grunner til at opphavsmannen ikke svarer. Han kan for eksempel ikke ha mottatt henvendelsen. En annen mulighet er at opphavsmannen ikke har noen stor interesse i å nekte personen å overføre verket. Uansett hva som er bakgrunnen taler hensynet til ytringsfriheten for at det skal være lov å overføre verk i slike tilfeller.

¹²¹ C-160/15 GS Media avs. 51

¹²² Manshaus (2016) avs. 24

I det tilfellet der opphavsmannen er helt ukjent, eller det ikke er mulig å finne kontaktinformasjon, er det ikke mulig å finne ut av lovligheten ved en normal undersøkelse. Domstolen vektla i GS Media, at det var vanskelig for vanlige borgere å undersøke lovligheten av verk andre har tilgjengeliggjort.¹²³ Selv om det er lettere for de med profittformål å undersøke dette, er likevel et moment som kan vektlegges hvor vanskelig det er å få avklart lovligheten. En for streng undersøkelsesplikt kan føre til at mange ikke tør å dele ting på Internett. Det er svært uheldig for samfunnet, siden det rammer Internettets funksjon, og dermed ytrings- og informasjonsfriheten. Dette hensynet tilsier at det ikke kan kreves alt for kostnadskrevende og omfattende undersøkelser for å finne opphavsmannen.

I Svensson ble det sagt at når det kommer til lenker som gir mulighet for å omgå begrensninger opphavsmannen har satt på tilgang til verk, er lenkingen til et nytt publikum, som opphavsmannen ikke har tatt i betraktning. Dette er også tilfellet der et verk tidligere var fritt tilgjengelig, men det senere er kommet adgangsbegrensninger for allmennheten.¹²⁴ Det vil si at dersom opphavsmannen først har samtykket til tilgjengeliggjøring, kan han senere trekke dette tilbake, eller legge det bak betalingsmur eller lignende. Dette tilsier at det foreligger en plikt til å holde seg oppdatert på sider det lenkes til. Ved lenker blir en ikke varslet når innholdet på den andre siden endrer seg. Det kan derfor være en krevende plikt å overholde, fordi en ikke har noe kontroll over innholdet på den siden det lenkes til.

Et annet eksempel der undersøkelsesplikten kan bli utfordrende, er dersom det først er lenket til en annen side med et innhold som er lovlig lagt ut. Senere kan den nettsiden det lenkes til legge ut noe ulovlig på den samme siden. I dette tilfellet får heller ikke den som lenker til den andre siden, varslinger om dette. En streng undersøkelsesplikt krever at lenkeren til enhver tid er oppdatert på hva som befinner seg på de andre nettsidene.

Flere forretningsmodeller i dag baserer seg på at det enten automatisk genereres lenker til andre sider, eller at deres brukere legger ut slike lenker. Dersom disse er pålagt å undersøke hver enkelt lenke som blir lagt ut, kan kostnadene medføre at det blir vanskelig å drive slike plattformer.¹²⁵ Rognstad mener at kunnskapspresumsjonen ikke passer på søkemotorer med

¹²³ C-160/15 GS Media avs. 46

¹²⁴ C-466/12 Svensson avs. 31

¹²⁵ Leistner (2017) s. 142

automatisk genererte lenker, fordi søkemotorene ikke vil vite om nettsidene den gjennom søker har ulovlig utlagt materiale.¹²⁶

På den annen siden uttalte domstolen at The Pirate Bay «could not be unaware» at plattformen gir adgang til beskyttede verk, offentliggjort uten tillatelse.¹²⁷ Domstolen begrunnet det med at en meget stor andel av torrentfilene var ulovlig materiale. Det er uklart om det krevdes kunnskap generelt om at siden deres ble brukt til å dele ulovlig innhold, eller om det krevdes kunnskap om hvert enkelt verk som ble tilgjengeliggjort. Dersom det ble forventet at de hadde kunnskap om hvert enkelt verk som ble delt, blir plikten omfattende. Det krever mye ressurser å gå igjennom alt plattformers brukere legger ut. Her deles verk uten at administratorene gjør konkrete handlinger med verket, eller har mulighet til å påvirke tidspunktet. Dersom det er en krenkelse med én gang et verk er delt, krever dette at administratorene til enhver tid er pålogget og overvåker hva som blir delt på plattformen.

Det er også usikkert om det skal pålegges en så omfattende forpliktelse på alle som driver plattformer der brukerne kan dele. I så fall vil alle plattformer som bygger på at deres brukere deler innhold med hverandre få et enormt ansvar. På samme måte som ved søkemotorer kan ikke de som driver slike nettsider vite hva som blir delt, før verkene faktisk blir delt. Det lege ferenda kan det hevdes at det i slike tilfeller gis en tidsmargin før det kan sies at noen har kunnskap om krenkelser.

Det kan innebære store økonomiske konsekvenser for bedriftene dersom de må bruke mye tid og penger på å undersøke om opphavsmannen har samtykket. Dette kan særlig ramme mindre bedrifter og enkeltmannsforetak.

En annen side av saken er reglene som følger av e-handeldirektivet.¹²⁸ Direktivet gjelder ansvarsfritak for visse informasjonstjenester. Det følger av direktivets art. 15 at medlemsstatene ikke har ønsket en generell overvåkningsforpliktelse for de som leverer tjenester som er omhandlet i direktivet. Selv om tjenestene som drøftes i denne sammenheng ikke er omfattet av dette direktivet, kan bestemmelsen i direktivet tilsi at terskelen for hva som er forventet av undersøkelser og overvåkning ikke bør være for høy.

¹²⁶ Rognstad (2016) avs. 7

¹²⁷ C-610/15 Ziggo avs. 45

¹²⁸ Dir. 2000/31/EF

Det kan stilles spørsmål om hvordan en streng undersøkelsesplikt står seg mot aktsomhetskravet i norsk rett. Dette er det imidlertid ikke rom for å gå dypere inn i, i denne avhandlingen.

Hensynet til bedriftenes økonomiske forutsetninger, samt yringsfriheten tilsier at det ikke kan forventes alt for omfattende undersøkelser fra bedriftenes side. Grensene for undersøkelsesplikten, kan ikke fastlegges med sikkerhet.

6 Konsekvenser for norsk rett

6.1 Innledning

Utviklingen i EU-domstolen vil få konsekvenser for norsk rett. Noen endringer har allerede vist seg i det norske rettssystemet. Et eksempel på dette er Follo tingretts vurderinger i en nylig avgjørelse, som henviser til Filmspeler, samt EU-domstolens praksis i vurderingen av hva som er en primærkrenkelse og hva som er medvirkning.

6.2 Kan kravet om tidsmessig nærhet og umiddelbarhet opprettholdes?

I norsk rett har det i lang tid vært et krav om tidsmessig og umiddelbar nærhet mellom handling og tilgang til åndsverk.¹²⁹ Et spørsmål som må reises etter de nyeste dommene fra EU, er om kravet i norsk rett kan opprettholdes.

I Ziggo oppsummerer domstolen sin tidligere praksis og uttalte;

*«It can therefore be inferred from this case-law that, as a rule, any act by which a user, with full knowledge of the relevant facts, provides its clients with access to protected works is liable to constitute an ‘act of communication’...»*¹³⁰

Etter denne uttalelsen kan det stilles spørsmål ved om enhver handling («any act») en gjør som gir allmennheten tilgang til verk er omfattet av eneretten.

Det blir sagt i Svensson at når det lenkes til verk på Internett, vil dette være å gi direkte tilgang til åndsverk.¹³¹ Artikkel 3.1 gir opphavsmannen enerett til å gi allmennheten tilgang som kan benyttes til det tidspunkt og sted personer selv ønsker. Ved å klikke på en lenke, forflyttes en

¹²⁹ Se kapittel 3.2

¹³⁰ C-610/15 Ziggo avs. 34

¹³¹ C-466/12 Svensson avs. 18

umiddelbart til den nettsiden lenken er til, og en får direkte tilgang. Bruk av Internett innebærer i stor grad å klikke på lenker, og det vil derfor ikke være noen barrierer for å klikke. At lenker er omfattet av eneretten, vil derfor ikke være i konflikt med kravet om tidsmessig og umiddelbar nærhet.

Når det gjelder kjøp av en medieavspiller som Filmspeler, er dette et fysisk produkt, som krever en del andre handlinger før det blir gitt tilgang til verk. Domstolen mente salg av denne medieavspilleren måtte behandles likt som sakene om lenking, uten å gi noen nærmere begrunnelse for hvorfor det må behandles likt. Videre mente domstolen at salget ga direkte tilgang til verk. Medieavspilleren inneholdt riktignok lenker, men domstolen reflekterte ikke over den store forskjellen fra å klikke på lenker på Internett, sammenlignet med å kjøpe en slik medieavspiller, som krever en TV å benytte den på, i tillegg til at en klarer å koble den opp mot Tven. Ved å klikke på en lenke på Internett tar det under ett sekund å komme til siden der verket ligger. Tidsmessig ligger salg av en slik medieavspiller langt unna tidspunktet kjøperne har verket foran seg. Det kreves flere handlinger av de som kjøper verket, for at de skal få tilgang til verket. Det kan derfor ikke sies at kjøperne får noen umiddelbar tilgang. Det krever vesentlig mer av kjøperne for å få tilgang, enn det som kreves når det klikkes på en lenke på Internett, eller når TVen slås på, på et hotellrom.

Den krenkende handlingen i Ziggo, var å administrere nettstedet The Pirate Bay. For at det i det hele tatt skulle bli tale om noen krenkelse av opphavsrett, krevdes det at nettsidens brukere lastet ned et program for å gjøre om filer til BitTorrent. I tillegg krevdes det at de valgte å laste opp informasjon på nettsiden The Pirate Bay, som gjorde det mulig for andre å finne filen. Til slutt krevdes det at andre brukere på nettsiden valgte å laste ned filen. Når Pirate Bay la til rette for at denne plattformens brukere kunne dele filer med hverandre, forelå det ikke en krenkelse på forhånd. I Filmspeler måtte flere betingelser være oppfylt sammenlignet med GS Media for at det skulle foreligge en krenkelse. I Ziggo går domstolen et skritt videre, og enda flere betingelser måtte være oppfylt før det kunne bli krenkelse her.

Dersom en sammenligner Filmspeler og Smartkort-dommen, kan det se ut som det nesten er den samme handlingen; salg av et fysisk produkt som skulle brukes på TVen for å få tilgang til verk. Når domstolen kom til at denne handlingen i Filmspeler var omfattet av eneretten, vil

dette tale for at Høyesteretts avgjørelse i Smartkort-dommen ikke lenger kan vektlegges. Avgjørelsen i Ziggo understøtter dette.

6.3 Bemerkninger om medvirkningsansvaret

Det har i norsk rett vært antatt at å drive fildelingstjenester har vært medvirkning til brukernes tilgjengeliggjøring av verk, og at fildelingstjenesten ikke i seg selv innebar en krenkelse av opphavsretten.¹³² Saken The Pirate Bay fra Svea Hovrätt er et eksempel på at fildelingstjenesten ikke utgjorde en selvstendig krenkelse av opphavsretten. I Ziggo kom imidlertid EU-domstolen til at tjenestene var omfattet av begrepet «communication to the public». Etter dette må fildelingstjenester være omfattet av overføringsretten, og det kan ikke lenger anses som medvirkning. Det som tidligere var ansett som tilrettelegging for primærkrenkelser, uten å være en primærkrenkelse i seg selv, har blitt til primærkrenkelser.

Etterlatt inntrykk er at EU-domstolen har tøyd grensene for primærkrenkelser, til å omfatte det man tradisjonelt har sett på som medvirkning. Dette kan være på bakgrunn av at medvirkningsansvaret ikke er harmonisert i EU.¹³³ Når grensene for hva som er medvirkning har flyttet seg, åpner det for en vurdering av hva som er medvirkning til overføring i dag.

Erstatningsrettslig medvirkningsansvar kan utløses av følgende vurderingsmomenter; formålet bak aktiviteten til medvirker, graden av aktivitet fra medvirker og hvor omfattende medvirkningsbidraget er.¹³⁴ Det følger av forarbeidene til ny åndsverklov at:

«ikke ethvert bidrag til eller annen delaktighet i en overtredelseshandling kvalifiserer til medvirkningsansvar [...] For at medvirkningsansvar skal inntre, kreves det at den aktuelle opptreden kan karakteriseres som rettstridig.»¹³⁵

Ved erstatningsrettslig medvirkning til overføring må de ulike interessene som står på spill avveies mot hverandre. På den ene siden er hensynet til å beskytte opphavsmannens interesser,

¹³² Wilhelmsen (2017) s. 135

¹³³ Se feks. Clark (2017) s. 277 og Groom (2017b) s. 594

¹³⁴ Wilhelmsen (2017) s. 136

¹³⁵ Prop.104 L (2016-2017) s. 346

og på den andre siden er samfunnsnyttens medvirkningshandlingen kan ha.¹³⁶ For eksempel kan medvirkningen representere yringsfriheten. Det bør etterstrebes å finne en balansegang mellom de to interessene som står mot hverandre.

Strafferettslig medvirkningsansvar kan følge av et medvirkende årsaksforhold.¹³⁷ Medvirkningen kan være av fysisk eller psykisk art.¹³⁸ I tillegg kan passivitet regnes som medvirkning dersom en har en særlig plikt til inngripen.¹³⁹

Follo tingrett avsa 12.01.2018 en dom (ikke rettskraftig, anket til lagmannsretten), der det ble tatt stilling til om en nettside medvirket til å tilgjengeliggjøre verk for allmennheten.¹⁴⁰ Saken dreide seg om inndragning av et domenenavn på Internett, fordi nettsiden hadde informasjon om tjenesten Popcorn Time, og lenket til sider der en kunne laste ned tjenesten. Spørsmålet i saken var om nettsiden popcorn-time.no medvirket til tilgjengeliggjøring av åndsverk til allmennheten. Før domstolen tok stilling til om nettsiden var medvirkning, vurderte den om tjenesten Popcorn Time utgjorde en selvstendig krenkelse.

Popcorn Time var et dataprogram eller en applikasjon. Programmet gjorde det enkelt for brukere å finne og avspille filmer og TV-serier. Popcorn Time fungerte som BitTorrent-klient, indekseringstjeneste og avspillingsprogram i samme tjeneste. Det var klart at brukerne tilgjengeliggjorde verk for allmennheten ved å bruke tjenesten. Materialet lå ikke på Popcorn Time, men tjenesten fungerte slik at den hentet materiale fra andre steder, og gjorde verk tilgjengelig gjennom tjenesten.

Domstolen sammenlignet saken med Filmspeler, og mente det var klare likhetstrekk. Selv om bruken krevde noen ulike handlinger, gjorde tjenesten det betydelig enklere for personer uten teknisk kyndighet å få tilgang til beskyttet materiale. Tjenesten ble også sammenlignet med The Pirate Bay, og retten mente Popcorn Time hadde betydelig bedre brukervennlighet enn The Pirate Bay.

¹³⁶ Wilhelmsen (2017) s. 136

¹³⁷ Andenæs (2016) s. 329

¹³⁸ Andenæs (2016) s. 328

¹³⁹ Andenæs (2016) s. 332

¹⁴⁰ TFOLL-2017-158053

Retten kom til at tjenesten Popcorn Time var tilgjengeliggjøring for allmennheten, og la avgjørende vekt på hvordan de ulike elementene og koblingene skjedde gjennom Popcorn Time.

Nettsiden popcorn-time.no lenket til andre domener. De andre domenene inneholdt programvaren som kunne lastes ned, men inneholdt ikke programvaren selv. I tillegg inneholdt nettsiden nedlastingsinstruksjoner og nyhetsoppdateringer om Popcorn Time. Retten mente nettsiden gjorde Popcorn Time mer tilgjengelig for nordmenn, siden den la ut norsk innhold i tillegg til at toppdomenet var .no. Det var straffbar medvirkning at nettsiden hadde gjort det enklere for norske brukere å benytte Popcorn Time, og dette forsterket virkningen av hovedgjerningene.

Avgjørelsen viser to forskjellige utviklingstrekk i norsk rett. For det første brukte retten Filmspeler som sammenligningsgrunnlag, når den vurderte om tjenesten Popcorn Time utgjorde en selvstendig tilgjengeliggjøring. Retten mente tjenesten gjorde det, til tross for at det ikke fantes verk som lå på nettsiden. Det va brukerne som delte verk med hverandre, og tjenesten benyttet lenker til andre steder der verk var tilgjengeliggjort. Hadde spørsmålet om en slik tjeneste var en selvstendig overtredelse blitt stilt tidligere, ville retten sannsynligvis kommet til at tjenesten Popcorn Time kun gjorde medvirkningshandlinger.

Et annet utviklingstrekk som kommer fram i dommen, er at når Popcorn Time utgjør en hovedgjerning og ikke medvirkning, vil det være medvirkning å lette tilgangen til tjenesten. Det er usikkert om å lenke til og opplyse om en slik tjeneste slik som popcorn-time.no gjorde, ville ha vært medvirkning tidligere, fordi tidligere ville en slik tjeneste blitt ansett som medvirkning. Dette viser et utvidet område for overføringsrettens periferi som er medvirkning. Det som tidligere ikke var medvirkning, fordi det var for fjernt fra hovedhandlingen, kan i dag bli ansett som medvirkning fordi ansvaret for hovedgjerningen har blitt større.

I sakene for EU-domstolen har det vært tilfeller der noen har bidratt til å tilgjengeliggjøre de faktiske åndsverk. I denne saken er det annerledes, ettersom nettsiden popcorn-time.no bidro til å øke tilgjengeligheten til andre sider, der en kunne laste ned tjenesten som tilgjengeliggjorde verk. Dette utgjør et ekstra mellomledd. Det lå ikke åndsverk på selve sidene det var lenket til, men det var lenket til en programvare som kunne lastes ned for å få tilgang til åndsverk.

Et eksempel på noe som faller utenfor medvirkningsansvaret er internettleverandører. Borgarting lagmannsrett tok stilling til dette i 2010, og kom til at internettleverandørers bidrag er nøytralt og teknisk, og dermed for fjernt til å bli ansett som straffbar medvirkning.¹⁴¹ I ettertid av denne avgjørelsen, har det kommet en ny lovbestemmelse i åvl. § 56c om å vanskeliggjøre tilgang til nettsted der det ulovlig tilgjengeliggjøres verk. Dersom vilkårene i denne bestemmelsen er oppfylt, og retten kommer til at tilgang til nettsted skal blokkeres eller vanskeliggjøres, kan det tenkes at det vil være medvirkning til overføring dersom internettleverandører ikke retter seg etter dette.

Andre mulige former for medvirkning kan tenkes å være å formidle annonser til en nettside som overfører verk ulovlig eller det å annonsere på en slik nettside.¹⁴²

¹⁴¹ RG 2010 s. 171 Borgarting lagmannsrett

¹⁴² Axhamn (2012) s. 37

7 Avsluttende bemerkninger

Grensene for opphavsmannens enerett til «overføring til allmennheten» etter åvl. §2 må fastlegges i samsvar med kriteriene EU-domstolen har oppstilt. Det skal for det første vektlegges om den krenkende handlingen fører til at åndsverket blir lettere tilgjengelig. For det andre skal det vektlegges om overføringen skjer til «a new public», som er et publikum opphavsmannen ikke tok i betraktning da han samtykket til den første overføringen. Konteksten rundt overføringshandlingen kan få avgjørende betydning. Dersom det foreligger en kommersiell kontekst rundt overføringen skal det oppstilles en presumsjon, om at overføreren har kunnskap om at det ikke foreligger samtykke til overføringen. Dersom det ikke kan sies at overføreren handler med profittmotiv, blir presumsjonen den motsatte.

Kriteriene har fått betydning for det tidligere kravet i norsk rett om tidsmessig nærhet og umiddelbarhet mellom overføringshandlingen og allmennhetens tilgang til verk. Dette kravet kan ikke lenger opprettholdes. Det medfører at flere handlinger enn tidligere er en «overføring til allmennheten». Rammene for hva som skal anses som selvstendig tilgjengeliggjøring er blitt utvidet sammenlignet med eldre norsk rett. EU-domstolens kriterier for avgrensning har vært grunnlag for flere problemstillinger, der en del av dem fremdeles står ubesvarte. Det er derfor behov for ytterligere avklaringer fra EU-domstolen før grensene kan fastlegges med sikkerhet.

Det kan hevdes at opphavsmannens overføringsrett generelt sett er styrket etter de nyere avgjørelsene. Når handlinger som bidrar til andres ulovlige overføring utgjør selvstendige krenkelser, blir det lettere for opphavsmenn å hindre ulovlig overføring av deres verk. Dersom verk ikke lenger er fritt tilgjengelige, kan det føre til flere ønsker å betale for åndsverk, og dette vil sikre opphavsmenns økonomiske interesser. En svekkelse av opphavsmannens økonomiske interesser er at framinglenkene skal vurderes likt som hyperlenker, noe som gjør det mulig å for andre å utnytte opphavsmannens verk.

En gruppe som har fått mindre handlefrihet er bedrifter og andre med profittformål. Undersøkelsesplikten som pålegges denne gruppen kan medføre kostnadskrevende undersøkelser. Dette kan medføre et mindre fritt Internett. Når det legges begrensninger på bruk av Internett, kan dette gå ut over ytrings- og informasjonsfriheten.

Dersom plattformer blir underlagt et ansvar for det enkeltpersoner deler på deres kanaler, kan det medføre at de setter opp restriksjoner på plattformene. Enkeltpersoner som benytter ytringsfriheten på kommersielle aktørers plattformer, kan som følge av dette få et mer begrenset handlingsrom. Enkeltpersoner uten profittformål kan fortsatt ferdes på Internett uten å ta spesielle forholdsregler. Dersom opphavsmannen oppdager at privatpersoner overfører åndsverk som andre har tilgjengeliggjort uten hans samtykke, har han selv ansvar for å gi beskjed om at overføringen må stoppes, før det kan sies å foreligge en krenkelse.

Opphavsretten er i utvikling. Lovsaken om ny åndsverklov er ferdig behandlet av Stortinget. Europakommisjonen jobber også med å lage nye regler for et digitalt indre marked i EU.¹⁴³

¹⁴³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market

Litteraturliste

Lover og forarbeider

Norske lover

Lov 17.05.1814	Kongeriket Norges Grunnlov
Lov 12.05.1951 nr. 2	om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)
Lov 27.11.1992 nr. 109	om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
Lov 20.05.2005 nr. 28	om straff (straffeloven)

Norske forarbeider

Ot.prp. nr. 26 (1959-1960)	Om lov om opphavsrett til åndsverk
Ot. Prp. Nr. 46 (2004-2005)	Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
Prop.104 L (2016-2017)	Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)

Direktiver og konvensjoner

EP/Rdir. 2000/31/EF av 8. juni 2000	om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked («Direktivet om elektronisk handel»).
EP/Rdir. 2001/29/EF av 22. mai 2001	om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i

informasjonssamfunnet. [Infosoc-direktivet –
Opphavsrettsdirektivet]

09.09.1886	Bern Convention for the protection of literary and artistic works
20.12.1996	WIPO Copyright Treaty (WCT)
04.11.1950	Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

Norske avgjørelser

Rt. 1995 s. 35	Smartkort	
Rt. 1995 s. 1350		
Rt. 2005 s. 41	Napster.no	
HR-2016-2239-A	Route 66	
RG 2005 s. 1627	Direct Connect	Oslo tingrett
RG 2010 s. 171	Telenor	
TFOLL-2017-158053	Popcorn-time.no	Follo tingrett (ikke rettskraftig)

EU-domstolens avgjørelser

C-306/05	SGAE	ECLI:EU:C:2006:764
C-403/08 og C-429/08	FAPL	ECLI:EU:C:2011:631
C-135/10	SCF	ECLI:EU:C:2012:140
C-607/11	ITV Broadcasting	ECLI:EU:C:2013:147

C-466/12	Svensson and Others	ECLI:EU:C:2014:76
C-348/13	BestWater International	ECLI:EU:C:2014:2315
C-117/15	Reha Training	ECLI:EU:C:2016:379
C-160/15	GS Media	ECLI:EU:C:2016:644
C-527/15	Filmspeler	ECLI:EU:C:2017:300
C-610/15	Ziggo	ECLI:EU:C:2017:456
C-265/16	VCAST	ECLI:EU:C:2017:913

Utenlandske avgjørelser

Sak B 4041-09 Svea hovrätt, Sverige. 17.04.2009

Sak FT 11052-15 Attunda Tingsrätt, Sverige. 13.10.2016

Sak 310 O 402/16 Landgericht Hamburg, Tyskland. 18.11.2016

Sak 33 T 54/2016 Praha Tingrett, Tjekkia. 16.01.2017

Sak HC-2017-000458 The High Court of Justice, England. 13.03.2017

Juridisk teori

Fagbøker

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 6.utg, 2016

Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode: Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2.utg., 2015

Bing, Jon. *Ansvar for ytringer på nett: særlig om formidlerens ansvar*, 2008

Lie, Ragnar. *EU-leksikon*, 2007

Rognstad, Ole-Andreas. *Opphavsrett*, 2009

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad. *EØS-rett*, 3.utg., 2011

Wilhelmsen, Trine-Lise og Birgitte Hagland. *Om erstatningsrett*, 2017

Knoph, Ragnar. *Åndsretten*, 1936

Juridiske artikler

Axhamn, Johan. «Något om ansvar för medhjälp till upphovsrättsintrång – särskilt i onlinemiljö», *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 1.utg., 2012 s. 26-42

Clark, Birgit og Julia Dickenson. «Theseus and the labyrinth? An overview of ‘communication to the public’ under EU copyright law: after Reha Training and GS Media Where are now and where do we go from here?» *European Intellectual Property Review*, 39(5), 2017, s. 265-278

Groom, John. «FAPL relies on quick counter-attacking game as season nears end: Arnold J grants FAPL first ‘live’ blocking order against pirate streaming servers», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 12, Issue 8, 2017a, s. 634–636

Groom, John, Iona Silverman og Birgit Clark. «Still lost in the labyrinth? CJEU rules in Filmspeler that pre-loading a set-top box with links to a pirate site is a communication to the public», *European Intellectual Property Review*, 39(9), 2017b, s. 591-594

Johnsen, Anders Sevel. «Ophavsret på sociale medier», *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2. utg., 2016, s. 147-171

Karapapa, Stavroula. «The requirement for a ‘new public’ in EU copyright law», *European Law Review*, 42(1), s. 63-81

Leistner, Matthias. «Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 12, No.2, 2017b

Manshaus, Halvor. «Presumsjon om kunnskap – lenking på Internett», *Lov&Data*, nr. 128, 2016

Myrmel, Thomas og Torstein Arendt. «Opphavsrett og lenker: et komplisert forhold?», *Lov&Data*, nr. 130, 2017, s. 13-18

Rognstad, Ole-Andreas. «Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av Høyesteretts dom i Napster.no-saken», *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 5. utg., 2004 s. 344-370

Rognstad, Ole-Andreas. «Lenker til ulovlig utlagt materiale – EU-domstolens dom i sak C-16/15 (GS Media)» *Nytt i Privatretten*, 4.utg., 2016

Rosati, Eleonora. «The CJEU Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms» *European Intellectual Property Review*, 39(12), 2017, s. 737-748

Schønning, Peter. «EU-Domstolens praksis om begrepet «overføring til et nyt publikum»» *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 3., utg., 2017, s. 248-256

Synodinou, Tatiana Eleni. «Decoding the Kodi box: to link or not to link?», *European Intellectual Property Review*, 39(12), 2017, s. 733-736

Torvund, Olav. «Enerett til lenking – en keiser uten klær?» *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 5.utg., 2008, s.417-443

Andre kilder

Generaladvokat Wathelet forslag til avgjørelse i sak C-160/15 GS Media
ECLI:EU:C:2016:221

Generaladvokat Campos Sánchez-Bordona forslag til avgjørelse i sak C-527/15 Filmspeler
ECLI:EU:C:2016:938

Generaladvokat Szpunar forslag til avgjørelse i sak C-610/15 Ziggo

ECLI:EU:C:2017:99

Veiledning til Bernkonvensjonen

http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/615/wipo_pub_615.pdf

Blogger som tjener millioner

<https://www.dn.no/etterBors/2017/08/10/1357/Medier/blogget-inn-35-millioner>

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market