

# Lenker til andres materiale på Internett

*En analyse av EU-domstolens behandling av  
lenker på Internett*

Kandidatnummer: 212087

Antall ord: 14901



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2019

# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>2</b>
<b>1 Innledning .....</b>	<b>4</b>
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Avgrensninger .....	5
1.3 Metode .....	6
1.4 Fremstillingen videre .....	7
<b>2 Rettkildebildet .....</b>	<b>8</b>
2.1 Eneretten etter åndsverksloven § 3 .....	8
2.2 Eneretten etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1) .....	10
2.3 Høyesteretts tilnærming i lenkesaker .....	12
2.4 EU-domstolens tilnærming i lenkesaker.....	13
<b>3 Lenking til lovlig opplastet åndsverk .....</b>	<b>15</b>
3.1 Innledning .....	15
3.2 Lenker som «overføringshandlinger».....	15
3.2.1 Nødvendighetskravet.....	18
3.2.2 Fra nødvendig handling til forenklet tilgang.....	19
3.2.3 Indirekte harmonisering av medvirkningsansvaret .....	23
3.3 Overføring til en «ny allmennhet».....	24
3.4 Lenker som omgår tilgangsrestriksjoner .....	27
3.5 Forholdet mellom ulike lenketyper.....	29
3.5.1 Rettighetshaveres beskyttelse mot hentelenker til lovlig publiserte verk. ....	31
3.6 Uavklarte spørsmål tilknyttet «ny allmennhet».....	32
3.6.1 Har rettighetshaver tatt i betraktning alle internettbrukere .....	32
3.6.2 Når skal «ny allmennhet» anvendes i lenkesaker.....	33
3.6.3 Konsumpsjon av overføringsretten .....	35
<b>4 Lenking til ulovlig opplastet åndsverk .....</b>	<b>37</b>
4.1 Innledning .....	37
4.2 EU-domstolens utvikling av kunnskap- og profittkriterier.....	37
4.3 Nærmere om profittkriteriet.....	41
4.4 Nærmere om kunnskapskriteriet.....	42
4.4.1 Lenking uten profittformål .....	42

4.4.2	Lenking med profittformål .....	43
4.5	Søkemotorer.....	45
4.6	Lenking i tilfeller det eksisterer flere opplastninger av samme verk .....	47
4.7	Kritikk av kunnskap- og profittkriteriet.....	48
4.8	Introduksjon av et subjektivt kriterium i en objektiv vurdering .....	50
4.9	Profitt- og kunnskapskriteriet utenfor internett .....	51
<b>5</b>	<b>Avslutning .....</b>	<b>53</b>
	<b>Litteraturliste.....</b>	<b>55</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er spørsmålet om hvordan lenker på internett skal behandles etter åndsverksloven § 3 i kjølvannet av EU-domstolens avgjørelser i lenkesaker tilknyttet opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).

Rent *funksjonelt* utgjør lenker kodende instruksjoner som benyttes til å forespørre filer og dokumenter som er lastet opp på datamaskiner tilknyttet internett, enten ved at brukeren *forflyttes* til nettstedet der materiale finnes, eller ved at materiale *hentes* inn til brukerens nettsted.

Fra et *juridisk perspektiv* må lenkes essensielle rolle i å dele innhold på internett og legge til rette for informasjons- og meningsutveksling, avveies mot rettighetshaveres ideelle og økonomiske interesser i å føre kontroll med utnyttelse av eget åndsverk. Dette har utløst et spenningsforhold mellom rettighetshaveres og internettbrukeres interesser, og aktualisert spørsmålet om hvordan lenker skal bedømmes opphavsrettslig.

I norsk rett er problemstillingen mellom lenker på internett og opphavsrett forankret i åndsverksloven<sup>1</sup> § 3, som gir opphaver<sup>2</sup> enerett til å råde over åndsverket blant annet ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten.

På EU-nivå er eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten regulert av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).<sup>3</sup> Direktivet gir ingen nærmere veiledning for behandling av lenkespørsmålet, og EU-domstolen har gjennom avgjørelser i *Svensson*, *BestWater*, *GS Media*, *Filmspeler*, *Ziggo* og *Renckhoff* kommet med en rekke avklaringer for hvordan lenker skal bedømmes opphavsrettslig.

---

<sup>1</sup> Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverksloven – åvl.)

<sup>2</sup> I fremstillingen vil «rettighetshaver» benyttes som fellesbetegnelse på den som har skapt åndsverket (opphaveren), og den opphavsretten er overdratt til (rettighetshaveren).

<sup>3</sup> Direktiv 2001/29/EF om opphavsrett i informasjonssamfunnet (opphavsrettsdirektivet).

Ettersom lenking har vært tema i flere saker på EU-nivå, vil den nasjonale lovreguleringen komme i bakgrunnen, og spørsmålet må i stedet løses ut fra kriterier angitt av EU-domstolen tilknyttet direktivets artikkel 3 (1).

Utgangspunktet er at det lovlig kan lenkes til verk som er gjort tilgjengelig på internett med rettighetshavers samtykke, forutsatt at lenken ikke omgår *tilgangsrestriksjoner*. Derimot vil lenking til ulovlig publiserte verk innebære en krenkelse av eneretten. Det er imidlertid en forutsetning at lenkeaktøren *visste eller burde vite* at verket det lenkes til var publisert uten rettighetshaveres samtykke, med kunnskapspresumsjon for lenking i profitthensikt.

Selv om rettstilstanden for lenkespørsmålet nå langt på vei er avklart, reiser EU-domstolens avgjørelser nye spørsmål som står uløst. Kriteriene utviklet av domstolen for løsning av lenkespørsmålet er ikke klart definert, og det er uklart hvilke lenkeaktører, lenkehandlinger og lenketyper som omfattes av direktivet. I tillegg kan det reises prinsipielle innvendinger mot EU-domstolens fremgangsmåte i lenkesakene, både hva gjelder tolkning av EU-retten, bruk av tidligere rettspraksis, og frihet til å skape egen rett i forsøk på å sikre harmonisering blant medlemslandene.

Ettersom opphavsretten har utviklet seg fra å være et mer eller mindre nasjonalt anliggende til å bli et europeisk og internasjonalt rettsområde, vil den omdiskuterte EU-praksisen få stor betydning for norsk opphavsrett generelt, og behandling av lenker spesielt.

## 1.2 Avgrensninger

I fremstillingen forutsettes det at lenkene henviser til opphavsrettslig vernede åndsverk. Det faller derfor utenfor oppgavens tema å behandle *verkshøydekravet* i åndsverksloven § 2.

Ettersom temaet for avhandlingen er spørsmålet om lenker utgjør selvstendige tilgjengeliggjøringshandlinger, vil det heller ikke foretas noen omfattende behandling av *medvirkningsansvaret*.

Det må også foretas en avgrensning mot *annen lovgivning* som berører problemstillingen, men som blir for omfattende å behandle inngående i analysen. Dette gjelder opphaveres

ideelle rettigheter i åndsverksloven § 5, sanksjonsbestemmelsene i lovens kapittel 6, ansvarsgrunnlag for næringsdrivende i markedsføringsloven<sup>4</sup> § 25, og begrensning av eneretten gjennom ytringsfriheten i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10.<sup>5</sup> I tillegg vil behandling av de såkalte *ansvarsfrihetsreglene* («safe harbors») som i europeisk og norsk sammenheng i stor grad har vært regulert i ehandelsdirektivet<sup>6</sup> og ehandlesloven<sup>7</sup> som gjennomfører direktivet, falle utenfor grensen for denne avhandlingen.

## 1.3 Metode

Det rettslige utgangspunktet for vurderingen er åndsverksloven § 3. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 3 (1) i direktiv 2001/29/EF (opphavsrettsdirektivet), som er et totalharmoniseringsdirektiv inntatt i EØS.<sup>8</sup> EU-domstolen treffer prejudisielle avgjørelser ved fortolkning av direktivet,<sup>9</sup> hvilket får betydning for norsk rett gjennom EØS-avtalens homogenitetsmålsetning,<sup>10</sup> i kombinasjon med presumpsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform fortolkning.<sup>11</sup>

EU-domstolens praksis gir dermed viktige tolkningsbidrag med hensyn til hvordan reglene i åndsverksloven bør forstås. Dette har fått stor betydning for tolkning av åndsverksloven § 3 og eldre norsk rettspraksis tilknyttet lenkeproblematikken.

Før EU-domstolen treffer sin avgjørelse kan de innhente råd fra generaladvokaten. Forslagene er verken bindende for partene eller domstolen.<sup>12</sup>

I tilfeller EU-domstolen ikke gir tilstrekkelig retningslinjer for besvarelse av rettsspørsmålet, kan hensynet til harmonisering og rettsenhet innenfor EU/EØS tas til inntekt for bruk av nasjonal rettspraksis. Denne rettskilden har likevel begrenset rettskildemessig vekt, og må utelukkende benyttes for å sikre en felles forståelse blant medlemslandene.

---

<sup>4</sup> Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

<sup>5</sup> Lov 17. mai 1814 (Grunnloven) § 100 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 4 november 1950).

<sup>6</sup> dir.2001/31/EF.

<sup>7</sup> l. 35/2003.

<sup>8</sup> EØS-avtalen vedlegg XVII artikkel 9 bokstav e.

<sup>9</sup> Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) art. 267.

<sup>10</sup> Jf. artikkel 1, jf. artikkel 6.

<sup>11</sup> jf. Rt. 2000 s. 1811 (*Finanger I*).

<sup>12</sup> TFEU artikkel 252 (2).

## 1.4 Fremstillingen videre

Den videre fremstillingen er delt i fire deler. I punkt 2 introduseres det rettslige grunnlaget for drøftelse av lenkespørsmålet. Dette inkluderer presentasjon av åndsverksloven § 3, opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1), og en kort redegjørelse av hvordan lenkespørsmålet er blitt løst av henholdsvis Høyesterett og EU-domstolen. Fremstillingens hoveddel (punkt 3 og 4) gir en kritisk analyse av EU-domstolens kriterier for løsning av lenkespørsmålet. I punkt 3 behandles lenking til lovlig opplastet åndsverk, mens punkt 4 behandler lenking til ulovlig opplastet åndsverk. Fremstillingen avsluttes med en oppsummering i kapittel 5.

## 2 Rettkildebildet

### 2.1 Eneretten etter åndsverksloven § 3

Åndsverksloven § 3 første ledd fastsetter innholdet i rettighetshaveres enerett til å råde over åndsverk. Det fremgår av bestemmelsen at opphavsretten gir «enerett til å råde over åndsverket» ved å «fremstille eksemplarer av verket, uavhengig av på hvilken måte og i hvilken form dette skjer», jf. bokstav a), og «gjøre verket tilgjengelig for allmennheten», jf. bokstav b).

Formuleringen «enerett til å råde over åndsverket» har en positiv og en negativ side.<sup>13</sup> Den positive siden gir rettighetshaveren enerett til *selv* å råde over verket på disse to måtene, mens den negative siden gir opphaveren enerett til å *nekte andre* fra å gjøre det samme. Spørsmålet om rettighetshaver kan forby lenking til eget åndsverk knyttes til det sistnevnte: dersom lenken omfattes av eneretten, krever det samtykke fra rettighetshaveren, med mindre andre bestemmelser kan hjemle den aktuelle bruken.

Ordlyden «fremstille eksemplarer av verket» og «gjøre verket tilgjengelig for allmennheten» henviser til to hovedgrupper av enerettigheter: rett til henholdsvis *eksemplarfremstilling* og *tilgjengeliggjøring* av eget åndsverk. Ved å laste åndsverk opp på internett tilgjengeliggjør rettighetshaveren materiale for allmennheten. Lenkeproblematikken faller således under den sistnevnte gruppen i åvl. § 2 (1) bokstav b).

I bestemmelsens annet ledd er det angitt at verket kan gjøres tilgjengelig for allmennheten ved spredning av eksemplarer (bokstav a), offentlig visning av eksemplarer (bokstav b), offentlig fremføring (bokstav c) og ved overføring til allmennheten (bokstav d). Disse underbegrepene omtales ofte som spredningsretten, visningsretten, fremføringsretten og overføringsretten.<sup>14</sup>

Etter den gamle lov om opphavsrett til åndsverk mv. av 12.5.1961 tilhørte lenker fremføringsretten. I lovrevisjonen av 2005 valgte lovgiver imidlertid å skille ut overføringsbegrepet som egen kategori under tilgjengeliggjøring for allmennheten.

---

<sup>13</sup> Rognstad (2019) s. 184.

<sup>14</sup> Kategoriene er ikke uttømmende, se Prop. 104 L (2016-2017) s. 30 og Rt. 2005 s. 41 (*Napster.no*) avsnitt 42.



Bestemmelsen gjennomfører opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1) som i sin tur gjennomfører retten til overføring til allmennheten WCT artikkel 8. Spørsmålet om lenker på internett innebærer tilgjengeliggjøring av verk for allmennheten, må derfor vurderes etter § 3 annet ledd bokstav d).

Åndsverkslovens inndeling av tilgjengeliggjøringshandlinger i undergrupper kan blant annet ses i sammenheng med de såkalte *konsumpsjonsreglene* i åndsverksloven §§ 27 og 28. Etter bestemmelsene vil sprednings- og visningsretten uttømmes for det enkelte eksemplaret, slik at opphaver ikke kan forby videre spredning eller visning av åndsverket.

Det finnes ingen beslektede konsumpsjonsregler for fremføringsretten og overføringsretten.<sup>15</sup> Begrunnelsen er disse undergruppene er knyttet direkte til åndsverket, og ikke til et eksemplar slik tilfellet er for spredning og visning av verk.

Departementet bemerket i proposisjonen til åndsverksloven at kriteriene utviklet av EU-domstolen ved tolkning av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1) ikke var egnet for *særskilt lovregulering*, og at det var naturlig å avgjøre lenkespørsmålet på EU-nivå.<sup>16</sup>

Det finnes eksempler på at Høyesterett i slike tilfeller har hoppet over fastleggelsen av den nasjonale regel, og gått rett på tolkning av internasjonal rett.<sup>17</sup> Dette kan betegnes som en form for *inkorporasjon* av folkeretten, selv om det ikke gjøres uttrykkelig.<sup>18</sup> I disse tilfellene gis det i realiteten ingen nasjonal regel med et eget innhold, men bare en hjemmel for å anvende de aktuelle folkerettsreglene. Fremgangsmåten er særlig aktuell der totalharmonisering er tilsiktet,<sup>19</sup> hvilke opphavsrettsdirektivet nettopp er gjenstand for. Følgelig er det mye som tyder på at norske domstoler i all hovedsak vil anvende rettskilder fra EU-retten i en eventuell rettstvist om lenking.

---

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 28, Opphavsrettsdirektivet artikkel 4 nr. 2 og direktivets fortale punkt 29

<sup>16</sup> Prop. 104 L (2016-2017) s. 42.

<sup>17</sup> Se bl.a. Rt. 2006 s. 71 (*SAS-dommen*).

<sup>18</sup> Arnesen/Stenvik hefte s. 70.

<sup>19</sup> Arnesen/Stenvik hefte s. 70-71.

På denne bakgrunn vil det gis en nokså kortfattet presentasjon av den norske tilnærmingen til lenkespørsmålet (punkt 2.3), mens hovedfokuset i all hovedsak ligger på EU-domstolens behandling av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).

## 2.2 Eneretten etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1)

Rettighetshavers enerett til å overføre verket til allmennheten er på EU-rettens område nedfelt i opphavsrettsdirektivet (2001/29/EF) artikkel 3 (1):

*«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».*

Ordlyden legger føringer for en teknologinøytral enerett som omfatter alle former for distanseoverføringer av åndsverk. Dette underbygges med opphavsrettsdirektivets fortale punkt 23 som angir at begrepet bør forstås i bred forstand, og omfatte enhver overføring av verk til allmennheten som *ikke er tilstedeværende*.

Ettersom EU-domstolen har tolket overføringsbegrepet slik at det også må omfatte tilgjengeliggjøring av kringkastingssendinger for et tilstedeværende publikum i hoteller, restauranter, puber mv. vil denne forståelsen likevel ikke gjelde fullt ut.<sup>20</sup> Ifølge EU-domstolen skal overføringsbegrepet heller avgrenses mot situasjoner hvor det er *fysisk og direkte kontakt* mellom den som fremfører, og publikummet.<sup>21</sup>

Etter praksis fra EU-domstolen må enerettens nærmere rekkevidde fastlegges ut fra direktivets formål.<sup>22</sup> Opphavsrettsdirektivets hovedformål kan deles inn i tre grupper av betraktninger. For det første de økonomiske betraktningene som involverer utvikling av det

---

<sup>20</sup> Se bl.a. de forente sakene C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*). Se også Prop.104 L (2016-2017) s. 31 hvor departementet anerkjenner at EU-domstolen har utvidet overføringsbegrepet sammenliknet med hva lovgiver antok.

<sup>21</sup> Se eksempelvis Sak C-283/10 (*Circul Global Bucuresti*).

<sup>22</sup> Se bl.a. sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 33-34 og sak C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*), avsnitt 184-185.

indre markedet og informasjonssamfunnet;<sup>23</sup> for det andre oppmuntring og beskyttelse av opphavere og rettighetshaveres interesser;<sup>24</sup> og til slutt balansen mellom de konkurrerende interessene som inkluderer grunnleggende rettigheter, utvikling av teknologi og fremhevelse av læring og kultur – såkalt bruksinteresser.<sup>25</sup>

I tillegg må opphavsrettsdirektivet tolkes i lys av de internasjonale konvensjonene som har satt rammene for utvikling av direktivet. EU-domstolen har slått fast at opphavsrettsdirektivet så langt som mulig skal tolkes i samsvar med Bernkonvensjonen<sup>26</sup> og WIPO-traktaten om opphavsrett (WCT), som har forankret «communication to the public» i henholdsvis artikkel 11bis(1)(ii) og WCT artikkel 8.

EU-domstolen har ved tolkning av opphavsrettsdirektivet slått fast at begrepet «communication to the public» består av to kumulative vilkår; en *overføring* av verket («act of communication») som retter seg mot en *allmennhet* («public»)<sup>27</sup>. Dette fordrer en *individualisert vurdering* hvor det skal legges vekt på et sett med kriterier, som både skal anvendes individuelt og i samspill med hverandre.<sup>28</sup>

For det første legges det vekt på om den som står for overføringen gjør dette med *kunnskap* om å gi tilgang til det opphavsrettslige beskyttende materiale.<sup>29</sup> For det andre er det et krav at overføringen har vært *nødvending* («indispensable intervention») for allmennhetens tilgang,<sup>30</sup> dvs. at brukeren ikke ville hatt tilgang til verket, dersom det ikke hadde vært for overføringshandlingen. For det tredje har *allmennheten* blitt definert som et *relativt stort antall personer* («a fairly large number»)<sup>31</sup>. Her må det tas hensyn til den kumulative effekten av tilgjengeliggjøringen, slik at det ikke bare er relevant hvor mange personer som har tilgang på verket på samme tid, men også hvor mange som har tilgang etter hverandre.<sup>32</sup> For det fjerde kan det ha betydning om overføringen medfører at et *nytt publikum* («new public») får

---

<sup>23</sup> Opphavsrettsdirektivets fortale punkt 1 og 2.

<sup>24</sup> Op.cit., punkt 4, 5, 9,10, og 11.

<sup>25</sup> Op.cit., punkt 3, 12, 14, 31.

<sup>26</sup> Berne convention for the protection of literary and artistic works, 9 Bern 1886.

<sup>27</sup> Se f.eks. sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 37.

<sup>28</sup> En nærmere behandles gis i punkt 4.

<sup>29</sup> Se bl.a. sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 42

<sup>30</sup> Op.cit.

<sup>31</sup> Se bl.a. sak C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*), avsnitt 37-38.

<sup>32</sup> Se bl.a. sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 38-39.

tilgang.<sup>33</sup> Tilslutt kan et relevant moment være om overføringen har et *profittformål* («for profitt»).<sup>34</sup>

## 2.3 Høyesteretts tilnærming i lenkesaker

Spørsmål om lenker på internett har vært omdiskutert i den juridiske litteraturen.<sup>35</sup>

Diskusjonen har båret preg av lenkers såkalte *doble funksjon*: Enten anses utlegging av lenker som tilgjengeliggjøring for allmennheten, eller så gjør de ikke det. To motstridende hovedposisjoner har i den forbindelse gjort seg gjeldende.

På den ene siden kan lenker anses som *selvstendige tilgjengeliggjøringshandlinger* som omfattes av eneretten. Tilnærmingen bygger på synspunktet om at lenker går lengre enn alminnelige fotnoter eller referanser, fordi den gir brukere raskere og mer direkte tilgang til verket.<sup>36</sup>

På den annen side kan lenker betraktes som *rene henvisninger* til verk som allerede er publisert på internett. Denne oppfatningen bygger på synspunktet om at lenker bare forenkler tilgang til materiale, og derfor bør bedømmes på samme måte som referanser eller fotnoter.<sup>37</sup>

I et forsøk på å forene internettbrukeres og rettighetshaveres interesser har Rognstad supplert henvisningstilnærmingen med et *stilltiende samtykke*. Teorien bygger på en avtalerettslig forståelse om at rettighetshaveren ved å gjøre verket tilgjengelig på internett, også samtykker til normal utnyttelse av innholdet.<sup>38</sup>

Denne tilnærmingen ble imidlertid avvist av Høyesterett i Rt. 2005. s. 41 (*Napster.no*), som er den eneste høyesterettsavgjørelsen som har berørt lenkedilemmaet i norsk rett. Saken omhandlet nettstedet *napster.no* som hadde lenket til musikk som var ulovlig opplastet på nettet uten rettighetshaveres tillatelse. Ved å klikke på lenkene kunne brukere enten høre på musikk eller laste den ned. Spørsmålet var om innehaveren av nettstedet ved å publisere

---

<sup>33</sup> Op.cit., avsnitt 40.

<sup>34</sup> Op.cit., avsnitt 44.

<sup>35</sup> Fra norsk litteratur kan nevnes, Wagle/Ødegaard (1997), Hagen (2012), Tande (2004), Rognstad (2005), Torvud (2008) og Rognstad/Bing (2012).

<sup>36</sup> Rognstad (2005) s. 354-355.

<sup>37</sup> Torvud (2008) s. 423.

<sup>38</sup> Rognstad 2003 s. 472.

lenker til ulovlig opplastede musikkverk, gjorde verkene tilgjengelig for allmennheten etter åvl. 1961 § 2 (åndsverksloven § 3)

Høyesterett avgjorde saken på bakgrunn av det *subsidiære medvirkningsansvaret*.<sup>39</sup> Angående sontringen mellom lenker som tilgjengeliggjøring og rene henvisninger, bemerket retten likevel at gjengivelse av nettadresser ikke alene utgjør noen tilgjengeliggjøring,<sup>40</sup> fordi den samme direkte tilgangen kunne blitt oppnådd ved å kopiere adressene fra napsters hjemmeside.<sup>41</sup>

Samlet sett var nok usikkerheten rundt lenkers funksjonalitet en viktig årsak til at domstolen unnlot å ta stilling til spørsmålet om lenking omfattes av eneretten i åndsverksloven § 3.

På EU-nivå har derimot vurderinger rundt lenkers tekniske funksjoner blitt tilkjent liten oppmerksomhet. I motsetning til Høyesterett, har EU-domstolen sett bort fra lenker som enten henvisnings- eller tilgjengeliggjøringshandlinger, og i stedet avgjort problemstillingen på bakgrunn av *fleksible og irregulære kriterier*. Disse kriteriene behandles nærmere i del 3 og 4. Først skal i punkt 2.4 det gis en kort oversikt over hvordan EU-domstolen har løst lenkespørsmålet.

## 2.4 EU-domstolens tilnærming i lenkesaker

På EU-nivå behandles lenker ut fra et tosporet system avhengig av om det lenkes til *lovlig* eller *ulovlig material*, dvs. lenking til verk som enten er lagt ut med eller uten rettighetshaveres samtykke.

Sak C-466/12 (*Svensson*) gjaldt lenking til *lovlig* publisert åndsverk. EU-domstolen fant at utleggelse av klikkbare lenker i utgangspunktet innebærer en *tilrådighetsstillelse* («making available») og dermed overføring til allmennheten. Likevel fant domstolen at lenker som hovedregel ikke omfattes av eneretten: Når verket ligger fritt tilgjengelig på internett, vil lenking ikke innebære noen overføring til en «*ny allmennhet*». Det stiller seg derimot annerledes dersom lenker gir brukeren mulighet til å omgå *tilgangsbegrensninger*. I slike

---

<sup>39</sup> Dommen avsnitt 63.

<sup>40</sup> Op.cit., avsnitt 48.

<sup>41</sup> Op.cit., avsnitt 52.

tilfeller må lenkingen anses som overføring til en «ny allmennhet» som rettighetshaver ikke har tatt i betraktning da han gjorde materiale tilgjengelig.

I sak C-348/13 (*BestWater*) bekreftet domstolen at den samme tilnærmingen også gjelde for *hentelenker* («embedded links») og *rammelenker* («framing links»), forutsatt at verket ligger åpent tilgjengelig på internett.

Lenking til *ulovlig* publisert åndsverk behandles i sak C-160/15 (*GS Media*). EU-domstolen fant at lenking til uautorisert material innebærer en overføring til allmennheten, såfremt lenkeaktøren ikke har *kunnskap* om at materiale er publisert uten rettighetshaveres samtykke. I denne vurderingen må det sondres mellom lenking foretatt med og uten *profittformål*. Lenking i profittsikt skal presumeres å være gjort med kunnskap om ulovlig opplastning, mens ikke-kommersiell lenking skal presumeres å være gjort uten slik kunnskap.

EU-domstolen har i nyere rettspraksis behandlet spørsmål om *hvem* som kan sies å overføre verket til allmennheten. Praksisen viser at domstolen gjennomgående har utvidet eneretten til også å omfatte handlinger som tradisjonelt er blitt anset som medvirkning til opphavsrettsbrudd. Det avspeiles i sak C-527/15 (*Filmspeler*) og sak C-610/15 (*Ziggo*), der henholdsvis selgeren av mediespiller med lenker til ulovlige material og driften av en delingsplattform måtte anses for å overføre verk til allmennheten. EU-domstolen kom ikke overraskende til samme resultat også i sak C-161/17 (*Renckhoff*), som omhandlet ny opplastning av verk på annet nettsted.

Samlet sett ligger dermed EU-domstolens tilnærming et sted mellom de to hovedsynspunktene oppstilt i den juridiske litteraturen. Fremfor å løse lenkespørsmål på bakgrunn av medvirkningsansvaret, konstaterer EU-domstolen at lenking omfattes av eneretten, men at rettigheten må avgrenses i tilfeller hvor verket overføres til en ny allmennhet. Hvis lenker derimot henviser til ulovlig innhold, skjer avgrensingen ved bruk av kunnskap- og profittkriterier.

For norsk retts vedkommende innebærer dette at *Napster* har utspilt sin rolle som prejudikat, ut over å gi uttrykk for det noen fortsatt kan mene *burde* vært innfallsvinkelen til å løse lenkespørsmålet.

# 3 Lenking til lovlig opplastet åndsverk

## 3.1 Innledning

Som påpekt i punkt 2.2 har EU-domstolen oppstilt to kumulative vilkår for når opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1) kan anses oppfylt. For det første et krav til *overføring* («*act of communication*»), og for det andre et krav om at overføringshandlingen retter seg mot en *allmennhet* («*to the public*»). Det nærmere innholdet i disse begrepene, samt EU-domstolen introduksjon av «ny allmennhet» for avgrensning av eneretten er imidlertid ikke klart definert. Disse kriteriene vil derfor analyseres i punkt 3.1-3-4 og 3.7.

I etterkant av EU-domstolens avgjørelsene i *Svensson* og *BestWater* er det også uklart hva som kvalifiserer som *tilgangsbegrensninger*, og om hvorvidt alle lenketyper *bør behandles likt*. Dette behandles i punkt 3.5 og 3.6.

## 3.2 Lenker som «overføringshandlinger»

Før *Svensson* var det uklart om lenking ville falle innenfor rammen av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1). Bakgrunnen var at begrepet «*overføring*» («*communication*») ikke var definert i opphavsrettsdirektivet, og at EU-domstolen hadde nedlagt to motstridende definisjoner: i noen saker var overføringsbegrepet begrenset til *transmisjon/sending* («*transmission*») av beskyttende åndsverk,<sup>42</sup> mens i andre saker omfatter begrepet enhver handling der materiale ble *stilt til rådighet* («*making available*») for allmennheten.<sup>43</sup> Ettersom lenker ikke involverer transmisjoner var det delte oppfatninger i teorien om hvorvidt lenking ville utgjøre en «overføringshandling» etter artikkel 3 (1).<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 42; forente saker C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*), avsnitt 194 og 195; forente saker C-431/09 og C-432/09 (*Airfield*), avsnitt 79; sak C-135/10 (SCF), avsnitt 82; sak C-162/10 (*PPL*), avsnitt 31; sak C 117/15 (*Reha Training*), avsnitt 46; se også generaladvokat Campos Sánchez-Bordona uttalelse i sak C-527/15 (*Filmspeler*), avsnitt 53 og uttalelsen til generaladvokat Szpunar i sak C-610/15 (*Ziggo*), avsnitt 51 og 53.

<sup>43</sup> Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 43; sak C-466/12 (*Svensson*), avsnitt 19 og sak C-527/15 (*Filmspeler*), avsnitt 36.

<sup>44</sup> Se henholdsvis ECS (2013) og ALAI (2013).

På den ene siden fremgår det av punkt 23 i opphavsrettsdirektivet fortale at eneretten i artikkel 3 (1) skal dekke all transmisjon og retransmisjon av et verk til allmennheten, og at «[t]his right should not cover any other acts.»<sup>45</sup>

På den annen side henviser artikkel 3 (1) til enhver overføring «*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.*» Selv om artikkelen med uttrykket «tilrådighetsstillelse» hovedsakelig sikter til transmisjoner,<sup>46</sup> kan begrepet forstås slik at en *potensiell mulighet* til overføring er tilstrekkelig. Dette bekreftes i sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), hvor EU-domstolen presiserte at det ikke var nødvendig å slå på TV-apparater som var utplassert på hotellrom, for at det skulle foreligge en «overføring» av beskyttet medieinnhold etter artikkel 3 (1).<sup>47</sup>

Ettersom den blotte «tilgjengeliggjøring» slik kan anerkjennes som en form for overføring i artikkel 3 (1), bør ordlyden i punkt 23 ikke være til hinder for tilnærmingen om at et tilbud om overføring er tilstrekkelig til å oppfylle overføringskravet.<sup>48</sup>

En forutsetning for at en tilrådighetsstillelse skal regnes som en overføring etter artikkel 3 (1) er imidlertid at *aktøren selv* overfører verket – for eksempel ved opplastning eller strømming av innholdet til et publikum. Tilbyderen av lenker vil ikke overføre innholdet når en bruker klikker på lenken. Snarere vil operatøren av nettstedet der åndsverket opprinnelig publiseres stille materiale til rådighet. Dette kan indikere at utleggelse av lenker på internett ikke bør omfattes av eneretten i opphavsrettsdirektivet.

Disse betraktningene fikk overraskende nok ingen betydning i *Svensson*, hvor EU-domstolen for første gang tok stilling til lenkespørsmålet. Saken gjaldt klikkbare lenker til avisartikler på Göteborg-postens nettavis. Nyhetstjenesten Retriver Sverige hadde tilbudt brukere av deres tjeneste liste med klikkbare lenker til nyhetsartikler som lå fritt tilgjengelig på svenske

---

<sup>45</sup> Se også The Basic Proposal for the WIPO Copyright Treaty som fremhever at «communication always involves transmission.

<sup>46</sup> Se opphavsrettsdirektivet fortale punkt 25 som fremhever «*interactive on-demand transmissions*»

<sup>47</sup> Dommen avsnitt 43.

<sup>48</sup> Selv om EU-domstolen har henvist til fortalen punkt 23 i flere saker, vil det ut fra sammenhengen i rettsavgjørelsene se ut til domstolen *ikke* har til formål å fortrenge «making available», se f.eks. C-283/10 (*Globus Circul Bucurest*), avsnitt 39-40 (hvor domstolen benyttet «*transmission*» for å bekrefte at overføringsbegrepet ikke gjelder ved direkte fremføring for et tilstedeværende publikum).



nettaviser, basert på søkeord som brukere kunne skrive inn i tjenestens nettside.

Hovedspørsmålet som ble forelagt EU-domstolen var om Retrieveres lenker kunne anses som en «communication to the public» etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).

På bakgrunn av direktivets fortale og tidligere rettspraksis fastslo domstolen at «act of communication» måtte forstås *vidt*.<sup>49</sup> Derneft påpekte domstolen at utleggelse av lenker til verk som ligger fritt tilgjengelig på internett gir brukere *direkte tilgang* («direct access») til innholdet,<sup>50</sup> og at det med analogi til *Rafael Hoteles*:

*«... is sufficient, in particular, that a work is made available to a public in such a way that the persons forming that public may access it, irrespective of whether they avail themselves of that opportunity».*<sup>51</sup>

EU-domstolen fulgte opp nevnte uttalelse med å konstatere at det forelå en *tilrådighetsstillelse* («making available»), og dermed en overføring etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).<sup>52</sup> Dette er en prinsipielt viktig avklaring som fastslår på høyeste domstolsnivå at lenking til åndsverk på internett er å regne som opphavsrettslige relevante handlinger.

Som fremhevet er det ikke åpenbart at lenker utgjør tilrådighetsstillelser. Dette fremheves også av generaladvokat Wathelet som forgjeves rådet domstolen i *GS Media* til å vike fra sin tidligere posisjon.<sup>53</sup> Uavhengig av om lenker burde omfattes av eneretten, er det uheldig at EU-domstolen ikke adresserer dette problemet.

Etter avgjørelsen i *Svensson* utvidet EU-domstolen dermed konseptet «act of communication» til også å omfatte *trejdemannshandlinger* som tradisjonelt ikke er blitt regnet som tilrådighetsstillelser i direktivets forstand. EU-domstolen karakterisering av lenker som

---

<sup>49</sup> Se dommen avsnitt 17, hvor referanser ble laget til sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 193, og opphavsrettsdirektivets fortale punkt 4 og 9.

<sup>50</sup> Op.cit., avsnitt 18.

<sup>51</sup> Op.cit., avsnitt 19.

<sup>52</sup> Op.cit., avsnitt 20.

<sup>53</sup> Generaladvokat Wathelet anbefaling i Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 54.

overføringshandlinger var et bemerkelsesverdig skritt, som siden har fått store ringvirkninger for tolkning av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).<sup>54</sup>

### 3.2.1 Nødvendighetskravet

Det er klart at ikke enhver handling som kan bidra til at allmennheten får tilgang til åndsverket, bør omfattes av overføringsbegrepet. Dette har EU-domstolen erkjent i tidligere rettspraksis gjennom en vurdering om hvorvidt handlingen var en *nødvendig forutsetning* («*indispensable intervention*») for allmennhetens tilgang på åndsverket,<sup>55</sup> og for eksempel ikke en *ren tilrådighetsstilling* som i seg selv ikke gir verkstilgang.<sup>56</sup>

Et relevant spørsmål er derfor om EU-domstolen har handlet i strid med tidligere praksis ved å tolke overføringsbegrepet utvidende til også å omfatte handlinger som ikke er nødvendige for å få tilgang på åndsverket.

Kriteriet ble først introdusert i *Rafael Hoteles*. I saken konstaterte EU-domstolen at hotellet *med full kunnskap til konsekvensene av sine handlinger* hadde gitt gjester tilgang på beskyttet medieinnhold, og at gjestene uten dette bidraget «*although physically within that area, would not, in principle, be able to enjoy the broadcast work.*»<sup>57</sup>

I sak C-135/10 (*SCF*) og sak C-162/10 (*PPL*) formulerte EU-domstolen det sistnevnte som et *nødvendighetskrav* («*indispensable*») for at det skal foreligge en overføring til allmennheten etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).<sup>58</sup> Tilsvarende kriterier er også oppstilt i andre saker.<sup>59</sup>

For norsk retts vedkommende har nødvendighetskravet flere likhetstrekk med Rt. 1995 s. 35 (*Piratkort-dommen*), hvor det å selge piratkort (smarkort) til dekodere som gjorde det mulig å få tilgang til TV-kanaler uten å betale, ikke ble regnet som en tilgjengeliggjøring i strid med

---

<sup>54</sup> Se spesielt 3.3.

<sup>55</sup> Se punkt 2.2.

<sup>56</sup> jf. opphavsrettsdirektivets forale punkt 27.

<sup>57</sup> Dommen avsnitt 42.

<sup>58</sup> Sak C-135/10 (*SCF*) avsnitt 82 og sak C-162/10 (*PPL*) avsnitt 31.

<sup>59</sup> Se eksempelvis de forente sakene C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*), avsnitt 195-196; sak C-351/12 (*OSA*), avsnitt 32 og sak C-151/15 (*SPA*), avsnitt 22.

rettighetshaveres enerett. I senere lovforarbeider og rettspraksis er dommen forstått slik at det må være en viss *nærhet og umiddelbarhet* mellom den aktuelle handlingen og allmennhetens tilgang til verket for at det skal foreligge en krenkelse.<sup>60</sup>

Det er på det rene at allmennheten ikke er avhengig av tredjemannslenker for å få tilgang på verk som allerede ligger fritt tilgjengelig på internett. Den logiske slutningen fra tidligere praksis er dermed at lenking til slikt materiale *ikke* innebærer en overføring til allmennheten.<sup>61</sup> På dette grunnlag burde lenker derfor behandles etter henvisningstilnærmingen i teorien, med en hovedregel der lenking til fritt publisert material ikke utgjøre en «*act of communication*», og unntak for lenker som omgår tilgangsrestriksjoner.<sup>62</sup>

Problemet ble ikke adressert i *Svensson*. I stedet konstaterte EU-domstolen at lenker utgjør overføringshandlinger som gir brukere direkte tilgang på opplastede åndsverk. Dette er åpenbart i strid med nødvendighetskravet utviklet i praksis.

Fremgangsmåten er gjenstand for kritikk. Bakgrunnen er at *Svensson* foretok en analogisk anvendelse fra *Rafael Hoteles*, uten å analysere dommenes særenheter, og kun tildelte det prinsipielt viktige spørsmålet to avsnitt.<sup>63</sup> Sett i sammenheng med at flere nasjonale domstoler hadde sluttet seg til standpunktet om at lenker kun utgjorde «*lokaliseringsverktøy*»<sup>64</sup> som omdirigerte brukere til publisert åndsverk,<sup>65</sup> er det underlig at EU-domstolen ikke foretok en nærmere redegjørelse om hvorfor lenking utgjør selvstendige tilgjengeliggjøringshandlinger.

### 3.2.2 Fra nødvendig handling til forenklet tilgang

Etter avgjørelsen i *Svensson* ble «*nødvendighetskriteriet*» omformulert til et krav om at handlingen må gi brukeren direkte tilgang til åndsverket. EU-domstolen åpnet med dette for at

---

<sup>60</sup> Ot.prp nr. 46 (2005-2005) s. 23 og Rt. 2005 s. 41 (*Naster.no*), avsnitt 43.

<sup>61</sup> Dette synet ble også lagt til grunn i Generaladvokaten Wathelets anbefaling i sak C-160/15 (*GS Media*) avsnitt 55-60, hvor han påpeker at lenkene ikke var «*vital or indispensable*» for å få verkstilgang. Saken omtales nærmere i punkt 4.1

<sup>62</sup> Dette behandles nærmere i punkt 3.3.

<sup>63</sup> Dommen avsnitt 19-20.

<sup>64</sup> Dette ble slått fast av European Copyright Society (ECS), Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 (*Svensson*), avsnitt 36 og 40.

<sup>65</sup> Bl.a. i Rt. 2005 s. 41 (*Napster.no*); ZR 259/00 (*Paparboy*) og ZR 46/12 (*BestWater*).

tredjemannshandlinger, som tradisjonelt har blitt behandlet etter medvirkningsansvaret, også kunne regnes som opphavsrettsbrudd etter artikkel 3 (1). Et spørsmål som oppstår i forlengelse av denne praksisen er om nødvendighetskravet må avgrenses til *direkte inngrep*, eller om det også kan omfatte mer *avledede handlinger* som kun forenkler tilgangen på verket.

Dette ble behandlet av EU-domstolen i *Filmspeler*. Saken omhandlet Jack Fredrik Wullems som solgte en mediespiller (av lignende type som Apple TV) med lenker til innhold som var lagt ut på internett uten rettighetshaverens samtykke. Hovedspørsmålet for domstolen var om *salg* av mediespilleren med lenker til ulovlig material utgjorde en selvstendig «communication to the public» etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).

EU-domstolen slo fast at mediespilleren utgjorde en «overføring» fordi den ville gi brukere direkte tilgang til nettsider som strømmet ulovlig material.<sup>66</sup> Salg av mediespilleren var dermed ikke å anse som en *ren tilrådighetsstillelse* som falt innenfor unntaket i opphavsrettsdirektivet fortale punkt 27.<sup>67</sup> Siden det var mulig å få tilgang på innholdet som medieavspilleren lenker til uten bruk av maskinvaren, letter EU-domstolen tilsynelatende på kravet om at overføringen må utgjøre en «*indispensable intervention*» for at sluttbrukere skal få tilgang til verket. Etter domstolens oppfatning var det tilstrekkelig at selgeren spilte en *avgjørende rolle* («essential role») for å gi kunder tilgang til materiale. I forlengelsen av dette ble det uttalt:

*«The user makes an act of communication when he intervenes, in full knowledge of the consequences of his action, to give access to a protected work to his customers and does so, in particular, where, in the absence of that intervention, his customers would not, in principle, be able to enjoy the broadcast work».*<sup>68</sup>

EU-domstolen konstaterer med dette at formidling er like viktig som etablering av lenker, slik at personer som *forenkler tilgangen til lenker*, må anses som like ansvarlige som aktører som etablerer dem.

---

<sup>66</sup> Dommen avsnitt 41 med analogi fra sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*).

<sup>67</sup> Op.cit.

<sup>68</sup> Dommens avsnitt 31 med videre henvisninger til sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 46, Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 35

Dette blir fulgt opp av EU-domstolen i *Ziggo*, der overføringsbegrepet ble utvidet til også å omfatte administrering av delingsplattformer som inneholder lenker til innhold lagt ut på internett uten rettighetshaveres samtykke.

Bakgrunnen for saken er at delingsplattformen «*The Pirate Bay*» (heretter TPB) som over en periode på mange år hadde tilbudt en indeks over ulike torrentfiler, som innebærer at brukere av nettstedet kan dele filer og laste ned innhold. Tjenesten har derigjennom tilgjengeliggjort filmer, dataprogram, bøker og andre åndsverk, uten tillatelse fra rettighetshavere. I den forbindelse fikk EU-domstolen tilsendt spørsmål om handlingene til operatørene av delingsplattformer *i seg selv* begikk en «*act of communication*» etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).<sup>69</sup>

I avgjørelsen vurderte EU-domstolen betydningen av at det ikke var administratorene av nettstedet som lastet opp filene med åndsverk, men at disse kom fra brukerne. Her viser domstolen til den aktivitet administratorene utøvde:

*«... 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.»<sup>70</sup>*

Administratorene spilte dermed en *avgjørende rolle* for at nettstedets brukere fikk tilgang til verkene.<sup>71</sup> Det faktum at administratorene indekserte BitTorrent-filer i forskjellige kategorier basert på filtyper, innhold, popularitet og sjangere, samt sørget for vedlikehold av nettsiden ved å fjerne døde lenker og flytte verk som var plassert feil, tilsa at administreringen av siden også gikk utover den blotte tilrådighetsstillelsen som ikke omfattes av opphavsrettsdirektivet

---

<sup>69</sup> Dommens avsnitt 15-17.

<sup>70</sup> Op.cit., avsnitt 36.

<sup>71</sup> Op.cit., avsnitt 37.

artikkel 3 (1).<sup>72</sup> Det ble dermed konkludert med at det forelå en «overføring» i direktivets forstand.<sup>73</sup>

Etter avgjørelsene i *Ziggo* og *Filmspeler* har EU-domstolen valgt å forstå overføringsbegrepet slik at det åpner for en *samlet vurdering* om hvorvidt en overføring har funnet sted. Det sentrale kriteriet er om aktøren i fullt kjennskap til konsekvensen av sine handlinger har forenklet sluttmottakerens verkstilgang. Dette innebærer at handlinger som rent faktisk ikke omfattes av ordlyden «overføring», likevel må anses som overføringshandlinger etter praksis fra EU-domstolen.

På denne bakgrunn og med analogi fra *Filmspeler* mener Rognstad at prejudikatet i *Piratkortdommen* trolig har tapt sin rettskraft.<sup>74</sup> Det er imidlertid forskjell på å selge smartkort til en mediespiller og det å selge selve mediespilleren med forhåndsinstallerte programvare slik som i *Filmspeler*. Dermed kan det ikke utelukkes at resultatet i *Piratkortdommen* fremdeles vil være i samsvar med EU/EØS-retten. EU-domstolens avgjørelser i *Filmspeler* og *Ziggo* har likevel resultere i en lavere terskel for hva som kan anses som selvstendige tilgjengeliggjøring etter norsk rett.

Etter denne rettspraksisen har EU-domstolen utvidet enerettens anvendelsesområde. For å komme til denne konklusjonen, nedjusterer retten kravet om «*indispensable intervention*» til en «*essensiell rolle*» for å gi allmennheten tilgang til uautoriserte åndsverk.<sup>75</sup> Mens omdefineringen av overføringshandlingen utvider spekteret av *handling*er som faller inn under konseptet, vil nedjusteringen av «*indispensable intervention*» utvide utvalget av *aktører* som kan utføre en overføringshandling til allmennheten.

Etter dette kan ansvaret for brudd på opphavsrettsdirektivet både utløses av aktører som gir direkte tilgang på åndsverk, samt aktører som gjennom mer avledende handlinger gir tilgang til lenker som viser til opphavsrettsbeskyttende material. I del 4 behandles spørsmål om EU-domstolens kriterier også kan anvendes på søkemotorer (4.4), lenker i tilfeller det eksisterer flere opplastninger av samme verk (4.5), og på overføringer utenfor Internett (4.7).

---

<sup>72</sup> Op.cit., avsnitt 38.

<sup>73</sup> Op.cit., avsnitt 39.

<sup>74</sup> Rognstad (2019) s. 228.

<sup>75</sup> Op.cit., avsnitt 26 og 37 og sak C-527/15 (*Filmspeler*), avsnitt 31 og 41.

I følgende punkt skal det vises at EU-domstolen gjennom utvidelse av eneretten i artikkel 3 (1), har bidratt til en indirekte harmonisering av medvirkningsansvaret.

### 3.2.3 Indirekte harmonisering av medvirkningsansvaret

Direkte opphavsrettsbrudd er til en viss grad harmonisert på EU-nivå. For det første har EU tilkjent rettighetshavere *eksklusive rettigheter* til bl.a. eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring til allmennheten, som er tolket av EU-domstolen og bindende for medlemsland. For det andre har opphavsrettsdirektivet og håndhevingsdirektivet forpliktet medlemsland til å *utbetale erstatning ved direkte opphavsrettsbrudd*,<sup>76</sup> med nærmere håndhevingsregler utpenslet i rettspraksis.<sup>77</sup>

Medvirkningsansvar har derimot ikke vært gjenstand for noen tilsvarende harmonisering.<sup>78</sup> Dette skyldes er at EU-lovgivningen utelukkende har fokusert på regulering av rettighetshaveres utnyttelsesmuligheter, og at nasjonale medvirkningsregler bygger på sivile- og strafferettslige prinsipper som er vanskelig å harmonisere.<sup>79</sup>

EU-domstolens praksis i *Filmspeler* og *Ziggo* viser imidlertid en klar tendens til at mellomansvaret for krenkelse av opphavsrett på internett, løses med grunnlag i regler om direkte inngrep i rettighetene. Både salg av utstyr og administrering av nettsider som gir brukere adgang til tredjepersoners lenker, har tradisjonelt blitt håndhevet under medvirkningsansvaret som selvstendig overføringshandling.<sup>80</sup> I svensk rett mente eksempelvis Svea Hovrätt at Pirate Bay hadde medvirkning til ulovlig fildeling, og for norsk retts vedkommende fant Høyesterett at mellomansvaret måtte gjøres gjeldende i *Napster-dommen*.<sup>81</sup> Den nye praksisen fra EU-domstolen kan dermed anses som et indirekte forsøk på

---

<sup>76</sup> Se opphavsrettsdirektivet artikkel 8, og håndhevingsdirektivet artikkel 13.

<sup>77</sup> Sak C-367/15 (*Stowarzyszenie*).

<sup>78</sup> Riktignok finnes det noen harmoniserende elementer i EU-lovgivningen som *påvirker* medvirkningsansvaret, eksempelvis ehandelsdirektivet (Directive 2000/31/EC) art. 12-15, opphavsrettsdirektivet art. 8 (2) og IPRED (Direktiv 2004/48/EF) art. 3 og 11).

<sup>79</sup> Rognstad 2019 s. 247. Se også generaladvokat Szpunars anbefaling i Sak C-610/15 (*Ziggo*), avsnitt 65 som i forbindelse med indirekte erstatningsansvar fremhever at: «liability for that type of infringement is not harmonised at the level of EU law».

<sup>80</sup> Rognstad (2019) s. 248.

<sup>81</sup> Mål 4041-09 (*Pirate Bay*); Rt. 2005 s. 41 (*Napster.no*), avsnitt 58-73.

å harmonisere medlemslandenes medvirkningsregler ved å inkorporere elementer fra mellomansvaret i konseptet overføring til allmennheten.<sup>82</sup>

På den ene siden vil harmonisering av medvirkningsansvaret *effektivisere håndhevelse* av lenking til ulovlig åndsverk, og slik sikre rettighetshavere et sterkere opphavsrettsvern. I tillegg vil det hindre at utleggelse av lenker til *lovlig material* rammes av nasjonale medvirkningsregler. På den annen side kan det hevdes at domstolen har gått utenfor sin kompetanse ved å indirekte harmonisere medvirkningsreglene, og at deres fleksible tolkning av artikkel 3 (1) vil øke usikkerheten til dem som ønsker å publisere lenker på internett. Det som uansett er klart, er at avgjørelsen i *Filmspeler* og *Ziggo* har bidratt til å redusere medvirkningsansvaret betydning ved bedømmelse av opphavsrettskrenkelser etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).

### 3.3 Overføring til en «ny allmennhet»

Kriteriet «*public*» i artikkel 3 (1) er verken definert i WCT eller internasjonal rett. Det faller dermed på medlemslandene og EU-domstolen å tolke innholdet i kriteriet.<sup>83</sup> På denne bakgrunn uttalte EU-domstolen i *Svensson* at «*public*» måtte forstås som et ubestemt, men betydelig, antall mottakere.<sup>84</sup> Ettersom lenkene i *Svensson* allerede var publisert på en åpen nettside hvor alle internettbrukere kunne få tilgang, måtte vilkåret om *allmennheten* i utgangspunktet også anses oppfylt.

For å hindre en rettstilstand der alle lenkehandlinger omfattes av «overføring til allmennheten» - hvilket kunne ødelagt internetts funksjon og strupe den alminnelige meningsdebatten – valgte EU-domstolen å modifisere utgangspunktet gjennom introduksjon av kriteriet om en *ny allmennhet* («*new public*»).

Spørsmålet er dermed hvilke kriterier som må oppfylles for at det aktuelle allmennheten skal anses et nytt publikum.

---

<sup>82</sup> Rogstad (2019) s. 248.

<sup>83</sup> jf. Axhamn (2015), s. 864.

<sup>84</sup> Sak C-466/12 (*Svensson*) avsnitt 21, jf. Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 37-38, og sak C-607/11 (*ITV Broadcasting*), avsnitt 32).



Konseptet «ny allmennhet» ble først introdusert av EU-domstolen i *Rafael Hoteles*.<sup>85</sup> Domstolen utledet kriteriet fra WIPO-guidens tolkning av Bernkonvensjonen artikkel 11bis (1) (iii), som fastslo at opphaver kun har tatt i betraktning brukerne som er i stand til å motta verket med eget mottaksutstyr i private sammenhenger, når han gir sitt samtykke til overføringen.<sup>86</sup> I lys av dette mente EU-domstolen at rettighetshaverne ikke hadde samtykke til noen overføring via TV-apparat til offentlige hotellrom, og at dette utgjorde en «ny allmennhet» underlagt opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1). I saken ble «new public» definert som *et publikum rettighetshaver ikke tok i betraktning da han samtykket til den opprinnelige overføringen*.<sup>87</sup>

Formålet bak «ny allmennhet» er på den ene siden å sikre rettighetshavere mulighet for kompensasjon basert på hvem som har tilgang til verket, men på den annen side å unngå at det kompenseres for samme utnyttelse to ganger («dobbelkompensasjon»).<sup>88</sup>

Til tross for dette bygger kriteriet trolig på en feiltolkning av Bernkonvensjonen: *Rafael Hoteles* og *Svensson* burde vært behandlet etter kriteriet «*is made by an organization other than the original one*» i artikkel 11bis1 (ii),<sup>89</sup> fremfor WIPO-guidens ikke-bindende tolkning av artikkel 11bis1 (iii).<sup>90</sup>

På den annen side kan det hevdes at «*public*» ikke er definert i internasjonal rett, og at det faller innenfor EU-domstolens kompetanse å avgrense eneretten gjennom introduksjon av «ny allmennhet»-kriteriet.<sup>91</sup>

Det er like fullt tillitsvekkende at EU-domstolen verken har korrigert, erkjent eller adressert feiltolkningen. Tvert imot har retten uten nærmere redegjørelse slått fast at overføring via TV-

---

<sup>85</sup> Riktignok hadde generaladvokat La Pergola allerede foreslått kriteriet i sak C-293/98 (*Egeda*), avsnitt 20.

<sup>86</sup> Dommen avsnitt 40-41.

<sup>87</sup> Op.cit., avsnitt 24.

<sup>88</sup> Rognstad (2019) s. 239.

<sup>89</sup> Se Documents on the Brussels Revision Conference in 1948, Berne Convention, 5- 26 June 1948, s. 289 (Documents 1948), hvor «new public» uttrykkelig ble forkastet.

<sup>90</sup> For en mer inngående analyse av feiltolkningen, se bl.a. ALAI (2014) s. 16-17, Hugenholtz/Velze punkt 4.1 og Justin Koo (2019) s. 93-94.

<sup>91</sup> F.eks. Axhamn (2015) s. 864, Rognstad (2016) s. 688 og Kur (2016) s. 444.

eller radioapparater til offentlige *hus, spa og rehabiliteringssenter* også innebærer overføringer til en «ny allmennhet» som krever samtykke fra rettighetshaveren.<sup>92</sup>

Ettersom det ikke tyder på at EU-domstolen vil oppgi kriteriet, må presumpsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform fortolkning tilsi at praksisen følges også i denne delen av tolkningen av uttrykket «overføring til allmennheten».<sup>93</sup>

I sak C-607/11 (*ITV Broadcasting I*) ble det likevel konstruert et unntak fra «ny allmennhet»-kriteriet. EU-domstolen uttalte at dersom en påfølgende overføring gjøres med *et annet teknisk middel* («different technical means») enn den opprinnelige overføringen, må nytt samtykke innhentes fra rettighetshaveren, uavhengig av om den påfølgende overføringen rettes mot en «ny allmennhet».<sup>94</sup> Ettersom de aktuelle TV-sendingene til *ITV Broadcasting* først ble tilgjengeliggjort ved satellittoverføring, og deretter via internett, var det uten betydning at mottakerne av den andre overføringen var del av allmennheten som var omfattet av den opprinnelige overføringen.<sup>95</sup>

I *Svenssons* vurdering av kriteriet «*new public*», påpekte EU-domstolen først at både den innledende overføringen og videresending via lenker var gjort med *samme tekniske midler*, fordi begge handlingene hadde tilgjengeliggjort verket på internett.<sup>96</sup> Derneft mente domstolen at rettighetshaver tok i betraktning *alle internettbrukere* da verket fritt ble lagt ut på internett, og at lenker således ikke overførte verket til en ny allmennhet.<sup>97</sup> Lenker til verk som ligger fritt tilgjengelig på internett var derfor ikke omfattet av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).

Dette stiller seg derimot annerledes dersom en lenke gir brukerne *mulighet til å omgå tilgangsbegrensninger* på siden hvor verket opprinnelig er gjort tilgjengelig.<sup>98</sup> I slike tilfeller må lenkingen anses som overføring til en «ny allmennhet» som rettighetshavere ikke hadde

---

<sup>92</sup> Sak C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*) avsnitt 196; Sak C-351/12 (*OSA*), avsnitt 32 og Sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 61.

<sup>93</sup> Rognstad (2019) s. 239.

<sup>94</sup> Dommens avsnitt 24 og 39.

<sup>95</sup> Op.cit., avsnitt 39. I juridisk litteratur blir også dette vilkåret kritisert for manglende støtte i Bernkonvensjonen artikkel 11bis(ii), se bl.a. Justin Koo (2019) s. 96.

<sup>96</sup> Dommen avsnitt 24.

<sup>97</sup> Op.cit., avsnitt 29. Se også sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 42.

<sup>98</sup> Op.cit., avsnitt 31.

tatt i betraktning da vedkommende gjorde innholdet tilgjengelig.<sup>99</sup> EU-domstolen understreker at det er uten betydning om restriksjonene foreligger på tidspunktet for første tilgjengeliggjøring, eller om restriksjonene tilkommer på et senere tidspunkt.

Samlet sett vil både lenker som *omgår tilgangsrestriksjoner*, aktører som *benytter andre tekniske midler*, og material som er lastet opp på internett *med rettighetshaveres samtykke*, utgjøre kriterier som medfører at verket ikke rettes mot en «ny allmennhet».

### 3.4 Lenker som omgår tilgangsrestriksjoner

En lenke som omgår en tilgangsrestriksjon, utgjør en overføring til allmennheten. EU-domstolen definerer restriksjoner som begrensninger etablert «*to restrict public access to that work to the latter site's subscribers only*».<sup>100</sup> Uttalelsen syntes å omfatte betalingsmurer, dvs. tekniske sperrer som begrenser verkstilgangen til betalende abonnenter eller til brukere som foretar enkeltkjøp for å oppnå tilgang til åndsverket.<sup>101</sup> Hverken *Svensson* eller etterfølgende EU-praksis angir imidlertid ytterligere krav til den reelle beskyttelsesevnen.

Det var forventet at spørsmålet skulle bli avklart i C-279/13 (*C More Entertainment*). Saken omhandlet lenking til direktesendte ishockeykamper som var forbeholdt betalende abonnenter av C More Entertainments nettsjener.<sup>102</sup> Saksøkte hadde etablert en lenke til kampene på egen internettside, slik at hans besøkende fikk gratis tilgang til direktesendingene. Högsta Domstolen i Sverige henvende seg til EU-domstolen, blant annet med spørsmål om det forelå opphavsrettsbrudd når tilgangsrestriksjonen kun utgjorde hemmelighold av nettadressen for andre enn registrerte abonnenter.

På bakgrunn av at avgjørelsen i *Svensson* som ble avsagt før innsendelsen av den prejudisielle forespørselen i *C More Entertainment*, valgte imidlertid Högsta domstolen å trekke tilbake spørsmålet om tilgangsrestriksjoner. Spørsmålet ble ansett løst ved at lenker som omgikk tilgangsbegrensninger måtte anses som tilgjengeliggjøring for et *nytt publikum*. EU-domstolen fikk dermed ikke anledning til å uttale seg nærmere om innholdet i restriksjonsbegrepet.

---

<sup>99</sup> Op.cit.

<sup>100</sup> Sak C-466/12 (*Svensson*), avsnitt 31; sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 50 og sak C-527/15 (*Filmspeler*), avsnitt 49.

<sup>101</sup> F.eks. VG+, Netflix, Spotify etc.

<sup>102</sup> Sak C-279/13 (*C More Entertainment*), avsnitt 10-11.

Denne usikkerheten vil som konsekvens gi større spillerom for nasjonale domstoler ved tolkning av kriteriet, hvilket kan true formålet med EU-retten om å sikre harmonisering og ensartethet blant medlemslandene. Det kan dermed stilles spørsmål om hva som kan kvalifiseres som tilstrekkelig tilgangsbegrensning.

Det kan søkes veiledning i opphavsrettsdirektivet øvrige bestemmelser. Etter direktivets artikkel 6 (1) skal medlemsland forhindre omgåelse av *tekniske beskyttelsessystem* («any effective technological measures») som er etablert av rettighetshaver.<sup>103</sup> Dette følges opp av artikkel 6 (3) som anser tekniske beskyttelsessystem *effektive* når verk er beskyttet av rettighetshaver med tiltak som er egnet til å *forhindre eller begrense* («is designed to prevent or restrict») tilgangen til materiale.

Et krav om at beskyttelsessystemet må ha en slik praktisk realitet samsvarer med EU-domstolens regelmessige bruk av ordet *omgåelse* («circumvention»)<sup>104</sup> Det gir ingen mening å tale om slike omgåelser dersom det ikke foreligger en restriksjon som faktisk er egnet til å forhindre tilgangen til verket. Det at restriksjonen må være praktisk anliggende kan også underbygges med at EU-domstolen i henhold til restriksjonsbegrepet taler om *tekniske betalingsperrer* («subscribers only»)<sup>105</sup>

Samlet sett må *omgåelse* anses som tekniske tilgangsbegrensninger som er egnet til å forhindre eller begrense tilgangen til verket. Det oppstiller ikke et krav om at restriksjonene er umulig å omgå, så lenge de er effektive og i det store og hele fungerer tilfredsstillende.

På bakgrunn av dette er det klart at *kontraktsrettslige begrensninger* på nettsider ikke utgjør overføringer til allmennheten. Dette følger allerede av at bruksvilkår på nettsider ikke oppfyller kravet til tekniske tilgangsbegrensninger. I tillegg vil kontraktrettslige forbehold heller ikke effektivt begrense verkstilgangen: brukere som har fått adgang til et verk via en lenke etablert i strid med et bruksvilkår, kunne ha fått tilgang til verket også uten lenken.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Inn tatt i åndsverksloven § 99.

<sup>104</sup> Sak C-466/12 (*Svensson*) avsnitt 31; sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 50, sak C-527/15 (*Filmspeler*), avsnitt 49.

<sup>105</sup> *Op.cit.*

<sup>106</sup> Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 27.

Hovedregelen må dermed bli at avtalerettslige tilgangsbegrensninger ikke vil omfattes av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).

Et vanskeligere spørsmål er om nettsider som begrenser tilgangen til åndsverk gjennom *myke betalingsmurer* kan utgjøre en overføring til allmennheten. Et typisk eksempel er nettaviser som tillater brukere å lese et bestemt antall nyhetsartikler per uke/måned. Slike adgangstreksjoner kan enkelt omgås ved å slette nettleserens minne, eller ved å aktivere «inkognito-modus» i Googles nettleser Chrome. Ettersom myke betalingsmurer ikke effektivt vil forhindre tilgangen til verkene, vil denne typen begrensninger trolig ikke oppfylle kravet til omgåelse.

Et annet utfordrende spørsmål er om det er tilstrekkelig å plassere beskyttet innhold på en «skjult» *nettadresse* som brukere får tilgang til i form av lenker etter at det tegnes abonnement. På den ene siden kan det argumenteres for at nettadressen ligger fritt tilgjengelig på nettet, og at tilgangsbegrensningen slik ikke er tilstrekkelig effektiv. På den annen side er lenken skjult ved at den er unntatt fra søkemotorindeksen. I motsetning til myke betalingsmurer kreves det dermed en viss grad av teknisk kyndighet for å få tilgang på materiale. Selv om dette er et grensetilfelle, vil det antageligvis være tilstrekkelig for å kvalifisere som en restriksjon.

### **3.5 Forholdet mellom ulike lenketyper**

*Referanselenker* er lenker som forflytter brukeren til den nettsiden lenker viser til. Både *hentelenker* («embedded links») og *rammeleker* («framing links») skiller seg fra slike referanselenker ved at det forespurte materiale integreres på den bestemte lenkenettsiden, enten fullt ut eller innenfor bestemte rammer. Teknikken gjør det eksempelvis mulig å sette inn en musikkvideo fra YouTube på egen privat nettside, slik at det rent visuelt fremstår som om videoen hører hjemme på denne siden. Denne typen lenking har derfor en nærhet til eksemplarframstillinger ved at brukere av hentelenker kan forlede nettbrukeren til å tro at materiale på rettighetshaverens nettsted er en del av lenkerens nettsted. I praksis er det dermed liten forskjell på hentelenker/rammelenker og kopiering av verk som opplastes på internett. Dette kan blant annet føre til mindre trafikk på rettighetshaverens egen nettside, og slik

redusere rettighetshaverens reklameinntekter og initiativ til skapelse av nye åndsverk.<sup>107</sup> Av nevnte grunner kan det derfor argumenteres for at hentelenker i motsetning til referanselenker, bør være omfattet av eneretten etter artikkel 3 (1).

Dette ble imidlertid avvist i *Svensson*, hvor EU-domstolen i et obiter dictum konstaterte at det var uten betydning at verket det lenkes til presenteres på en måte som gir uttrykk av at verket finnes på samme internettside, når verket i realiteten kommer fra et annet nettsted.<sup>108</sup> Denne rettstilstanden ble bekreftet av EU-domstolens avgjørelse i sak C-348/13 (*BestWater*).

I *BestWater* hadde den tyske vannfilterprodusenten *BestWater* International GmbH produsert en reklamefilm som ble lastet opp på YouTube, hvor to av *BestWaters* konkurrenter fant filmen og lenket til den slik at innholdet ble synlig som en integrert del av deres egne hjemmesider. Hovedspørsmålet for EU-domstolen var om publiseringen av slike hentelenkene utgjorde en overføring til allmennheten etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3(1).

Etter reglene om forenklet prosedyre fra *Svensson* kom EU-domstolen til at hentelenker hverken medførte at filmen ble tilgjengeliggjøring ved andre tekniske metoder, eller nådde et nytt publikum.<sup>109</sup> Begrunnelsen for sistnevnte slutning var at internettbrukere som fikk tilgang til filmen gjennom hentelenker var omfattet av det samme publikumet som rettighetshaveren hadde tatt i betraktning ved den opprinnelige tilgjengeliggjøringen.<sup>110</sup> EU-domstolen bekreftet med dette at «ny allmennhet»-kriteriet også måtte få anvendelse på hentelenker.

Rettstilstanden var med dette tilsynelatende avklart: En lenke vil utgjøre overføring til allmennheten etter artikkel 3 (1) om den gir tilgang til et nytt publikum, uavhengig av hvilken lenketype som brukes.

Det er klart at referanselenker og hentelenker fungerer på distinktvis forskjellige måter, og at sistnevnte lenketypen i større grad kan komme i konflikt med opphavers økonomiske rettigheter. Av nevnte grunner er det derfor underlig at EU-domstolen valgte å avgjøres

---

<sup>107</sup> Se også Tande (2004) s. 185 som påpeker at hentelenker *rent teknisk* utgjør en mer selvstendig form for overføring enn referanselenker.

<sup>108</sup> Sak C-466/12 (*Svensson*) avsnitt 29.

<sup>109</sup> Sak C-348/13 (*BestWater*) avsnitt 17 (avgjørelsen foreligger bare på tysk og fransk).

<sup>110</sup> Op.cit., avsnitt 18.

spørsmålet etter forenklet prosedyre, fremfor å foreta en nærmere vurdering om hvorvidt hentelenker burde omfattes av eneretten.

En alternativ løsning kan muligens hentes fra sak C-301/15 (*Soulier*), hvor EU-domstolen etablerte vilkår for *implisitt samtykke* («*implied licenses*»), og understrekte at anvendeligheten av kriteriet bare gjelder under strenge definerte omstendigheter.<sup>111</sup> Ettersom domstolen henviste til *Svensson* som et eksempel på implisitt samtykke,<sup>112</sup> kan det hevdes at rettighetshaveres samtykke må avgrenses til referanselenker.

En slik løsning har likevel ikke fått nevneverdig støtte i teori eller praksis. Samlet sett er det derfor uklart om hvorvidt alle lenketyper skal behandles likt. Dette vil øke den juridiske usikkerheten rundt lenking til opphavsrettsbeskyttende verk, hvilket vil være uheldig for både rettighetshavere og internettbrukere.

### **3.5.1 Rettighetshaveres beskyttelse mot hentelenker til lovlig publiserte verk.**

Selv om hentelenker og rammelenker til lovlig publiserte verk i utgangspunktet faller utenfor konseptet «overføring til allmennheten» betyr ikke dette at rettighetshaver står helt uten beskyttelse. Lenkene vil etter omstendighetene kunne begrenses gjennom nasjonale regler som ikke er gjenstand for harmonisering på EU-nivå. For det første kan en publisering av hentelenker rammes av *nasjonale markedsføringsregler*.<sup>113</sup> Videre kan hentelenker være i strid med nasjonale regler som beskytter *rettighetshaveres ideelle interesser*, for eksempel at presentasjon via hentelenken krenker opphaveres rett til å beskytte verkets integritet, jf. åndsverksloven § 5. Et særskilt spørsmål er hvilken betydning hentelenker har for *navngivelsesplikten*.

I Norge anviser åndsverksloven § 5 først ledd at opphavsmannen har krav på å bli navngitt slik som god skikk tilsier i forbindelse med tilgjengeliggjøring av verk for allmennheten. Når en person ved hjelp av hentelenke integrerer en annens verk på sin nettside, fremstår det som rimelig at opphavsmannen navngis. Men i henhold til føringer fra *Svensson* og *BestWater*,

---

<sup>111</sup> Dommen avsnitt 37

<sup>112</sup> Op.cit., avsnitt 36

<sup>113</sup> Eksempelvis markedsføringsloven § 25

utgjør i utgangspunktet publisering av lenker til fritt tilgjengelige verk *ikke* en tilgjengeliggjøring for allmennheten.

En naturlig forståelse av ordlyden i § 5 første ledd tilsier dermed at det ikke gjelder en navngivelsesplikt ved bruk av hentelenker. I forarbeidene har departementet imidlertid vært oppmerksom på denne problemstillingen. Selv om handlingen ikke faller inn under enerettsbestemmelsen i § 3 «*er det ikke utelukket at den i visse tilfeller vil kunne rammes av bestemmelsen om ideelle rettigheter i § 5*».<sup>114</sup> Bruk av hentelenker til å integrere et verk blir av departementet nevnt som et konkret eksempel på en handling som etter omstendighetene kan anses som en krenkelse av de ideelle rettighetene.

## **3.6 Uavklarte spørsmål tilknyttet «ny allmennhet»**

En tilbakevendende innvending mot EU-domstolen er at den ofte treffer korte avgjørelser, med begrenset veiledning for hvordan deres retningslinjer skal forstås og anvendes. Dette var også tilfellet i *Svensson*, hvor introduksjon av «ny allmennhet»-kriteriet reiser flere uavklarte spørsmål. I det følgende skal noen av disse problemstillingene behandles nærmere.

### **3.6.1 Har rettighetshaver tatt i betraktning alle internettbrukere**

For det første kan det stilles spørsmål om begrepet «tok i betraktning» kan forstås som ensbetydende med det rettighetshaver direkte har samtykket til, med den følge at rettighetshaver har tatt i betraktning *alle internettbrukere* når åndsverket legges ut på internett.<sup>115</sup>

Rettighetshavere flest er nok klar over at alle internettbrukere ikke vil få direkte tilgang til deres åndsverk når disse publiseres på nettet. Tilgjengeligheten til materiale kan variere avhengig av forskjellige faktorer som språk, geografisk beliggenhet og brukerpreferanser. I tillegg kan et verk bli publisert på en nettside som er åpen, men som likevel er svært vanskelig å finne for alminnelige internettbrukere.

---

<sup>114</sup> Prop.104 L (2016-2017) s. 49

<sup>115</sup> Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 42; sak C-466/12 (*Svensson*), avsnitt 27 og sak C-348/13 (*BestWater*), avsnitt 15-18.



På denne bakgrunn mener Rognstad – med henvisning til *Soulier*<sup>116</sup> – at «tok i betraktning» ikke er ensbetydende med det rettighetshaver direkte har samtykket til, og at momentet må avgrenses til et *stilltiende samtykke til første overføring*. Konsekvensen blir at lenking ikke når et annet publikum enn det som dekkes av rettighetshaveres uttrykkelige eller stilltiende samtykke til første overføring.<sup>117</sup>

Denne forståelsen kan underbygges med det høye beskyttelsesnivået rettighetshavere tilkjennes gjennom opphavsrettsdirektivet og praksis fra EU-domstolen. Dette innebærer at det kun skal være en relativ snever adgang til å vedta og håndheve innskrenkninger av eneretten. En motsatt løsning der rettighetshaver tar i betraktning alle internettbrukere ved publiseringen, kan også føre til en utvanning av eneretten. Tilnærmingen vil eksempelvis gjøre det vanskelig for rettighetshavere å utgi eksklusive lisenser, siden disse blir ineffektive etter første publisering.<sup>118</sup> En slik forståelse kan motivere rettighetshavere til å sette flere restriksjoner på egne åndsverk, eller skremme dem fra å publisere sitt innhold på internett.

Følgelig er det nærliggende å slå fast at rettighetshavere ikke har tatt i betraktning alle internettbrukere når de publiserer verk på internett uten tilgangsbegrensninger.

### 3.6.2 Når skal «ny allmennhet» anvendes i lenkesaker

EU-domstolen har i flere saker fremhevet at et beskyttet åndsverk må overføres ved hjelp av et annet teknisk middel enn det opprinnelige, *eller* overføres til et nytt publikum, for at handlingen skal anses som «communication to the public» etter artikkel 3 (1).<sup>119</sup>

Formuleringene kan indikere at det er tilstrekkelig at overføringen benytter et særlig teknisk middel, og at det i slike situasjoner ikke er nødvendig å vurdere om verket også er overført til en ny allmennhet. På denne grunnlag kan det spørres om «ny allmennhet»-kriteriet ikke behøves drøftet i denne typen saker.

---

<sup>116</sup> Dommens avsnitt 36.

<sup>117</sup> Rognstad (2019) s. 244.

<sup>118</sup> ALAI (2014), s. 16.

<sup>119</sup> Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 37; sak C-527/15 (*Filmspelers*), avsnitt 33; sak C-610/15 (*Ziggo*), avsnitt 28. og sak C-161/17 (*Renckhoff*), avsnitt 24.

Selv om det virker forlokkende å trekke en slik slutning ut fra EU-domstolens generelle uttalelser, kan en slik forståelse problematiseres. I flere av sakene der domstolen har anvendt «ny allmennhet», kan det strengt tatt hevdes at verkene ble overført med en «*annen teknisk metode*» («different technical means»). Bruk av mediespiller med innebygde lenker er for eksempel et annet teknisk middel enn lenkene i seg selv. Tilsvarende er en plattform som formidler bit torrentfiler definitivt et annet teknisk middel enn overføring av mediefilene mellom brukere av plattformen. Dersom «forskjellige tekniske midler» skal tolkes bokstavelig som et alternativ til «ny allmennhet», ville det ikke vært nødvendig å vurdere sistnevnte kriterium, hvilke EU-domstolen nettopp valgte å gjøre i *Filmspeler* og *Ziggo*.<sup>120</sup>

Denne tilnærmingen kan også utfordres av avgjørelsen i sak C-138/16 (*AKM*). I saken presiserte EU-domstolen uttrykkelig at videresending av østerrikske fjernsynskanaler via kabelnett, utgjorde et annet teknisk middel enn den opprinnelige overføringen gjennom radio- eller TV- sendinger.<sup>121</sup> Likevel valgte EU-domstolen å vurdere om materiale også var overført til en ny allmennhet.<sup>122</sup>

EU-domstolen anerkjente likevel at overføring som gjør bruk av spesielle tekniske midler «*i prinsippet*» skal tillates individuelt av rettighetshaveren.<sup>123</sup> I teorien har Rognstad tatt til orde for at uttrykket «i prinsippet» kan forstås som et forbehold, og at det kan stilles spørsmål om det egentlig er internettoverføringer som står i en særstilling.<sup>124</sup> Dette kan underbygges med sak C-265/16 (*VCAST*), hvor EU-domstolen med henvisning til *ITV Broadcasting* mente at det ikke var nødvendig å undersøke om et selskaps videresending av TV-programmer via internett var til en «ny allmennhet».<sup>125</sup>

Samlet sett kan dette indikere at begge kriteriene må drøftes i lenkesaker. På bakgrunn av den sprikende rettspraksisen, vil det likevel være fornuftig å avvente videre praksis før det trekkes en endelig konklusjon.

---

<sup>120</sup> Sak C-527/15 (*Filmspeler*), avsnitt 48 og sak C-610/15 (*Ziggo*), avsnitt 45.

<sup>121</sup> Dommen avsnitt 26.

<sup>122</sup> Op.cit., avsnitt 28-30.

<sup>123</sup> Op.cit., avsnitt 24 med henvisning til sak C-117/15 (*Reha Training*).

<sup>124</sup> Rognstad (2019) s. 242.

<sup>125</sup> Dommen avsnitt 49-50.

### 3.6.3 Konsumpsjon av overføringsretten

Et annet spørsmål er om bruken av «ny allmennhet»-kriteriet i lenkesaker innebærer en form for *konsumpsjon* av rettighetshaveres enerett i strid med opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (3).

Det følger av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (3) at overføringsretten ikke skal konsumeres ved overføring eller tilrådighetsstillelse av verket for allmennheten. Regelen må vurderes i sammenheng med direktivets fortale punkt. 29, der det fremgår at reglene om konsumpsjon ikke er relevant for tjenester i sin alminnelighet og netjtjenester i særdeleshet.

En rettslig konsekvens av EU-domstolens innføring av «ny allmennhet» i lenkesaker er at overføring via lenker kan forekomme nettopp uten rettighetshavers samtykke. Det er derfor blitt hevdet at kriteriet *de facto* innebærer en konsumpsjon av overføringsretten i strid med opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (3).<sup>126</sup>

Kritikken må imidlertid nyanseres i lys av at «ny allmennhet» beskjedne rekkevidde. For det første vil kriteriet bare omfatte videreutnyttelse på *internett*, all tid rettighetshaver kan nekte videreføring ved bruk av «*different technical means*». I tillegg kan rettighetshaveren beholde kontrollen over material opplastet på internett, enten ved å *fjerne innholdet* eller ved å opprette *effektive tilgangsrestriksjoner*. Som vist i punkt 3.4 vil lenking til slikt uautorisert material utgjøre opphavsrettsinnbrudd etter artikkel 3 (1). Gjennom anvendelse av nokså enkle kriterier kan rettighetshaveren dermed begrense konsumpsjonseffekten til «ny allmennhet»-kriteriet.

Dette bekreftet EU-domstolen også i sak C-161/17 (*Renckhoff*). Saken gjaldt en tysk skolejente som hadde lastet ned et fotografi av byen Córdoba for bruk i en spanskpresentasjon. Skoleoppgaven ble deretter lastet opp på skolens nettside, og slik tilgjengeliggjort for besøkende på nettsiden. Skolekretsen Nordrhein-Westfalen ble saksøkt av fotografen Dirk Renckhoff, og spørsmålet som kom opp for EU-domstolen var om opplastningen av presentasjonen med fotografiet var overføring av verket til allmennheten.

---

<sup>126</sup> Se bl.a. ALAI (2014) s. 2, Axhamn (2015), s. 864, Rosén (2014) s. 663.

I saken anførte Nordrhein-Westfalen at opplastning av et autorisert verk måtte likestilles med tilfellet i *Svensson*, med den følge at fotografiet ikke kunne anses overført til en «ny allmennhet», siden det allerede var tilgjengelig fra en annen nettside på internett.<sup>127</sup>

EU-domstolen var ikke enig, og påpekte at en slik løsning ville konsumert overføringsretten i strid med artikkel 3 (3), samt frarøve rettighetshaveren muligheten til å kreve et passende vederlag basert på faktisk utnyttelse av verket.<sup>128</sup> EU-domstolen fremhevet også den betydelige forskjellen mellom lenking og ny opplastning. I lenketilfeller beholder rettighetshaveren kontrollen over verket ettersom lenkens funksjon forsvinner om verket fjernes fra den opprinnelige nettsiden. Ved ny opplastning stiller det seg annerledes. Når et åndsverk lastes opp på et nytt nettsted, forblir verket tilgjengelig på dette nettstedet selv om originalverket fjernes fra den opprinnelige nettsiden. EU-domstolen slår på dette grunnlaget fast at enerettens funksjon som forbudsrett ville blitt illusorisk dersom opplastning likestilles med lenking.<sup>129</sup> Følgelig måtte den nye opplastningen av fotografiet anses som en overføring til en «ny allmennhet», som krever nytt samtykke fra rettighetshaver.

Ettersom rettighetshaveren gjennom nokså enkle handlinger kan begrense konsumpsjonseffekten til ny allmennhet-kriteriet, er det nærliggende å slå fast at bruken av kriteriet i lenkesaker ikke innebærer en konsumpsjon av rettighetshaveres enerett i strid med opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (3).

---

<sup>127</sup> Dommen avsnitt 27.

<sup>128</sup> Op.cit., avsnitt 34 som med henvisning til sak C-403/08 and C-429/08 (*Premier League*), bekrefter at muligheten av å oppnå et passende vederlag er den sentrale begrunnelsen for regelen i artikkel 3 (3).

<sup>129</sup> Op.cit., avsnitt 30.

# 4 Lenking til ulovlig opplastet åndsverk

## 4.1 Innledning

I punkt 3 var forutsetningen at lenkene henviste til åndsverk som var opplastet på internett *med rettighetshaveren samtykke*. Tema i punkt 4 er lenking til åndsverk som er opplastet på internett *uten samtykke fra rettighetshaveren*.

Som nevnt løste *GS Media* problemstillingen med kunnskap- og profittkriterier. I punkt 4.2 presenteres denne fremgangsmåten, før spørsmål knyttet til kriterienes innhold og terskel nærmere analyseres i punkt 4.3 og 4.4. Deretter vil det i punkt 4.5 og 4.6 vurderes hvilken betydning tilnærmingen har fått for henholdsvis søkemotorer og lenker i tilfeller det eksisterer flere opplastninger av samme verk. Videre skal kritikk mot EU-domstolens utvikling av kriteriene drøftes i punkt 4.7, før det tilslutt i punkt 4.8 og 4.9 skal redegjøres for hvilken betydning tilnærmingen kan få for norsk rett og overføringer utenfor internett.

## 4.2 EU-domstolens utvikling av kunnskap- og profittkriterier

Den logiske slutningen fra *Svensson* er at lenking til ulovlig material utgjør en «overføring til allmennheten» etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1). Bakgrunnen er at rettighetshaveren i en slik situasjon ikke har tatt i betraktning et publikum overhode, og at enhver overføring derfor tilgjengeliggjør verket en «*ny allmennhet*».<sup>130</sup> I lys av lenkers vitale rolle for å sikre et funksjonelt internett, er en slik tilnærming problematisk: Det kan være vanskelig for internettbrukere å vite om innholdet det lenkes til, er lovlig lagt ut på nettet.

---

<sup>130</sup> Dette ble lagt til grunn i bl.a. Bundesgerichtshofs avgjørelse i BestWater-saken, samt foreslått av Generaladvokat Wathelet i sak C-160/15 (*GS Media*) avsnitt 67

På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål om hvordan *GS Media* unngikk den strenge anvendelsen fra *Svensson*, og på hvilket grunnlag EU-domstolen fant det rettmessig å skape en ny tilnærming for behandling av lenker til ulovlig publisert material.

I *GS Media* hadde det australske sladderbladet *GeenStijl* publisert tre artikler som lenket til nakenbilder av den nederlandske kjendisen Britt Dekker, ment for publisering i magasinet *Playboy*. Ved å klikke på lenkene ble brukere av nettsiden forflyttet til datalagrinstjenesten *Filefactory.com* der bildene lå fritt tilgjengelig for nedlastning. *GS Media*, operatør av den nederlandske nettsiden, nektet å etterkomme pålegg fra redaktøren av *Playboy* (*Sanoma*) om å fjerne lenkene. Hovedspørsmålet som ble stilt EU-domstolen, ved forespørsel fra den nederlandske Høyesterett, var om lenking til et verk lagt ut på internett *uten rettighetshavers samtykke* utgjør en «communication to the public» etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3(1).<sup>131</sup>

Den logiske slutning fra *Svensson* ble avvist i *GS Media*. EU-domstolen påpekte at avgjørelsene i de tidligere lenkesakene kun refererte til situasjoner der rettighetshavere hadde tillatt den primære publiseringen, og at lenker som henviser til åndsverk uten samtykke, slik måtte falle utenfor konseptet om overføring til allmennheten.<sup>132</sup> Avgjørelsene bekreftet snarere viktigheten av at det var gitt et slikt samtykke, fordi de legger til grunn at all overføring av et verk til allmennheten krever tillatelse fra rettighetshaver.<sup>133</sup> Dette medfører at lenking til et verk som var publisert uten rettighetshaveres samtykke som hovedregel må anses som en overføring til en «ny allmennhet».

EU-domstolen fremhevet imidlertid at internett er særlig viktig for ytring- og informasjonsfriheten, som er beskyttet av artikkel 11 i EUs charter om grunnleggende rettigheter, og at lenker i så henseende har en sentral funksjon.<sup>134</sup> Underforstått: Et objektivt ansvar for lenking til verk som er publisert uten samtykke, kan hemme internett som informasjonskanal. På denne bakgrunn oppstiller domstolen et *kunnskapskrav* om at verket det lenkes til er gjort tilgjengelig uten rettighetshaveres samtykke.

---

<sup>131</sup> Dommen avsnitt 25.

<sup>132</sup> Dommen avsnitt 40 og 43.

<sup>133</sup> Op.cit.

<sup>134</sup> Op.cit., avsnitt 40 og 45.

Bakgrunnen for tilnærmingen stammer fra sak C-135/10 (*SCF*), hvor EU-domstolen ved tolkning av «communication to the public» i utleiedirektivet artikkel 8 (2)<sup>135</sup> bemerket at *rettens egenart* påkrevde en individualisert vurdering.<sup>136</sup> Like fullt valgte EU-domstolen i *Reha Training* å legge til grunn en tilsvarende forståelse ved tolkning av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).<sup>137</sup> Resultatet er at det også i opphavsretten må foretas en individualisert vurdering, hvilket EU-domstolen utnyttet i *GS Media* gjennom introduksjon av kunnskapskrav.

I *GS Media* erkjenner EU-domstolen at det kan være vanskelig for den som lenker å vite om materiale det lenkes til var lagt ut med rettighetshavers samtykke.<sup>138</sup> Av denne grunn utviklet domstolen et samspill mellom profittkriteriet og kunnskapskriteriet som ikke tidligere er blitt anvendt under opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).

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.»*<sup>139</sup>

En slik aktører handler i alminnelighet ikke med full kjennskap til konsekvensene av sine handlinger. Derimot vil aktører som *visste eller burde visst* at verket er ulovlig offentliggjort, foreta en overføring til allmennheten.<sup>140</sup> Dette vil typisk være tilfellet der rettighetshavere har informert aktøren om at leken henviser til et verk som er urettmessig tilgjengeliggjort.<sup>141</sup> Dersom lenkeaktøren i et slikt tilfelle unnlater å fjerne lenke, vil lenkingen innebære overføring til allmennheten etter artikkel 3 (1).

---

<sup>135</sup> direktiv 92/100/EF.

<sup>136</sup> Dommens avsnitt 75-76.

<sup>137</sup> Dommens avsnitt 34-35.

<sup>138</sup> Op.cit., avsnitt 46.

<sup>139</sup> Op.cit., avsnitt 48.

<sup>140</sup> Op.cit., avsnitt 49.

<sup>141</sup> Op.cit.

For personer som lenker med *profittformål* («*carried out of profit*») snues presumsjonen. Dette skyldes det:

*«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.»*<sup>142</sup>

EU-domstolen opererer dermed med en formodning om at slike aktører har full kjennskap til verkets opphavsrettslige status. Dersom aktøren ikke kan tilbakevise presumsjonen om kunnskap, er det overføring til allmennheten etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1).

På bakgrunn av dette kom retten til at GreenStijl hadde lenket med profittformål, og at operatørene dermed visste at lenkene henviste til ulovlig publiserte åndsverk. EU-domstolen konkluderte med at lenkingen til filene som var åpent tilgjengelig på andre nettsider måtte utgjøre «overføring til allmennheten» etter direktivets artikkel 3 (1).

Følgelig har EU-domstolen skaffet seg et stort handlingsrom for behandling av lenkespørsmålet. Det skal foretas en bred vurdering hvor domstolen kan tillegge kriterier vekt ut fra de konkrete omstendighetene i den enkelte sak. Tilnærmingen har gjort det mulig unngå et enten/eller- standpunkt i lenkespørsmålet, og åpnet for en nyanserte avveininger mellom rettighetshaveres og internettbrukeres interesser.

På den annen side vil bruk av irregulære kriterier ikke være egnet til å fremme forutberegnelighet, men snarere legge til rette for tvil og rettsvister. Usikkerheten forsterkers ved at EU-domstolen heller ikke har gitt tydeligere retningslinjer for hvordan kriteriene skal forstå. Dette belyses nærmere nedenfor i punkt 4.3 og 4.4.

---

<sup>142</sup> Op.cit., avsnitt 51.



### 4.3 Nærmere om profittkriteriet

Etter *GS media* gjelder det en formodning om kunnskap dersom lenkingen er «*carried out of profit*».<sup>143</sup> EU-domstolen utdyper imidlertid ikke nærmere hva som ligger i dette kriteriet. Spekteret for kommersiell lenking er bredt, og åpner for ulike løsninger i nasjonal rett. Et aktuelt spørsmål er dermed om den spesifikke lenken må være publisert med profitt hensikt, eller om det er tilstrekkelig at nettsiden det lenkes fra er drevet med profittformål.

Formuleringen «*when the posting of hyperlinks is carried out for profit*» (min utheving) kan isolert sett indikere at det er *lenken i seg selv* om må være dekket av profitt. I så fall må presumsjonen om kunnskap ved profittformål reserveres for nettsted som opererer med annonseinntekter per lenkeklikk eller andre lignende ordninger.

En ordning der kommersielle aktører må behandles forskjellig alt etter om det kan påvises profittmotiv, gir imidlertid en løsning som *rent praktisk* blir vanskelig å håndheve.

En slik forståelse samsvarer også dårlig med tidligere praksis fra EU-domstolen. I *Rafael Hoteles* og *Premier League* var det uten betydning at aktørene profiterte på den bestemte overføringen av TV- og radiosignaler til kunder. Avgjørende for profittkriteriet var at overføringshandlingene ville gi virksomhetene økonomiske fordeler, slik som økt attraktivitet og flere besøkende.<sup>144</sup> På bakgrunn av dette kan det argumenteres for at det er konteksten rundt handlingen som er av betydning, og ikke om overføringen genererer direkte inntekter.

I *Filmspeler* bekrefter EU-domstolen en slik vid forståelse av profittkriteriet. I saken var det først og fremst salget av mediespillerne som var inntektsgivende. Inkluderingen av forhåndsinstallerte addons med lenker til opphavsrettskrenkende materiell var i hovedsak gjort for å gjøre kjøpet mer attraktivt.<sup>145</sup> Den opphavsrettskrenkende handlingen bidro derfor indirekte til profittformål.

EU-domstolens vurdering i *Ziggo* forsterker en slik tolkning. Det var etter domstolen sin oppfatning ingen tvil om at TPB hadde blitt drevet med profittformål, da nettsiden hadde

---

<sup>143</sup> Op.cit.

<sup>144</sup> Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), avsnitt 44 og C-403/08 og C-429/08, (*Premier League*), avsnitt 205-206.

<sup>145</sup> Dommen avsnitt 51.

mange besøkende og fikk høy inntjening på salg av annonseplasser.<sup>146</sup> Rettsstillingen kan med dette forstås slik at det må foretas en vurdering av virksomheten som en *helhet*, og hvorvidt overføringshandlingen bidrar til å skape profitt.<sup>147</sup> Følgelig er det tilstrekkelig at nettsiden det lenkes fra er drevet med profittformål.

## 4.4 Nærmere om kunnskapskriteriet

### 4.4.1 Lenking uten profittformål

For aktører som *ikke* lenker i profittensikt er presumsjonen at lenkingen er foretatt uten kunnskap om det ulovlige forholdet.<sup>148</sup> EU-domstolen bemerker likevel at det motsatte skal gjelde for en ikke-profigterende aktør «*where it is established that such a person knew or ought to have known*» at materiale var ulovlig publisert uten rettighetshaveres samtykke.<sup>149</sup> Uttalelsen kan tas til inntekt for at presumsjonen er motbevist dersom lenkeren har faktisk kunnskap om den ulovlige opplastningen. Et aktuelt spørsmål er dermed i hvilke tilfeller aktører uten profittformål *vet eller burde vite* at åndsverket det lenkes til var opplastet på nettet uten tillatelse fra rettighetshaveren.

EU-domstolen gir begrenset veiledning for besvarelse av spørsmålet. Både *GS Media*, *Filmspeler* og *Ziggo* omhandler aktører med profittformål, mens *Renckhoff* behandler spørsmål om ulovlig opplastning av åndsverk. Domstolens uttalelse i *GS Media* om at aktøren *burde vite* at leken henviste til ulovlig material, kan likevel gi en indikasjon på at lenkeleverandøren har en alminnelig undersøkelsesplikt.<sup>150</sup>

En slik isolert fortolkning vil imidlertid samsvare dårlig med EU-domstolens presumsjon om at ikke-profigterende aktører som hovedregel lenker *uten kunnskap* om det ulovlige forholdet.<sup>151</sup> Det kan tale mot at det foreligger en alminnelig undersøkelsesplikt.

---

<sup>146</sup> Dommen avsnitt 46.

<sup>147</sup> Se tilsvarende Mål FT 11052-15 Attunda Tingsrätt (Sverige); sak 310 O 402/16 Landgericht Hamburg (Tyskland) og sak 33 T 54/2016 Obvodní soud pro Prahu (Tsjekkia).

<sup>148</sup> Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 48.

<sup>149</sup> Op.cit., avsnitt 49.

<sup>150</sup> Domstolen avsnitt 54.

<sup>151</sup> Op.cit., avsnitt 48.

Dette kan også underbygges med at domstolen trekker frem varsel som eksempel på tilfelle der lenkeren i profittensikt *burde visst* om den ulovlige opplastningen.<sup>152</sup> Eksempelet antyder at undersøkelsesplikten må reserveres for åpenbare tilfeller der lenkeleverandøren har *særlig oppfordring* til å foreta nærmere undersøkelser.

En slik forståelse harmoniserer med ytringsfriheten og hensynet til et åpent internett. Samtidig vil rettighetshavers interesser bli tilstrekkelig ivaretatt gjennom varslingsmuligheten: ved å informere om det ulovlige forholdet elimineres lenkerens gode tro, og slik gjenopprette kontrollen over åndsverket.

EU-domstolens rettspraksis kan dermed ikke tas til inntekt for en alminnelig undersøkelsesplikt for lenking uten profittformål. Hovedregelen er dermed at privatpersoner fritt kan publisere lenker på internett uten risiko for opphavsrettsbrudd, med mindre aktøren får særlig oppfordring til å undersøke lovligheten av innholdet det lenkes til.

#### **4.4.2 Lenking med profittformål**

For aktører som *lenker i profittensikt* vil presumsjonen om kunnskap snues slik at det blir opp til lenkeaktøren å bevise at han ikke visste, eller burde visst at verket var tilgjengeliggjort uten rettighetshavers samtykke.<sup>153</sup> Den plausible fremgangsmåten må være fremleggelse av bevis for de undersøkelser som faktisk er foretatt, og eventuelle omstendigheter som vanskeliggjorde ytterligere undersøkelser. Dette gir grunnlag for en problemsstilling om hva undersøkelsesplikten innebærer, og hvor terskelen bør settes for å kunne regnes for å være i aktsom god tro.

Hvis *opphavsrettigheten er kjent* må det forventes at lenkeaktøren forhører seg med vedkommende, og forsikrer seg om at verket er lovlig publisert på nettet. Dersom rettighetshaver ikke svarer på henvendelsen, vil hensyn til ytrings- og informasjonsfrihet tale for at overføringshandlingen må aksepteres.

---

<sup>152</sup> Op.cit., avsnitt 49.

<sup>153</sup> Op.cit., avsnitt 51.

I tilfellet der *opphavsrettigheten er helt ukjent*, vil det kunne bli utfordrende å avdekke lovligheten gjennom ordinære undersøkelser. Vanskeligheten rundt avklaringen av rettighetshavers identitet kan således utgjøre et moment i interesseavveiningen av om hvorvidt lenkingen bør tillates.

EU-domstolens avgjørelser i lenkesakene gir begrenset veiledning i vurdering av hvor *streng aktsomhetsnormen* skal være i det konkrete tilfellet. I både *GS Media*, *Filmspeler* og *Ziggo*, var det åpenbart at aktørene lenket i profittensikt, og dermed ikke har foretatt tilstrekkelige undersøkelser for å avdekke den ulovlige opplastningen. Presumpsjonen som oppstilles i *GS Media* taler imidlertid i seg selv for en nokså streng undersøkelsesplikt: inntrykket er at kommersielle aktører bare i særtilfeller vil være i stand til å motbevise at lenkingen er gjort med kunnskap om det ulovlige forholdet.

En for streng undersøkelsesplikt kan imidlertid føre til at enkelte nettstedoperatører – i frykt for å komme i ansvar – vil avstå fra å dele material på internett. Dette er svært uheldig for ytrings- og informasjonsfriheten på internett, og kan tas til inntekt for at det ikke bør kreves en for kostnadskrevende og omfattende undersøkelsesplikt for å finne rettighetshaveren til helt ukjente verk.

Begrunnelsen for at ordinære internettbrukere ikke er underlagt kunnskapspresumpsjonen er at de ikke har tilstrekkelige forutsetninger til å undersøke om materialet er publisert med tillatelse fra rettighetshaveren.<sup>154</sup> Personer som driver nettsider med minimale inntekter, har ofte tilsvarende små forutsetninger til å kontrollere lovligheten av lekeinnholdet – typisk blogger med små annonser. En logisk slutning fra *GS Media* er dermed at jo svakere profittensikt og økonomisk fortjeneste nettsiden har, desto mindre vil kunnskapspresumpsjonen ved profitt gjøres gjeldende. Selv om profittkriteriet må tolkes i bred forstand, vil problemet dermed til en viss grad avdempes gjennom krav om beskjeden undersøkelsesplikt hos privatpersoner, og en mer omfattende undersøkelsesplikt for profesjonelle aktører.

En slik *fleksibel undersøkelsesplikt* kan også begrunnes i hensynet til rettighetshaveres økonomiske interesser. En alminnelig internettbruker med et beskjedent profittmotiv vil i

---

<sup>154</sup> Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 46.

større grad inneha et referansepreg, sammenlignet med en kommersiell aktør, hvor lenking inngår i virksomheten, og slik utgjør en større trussel mot rettighetshaveres egne interesser i å utnytte åndsverket. Dette vil gi en rimelig løsning som både vil sikre rettighetshaveres interesser, og samsvare med erkjennelsen i *GS Media* om lenkers betydning for ivaretagelse av informasjons- og meningsutveksling på internett.<sup>155</sup>

Konklusjonen blir dermed at det må legges til grunn en streng aktsomhetsnorm for profittmotiverende lenkeaktører, men der terskelen og kravet til undersøkelser vil kunne variere noe avhengig av hvor store ressurser vedkommende har til rådighet.

## 4.5 Søkemotorer

En søkemotor (Google, Bing, Yahoo! etc.) er en type programvare som leter frem informasjon fra internett, der informasjonen samsvarer med et gitt søk, og rangerer treffene etter hva den oppfatter som mest relevant. Dersom operatøren av søkemotoren er pålagt en undersøkelsesplikt for hver enkelt lenke som blir lagt ut, kan kostandene medføre at det blir vanskelig å drive slike plattformer. Et omdiskutert spørsmål er dermed om konseptet kunnskapspresumsjonen ved profittformål også dekker søkemotorer som gir brukere adgang på klikkbare lenker.<sup>156</sup>

Et argument for at kunnskapspresumsjonen ikke kan anvendes på lenker som genereres automatisk gjennom søkemotorer, er at det praktisk talt ikke gir mening å spørre om søkemotoren vet eller burde vite at en nettside inneholder ulovlig åndsverk.

En slik forståelse samsvarer med generaladvokat Szpunar sin rådgivende uttalelse i *Ziggo*. Generaladvokaten bemerket at kunnskapspresumsjonen ved profitt ville pålegge administratoren en generell undersøkelsesplikt, og at en slik regel ville gjøre det svært vanskelig å administrere nettverksplattformer som ofte inneholder betydelig mengde materiale.<sup>157</sup> Opphavsrettskrenkelser måtte i stedet regnes fra det tidspunktet operatøren av

---

<sup>155</sup> Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 45.

<sup>156</sup> Se bl.a. Rognstad/Bing (2012).

<sup>157</sup> Generaladvokat Szpunar forslag til avgjørelse i sak C-610/15 (*Ziggo*), avsnitt 52.

nettplattformen fikk *faktisk kunnskap* (actual knowledge») om opphavsrettskrenkelsen.<sup>158</sup> På denne bakgrunn burde presumsjonen derfor forbeholdes lenking.<sup>159</sup>

Generaladvokatens argumentasjon blir imidlertid ikke kommentert i domstolslutningen. I avgjørelsen påpekte retten kun at TBP hadde annonseinntekter og at administratorene «*could not be unaware*» at plattformen hadde gitt tilgang til ulovlig publisert material.<sup>160</sup> Domstolen gir dermed ikke et konkret svar på om hvorvidt kunnskapspresumsjonen kan legges til grunn på generelt grunnlag.

Hensynet til rettighetshavers økonomiske interesser kan tale for at presumsjonen også bør gjelde for nettverksplattformer. På den annen side vil en slik formodning pålegge operatørene en betydelig tids- og resurskrevende undersøkelsesplikt. Sett i sammenheng med den store mengden material som ofte behandles på slike nettsteder, kan det også bli urealistisk vanskelig å overholde plikten.<sup>161</sup> Søkemotorer har en viktig funksjon på internett. Hensyn til ytrings- og informasjonsfrihet kan dermed tilsi at presumsjonen ikke kan anvendes på slike plattformer.<sup>162</sup>

En mulig løsning er å anvende «*notice og take down-proseduren*» for søkemotorene, uten å pålegge dem ansvar for lenking til ulovlig material før det foreligger melding om det.<sup>163</sup> Men siden EU-domstolen foreløpig ikke har fått mulighet til å vurdere om kunnskapspresumsjonen også dekker søkemotorer, står spørsmålet fortsatt uavklart.

---

<sup>158</sup> Op.cit., avsnitt 51.

<sup>159</sup> Op.cit., avsnitt 52.

<sup>160</sup> Dommens avsnitt 45-46.

<sup>161</sup> Rognstad (2019) s. 248.

<sup>162</sup> Se tysk høyesteretts (Bundesgerichtshofs) avgjørelse i GRUR 2018 s. 178 (Vorschaubilder III), engelsk oversettelse i IIC 2018 s. 357, der det ble konstatert at presumsjonen «does not apply, when making the due individual assessment under consideration of the special significance of search engines for the transmission of information on the Internet and with it the functionality ...». (avsnitt 60).

<sup>163</sup> Rognstad (2019) s 248.

## 4.6 Lenking i tilfeller det eksisterer flere opplastninger av samme verk

Det er ikke uvanlig at det eksisterer flere opplastninger av samme verk på internett. Rettighetshaveren kan ha gitt sitt samtykke til publisering av verket på en bestemt nettside. Samtidig kan verket være kopiert og lastet opp på andre nettsider, uten rettighetshaverens tillatelse. Etter avgjørelsen i *Renckhoff* er det klart at *ny opplastning* av åndsverket innebærer en overføring til allmennheten. Et spørsmål som derimot står ubesvart, er om det er tillatt å lenke til en nettside hvor verket er lastet opp uten samtykke fra rettighetshaveren, dersom det samme verket ligger lovlig og fritt tilgjengelig på et annet nettsted.

Dette spørsmålet har oppstått på bakgrunn av EU-domstolens avgjørelser i *Svensson* og *GS Media*.<sup>164</sup> I den sammenheng slo domstolen fast at rettighetshavere, ved å gjøre verket tilgjengelig på en nettside, har tatt i betraktning *hele internett* som potensielle mottakere av åndsverket. En lenke som leder brukere til en kopi lastet opp uten samtykke, medfører således ikke en overføring til en «*ny allmennhet*». Lenker som omgår tilgangsrestriksjoner må etter *Svensson* anses som tilgjengeliggjøring for en «*ny allmennhet*».<sup>165</sup> Dette kan tyde på at det er tillatt å lenke til en ulovlig kopi av verket, såfremt verket eksisterer fritt tilgjengelig med rettighetshaveres samtykke.<sup>166</sup>

På den annen side kan det hevdes at rettighetshaveren ikke har tatt i betraktning noen allmennhet med hensyn til den ulovlige kopieringen av åndsverket, og at lenking under disse omstendighetene derfor må klassifiseres som opphavsrettsbrudd etter artikkel 3 (1).<sup>167</sup> Innehaveren av opphavsrettigheten er naturligvis interessert i at trafikk genereres til sider hvor han har valgt å publisere sitt verk. I lys av formålet om å sikre et høyt beskyttelsesnivå for rettighetshavere, kan dette tas til inntekt for at denne sistnevnte tilnærmingen bør legges til grunn.

Til støtte for en slik tolkning er at EU-domstolen i *GS Media* ikke endret på konklusjonen i *Svensson*, der lenking til lovlig og fritt tilgjengelige verk faller utenfor konseptet overføring til

---

<sup>164</sup> Sak C-466/12 (*Svensson*), avsnitt 32 og sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 52.

<sup>165</sup> Sak C-466/12 (*Svensson*), avsnitt 31.

<sup>166</sup> Se bl.a. Arezzo (2014) s. 546).

<sup>167</sup> Se bl.a. Headdon (2014) s. 666.

allmennheten. Tvert imot behandlet EU-domstolen lenker til verk publisert uten rettighetshaveres tillatelse etter en *annen vurdering* (dvs. kunnskap og profittmotiv). Derfor vil lenking til en kopi av et verk publisert uten rettighetshaveres samtykke utgjøre en overføring til allmennheten, i henhold til *GS Media*, selv om slikt innhold er fritt tilgjengelig på et annet nettsted med rettighetshavers samtykke. En annen løsning ville blandet sammen tilnærmingene i *Svensson* og *GS Media*, og redusert sistnevnts relevans i sammenheng med å lenke til verk publisert uten rettighetshaveres samtykke.

Dette synes også å være i samsvar med EU-domstolens avgjørelse i *Renckhoff*. Begrunnelse for at opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1) også dekket ny opplastning var at dette ville utgjøre handlinger som rettighetshaveren verken har kjennskap eller mulighet til å kontrollere. Ved å overføre disse argumentene til spørsmålet om lenking, følger det at eneretten også dekker handlinger om lenker til en kopi av et verk som er gjort tilgjengelig uten rettighetshaveres samtykke.

Følgelig er det nærliggende å slå fast at det ikke er tillatt å lenke til en nettside hvor verket er lastet opp uten samtykke fra rettighetshaveren, dersom det samme verket ligger lovlig og fritt tilgjengelig på et annet nettsted.

## 4.7 Kritikk av kunnskap- og profittkriteriet

I *GS Media* introduserer EU-domstolen en ny dimensjon til overføringsbegrepet ved å nedlegge en presumsjon om *kunnskap* hos aktører som lenker i *profitthensikt*. I den forbindelse kan det stilles spørsmål om EU-domstolen har tilstrekkelig støtte for en slik tilnærming.

Som påpekt i punkt 2.2. har kunnskapskravet blitt anvendt i flere saker forut avgjørelsen i *GS Media*. Kriteriet syntes imidlertid å være lite problematisert, trolig fordi det tradisjonelt har vært åpenbart at handlingene er blitt foretatt bevisst. Når anvendelsen av kunnskapskriteriet problematiseres i lenkesaker, skyldes det utfordringen med å avgjøre om lenkeaktøren hadde kunnskap om *andres opplastninger av åndsverk* er gjort med tillatelse fra rettighetshaveren.



Bakgrunnen for kritikken er at *GS Media* utga seg for å være på linje med eldre rettspraksis da den nedla presumsjon om kunnskap hos aktører som lenker i profittensikt. I saken henviste domstolen til *Rafael Hoteles*, der kriteriet «*in full knowledge of the consequences of its action*» ble benyttet i vurderingen om hotellet hadde spilt en *avgjørende* («indispensable») rolle for å gi en ny allmennhet tilgang til beskyttet fjernsynsinnhold. Det var på dette grunnlaget *GS Media* oppstilte kunnskapskravet om at det var tilstrekkelig at lenkeaktører *burde vite at innholdet som ble formidlet var ulovlig*.

En nærliggende tolkning av kriteriet «*in full knowledge of the consequences of its action*» er imidlertid at det kun var ment å beskrive aktørens kjennskap til konsekvensene av den *nødvendige handlingen*.<sup>168</sup> Dette kan underbygges med praksis fra EU-domstolen avsagt i forkant av *GS Media*, hvor ord som *bevisst* («deliberately») eller med *vilje* («intentionally») gjennomgående benyttes som synonym for «*in full knowledge of the consequences*».<sup>169</sup>

Samlet sett antyder dette at *GS Media* avviker fra tidligere praksis ved å fastslå at kjennskap til konsekvensene av handlingene er ensbetydende med et krav om at aktøren har konkret kunnskap om lovligheten av det innholdet som formuleres.<sup>170</sup>

Relevansen av profittmotivet er heller ikke ny i vurderingen av om det foreligger en overføring til allmennheten etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1). Hovedformålet med åndsverksloven og opphavsrettsdirektivet er nettopp å beskytte rettighetshavers økonomiske interesser, og EU-domstolen fastslo blant annet i *Premier League* at «*...it is not irrelevant that a 'communication' within the meaning of Article 3(1) of the Copyright Directive is of a profit-making nature*».<sup>171</sup> Selv om EU-domstolen anerkjente profittmotivets relevans i domsslutningen, fikk det ikke noen avgjørende betydning for saksutfallet.

EU-domstolens utvikling av profitt- og kunnskapskriterier fremstår derfor løsrevet fra all tidligere praksis med beskjedne holdepunkter i nedfelte rettskilder. Fremgangsmåten bærer

---

<sup>168</sup> Se Rognstad (2019) s 227.

<sup>169</sup> Se sak C-136/09 (*Organismos*), avsnitt 38-39 («deliberately»); sak C-403/08 og C-429/08 (*Premier League*), avsnitt 194-196 og 198 («intentionally»); sak C-135/10 (*SCF*), avsnitt 94 («deliberately»); sak C-162/10 (*PPL*), avsnitt 40 («deliberate»); sak C-607/11 (*ITV Broadcasting*), avsnitt 38 («deliberate»); C-351/12 (*OSA*), avsnitt 26, 33 («deliberately» og «intentionally»); C-151/15 (*SPA*), avsnitt 14, 22 («deliberately»); sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 47, 54, 55 («intentionally»).

<sup>170</sup> I denne retning også Rognstad (2019) s. 227.

<sup>171</sup> Sak C-403/08 (*Premier League*), avsnitt 204.

preg av pragmatisme og irregulær bruk av kriterier for å balansere hensynet til internetts funksjon og rettighetshaverinteressene. En slik tilnærming er ikke egnet til å fremme forutberegnelighet. Tvert imot kan skape usikkerhet blant lenkeaktører, og slik begrense informasjons- og meningsutveksling på internett.

## 4.8 Introduksjon av et subjektivt kriterium i en objektiv vurdering

EU-domstolens inkorporasjon av en uaktsomhetsvurdering i overføringsbegrepet innebærer et klart brudd med den tradisjonelle systematikken i åndsverksloven. I norsk rett har praktisering av eneretten bygget på et tydelig skille mellom *objektiv tilgjengeliggjøring* og *subjektiv skyld*, jf. henholdsvis åndsverksloven § 3 og sanksjonsbestemmelsene i kapittel 5. Sondringen har gode grunner for seg: Ettersom formålet med eneretten er å sikre rettighetshavers økonomiske interesse, vil det virke unaturlig å knytte vilkåret om overføring til et spørsmål om hva overtrederen vet eller burde vite om åndsverket.

Denne utvidelsen av tilgjengeliggjøringsbestemmelsen synes også å stride mot den friheten håndhevingsdirektivet<sup>172</sup> gir medlemsstatene med hensyn til sanksjoner. Selv om håndhevingsdirektivet foretar en viss harmonisering i dette henseendet, er direktivet ikke til hinder for etablering av nasjonale sanksjonsregler basert på et objektivt ansvar.<sup>173</sup>

For norsk rett vil utbyggelsen av kunnskapskravet gi redusert mulighet til å få avsagt forbudsdommer etter åndsverksloven § 78 (1) første punktum: tradisjonelt har ikke subjektiv kunnskap utgjort et vilkår for å nedlegge forbud mot bruk i strid med eneretten, mens muligheten nå vil være betinget av lenkerens kunnskap om det ulovlige forholdet. Tilsvarende vil gjelde for erstatningsregelen i åndsverksloven § 81 (4), jf. håndhevingsdirektivet art. 13(2), som gir henvisning på et objektivt ansvar for nettofortjenesten ved opphavsrettskrenkelsen.

---

<sup>172</sup> Direktiv 2004/48/EF om håndheving av immaterialrettigheter - ikke inntatt i EØS-avtalen).

<sup>173</sup> Se håndhevingsdirektivet art. 2.1 og 16, samt art. 13.2.

Konsekvensen av EU-domstolens inkorporasjon av kunnskapskravet er dermed at det nå uansett må foretas en skyldvurdering i lenkesaker. Selv om dette kan medføre en de facto harmonisering av sanksjonsreglene i medlemstatene, vil regler som tidligere har gitt rettighetshaveres et effektivt vern nå bli vanskeligere å håndheve. På dette området vil EU-domstolens løsning dermed samsvare dårlig med hovedformålet i opphavsrettsdirektivet om å sikre rettighetshavere eksklusiv økonomisk utnyttelse av eget verk.

Et spørsmål som kan oppstå i forlengelsen av dette er om skyldkravet generelt skal gjelde som del av overføringsbegrepet, eller om det må avgrenses til lenker. Dette behandles i punkt. 4.9.

## 4.9 Profitt- og kunnskapskriteriet utenfor internett

I kjølvannet av *GS Media*, *Filmspeler* og *Ziggo* har ingen kringkastingssaker diskutert spørsmål om profitt- og kunnskapskriteriet. EU-domstolen behandlet i sak C-641/15 (*Hettiger hotell*) utelukkende spørsmålet om «entre» i utleiedirektivet artikkel 8 (3)<sup>174</sup> var oppfylt fordi hotellet fikk leieinntekter for overnatting som inkluderte fjernsyn med tilgang på TV- og radiosignaler.<sup>175</sup> I sak C-138/16 (*AKM*) aksepterte kabelnettverket Züri.net at deres kringkasting var overføring til allmennheten etter opphavsrettsdirektivet artikkel 3 (1), slik at domstolens i stedet rettet hovedfokus på anvendeligheten av en nasjonal unntaksbestemmelse.<sup>176</sup> Et spørsmål som har oppstått i etterkant av lenkesakene, er derfor om det foreligger en presumsjon om kunnskap utenfor lenketilfeller, slik at undersøkelsesplikten gjelder generelt når overføringen har profittformål.

I mangel av veiledning fra EU-domstolen, kan bare ett av to mulige alternativer bli fulgt. Første alternativ vil omfatte opprettholdelse av de tradisjonelle *Rafael Hoteles*-kriteriene («communication», «public» og «new public»). Konsekvensen er to forskjellige tester: en test for tradisjonell kringkasting og retransmisjon utenfor internett, og en annen test for overføring til allmennheten på internett. Det andre alternativet ville være at *Rafael Hoteles*-kriteriene ble oppdatert for å inkludere profitt- og kunnskapskriteriet.

---

<sup>174</sup> Direktiv 2006/115/EF om utleie- og utlånsrett og om visse opphavsrettsneslektende rettigheter på området immaterialrett).

<sup>175</sup> Sak C-641/15 (*Hettiger hotell*) avsnitt 21-25.

<sup>176</sup> Dommen avsnitt 28-31.

Når domstolen ikke eksplisitt tar stilling til profitt- og kunnskapskriteriet kan det indikere at kunnskapspresumsjonen må forbeholdes opphavsrettsbrudd på internett. En mulig tolkning er også at kunnskapskravet ble introdusert i GS Media for å ivareta hensynet til informasjons- og ytringsfrihet, slik at denne tilnærmingen må avgrenses til lenking.

En slik fremgangsmåte er imidlertid uønsket. Dette fordi den segmenterer overføring til allmennheten, skaper konflikt og usikkerhet mellom analoge og digitale verk, og dessuten vil undergrave prosessen med å harmonisere overføring til allmennheten.<sup>177</sup> I tillegg kan det hevdes at en slik ordning ikke vil være egnet til å fremme forutberegnelighet, men tvert imot skape enda større usikkerhet rundt tolkning og anvendelse av enerettighetene.

Samlet sett kan dette tale for at de tradisjonelle *Rafael Hoteles*-kriteriene bør oppdateres for å inkludere profitt- og kunnskapskriteriet. Inntil videre må spørsmålet likevel anses åpent.

---

<sup>177</sup> Justin Joo (2019) s. 57.

## 5 Avslutning

Fremstillingen viser at EU-domstolen har spilt en aktiv rolle i løsning av lenkeproblemet i opphavsretten. På den ene siden er dette formålstjenlig for å holde EU-loven oppdatert med den teknologiske utviklingen. På den annen side kan det hevdes at EU-domstolen har gått utenfor sin kompetanse ved ikke bare å tolke EU-lovgivningen, men også skape og utvikle den.<sup>178</sup> Selv om trenden allerede kunne merkes i tidligere rettspraksis har aktiviteten økt betydelig i lenkedommene, bl.a. gjennom introduksjon av «*new public*», utvikling av *kunnskap- og profittkriterium*, og nedjustering av «*indispensable intervention*» til en «*essensiell role*», og derigjennom en de facto harmonisering av medvirkningsansvaret.

Ettersom EU-domstolen på generelt grunnlag har styrket rettighetshaveres enerett – foruten tilfeller for hentelenker – samtidig som privatpersoner fremdeles kan utlegge lenker uten spesielle forholdsregler, kan det tilsynelatende virke som domstolen har skapt en anvendelig rettsregel. Som fremstillingen viser kan det imidlertid reises flere innvendinger mot domstolens fremgangsmåte, og i teorien er det bl.a. tatt til orde for en total omgjøring av hele konseptet «*communication to the public*».<sup>179</sup>

Etter min oppfatning er den harmoniseringen som har funnet sted på opphavsrettsområdet likevel en god tilnærming. Fra et norsk ståsted er kildene på opphavsrettens område få, og det er langt mellom dem. Harmoniseringen har gjort det mulig å trekke på en rikholdig europeisk praksis ikke bare fra EU-domstolen og øvrige organ, men også fra nasjonale domstoler som har gjennomført de samme reglene.

En forutsetning for at denne tilnærmingen skal fungere er imidlertid at EU-domstolen går riktig frem ved tolkning og utvikling av opphavsretten. I den forbindelse kan det foreslås to tiltak. For det første kan EU-domstolen opprette spesialiserte panel for opphavsrett og andre harmoniserte lovområder (f.eks. varemerkerett og konkurranserett), og slik sikrer at opphavsrett-saker treffes av dommere med spesialkompetanse. For det andre bør det åpnes mulighet for å omgjøre EU-dommer i store avdelinger eller av alle dommene i plenum, slik

---

<sup>178</sup> TFEU artikkel 267 nevner bare EU-domstolens adgang til å tolke EU-lovgivningen og ikke å vedta den

<sup>179</sup> Se Justin Koo (2019) «The Right to Communication to the Public in EU Copyright Law».

tilfellet eksempelvis er for Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen.<sup>180</sup> Selv om forslaget til reform av EU-domstolen neppe vil vurderes på dette stadiet, gir EU-domstolens praksis i lenkesaker et tydelig eksempel på at slike reformer er nødvendige for å sikre en korrekt tolkning og utvikling av opphavsretten.

---

<sup>180</sup> Se den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 43.

# Litteraturliste

## Juridiske fagbøker:

- Arnesen/Stenvik (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik. Internasjonalisering og juridiskmetode: Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett, 2 utgave 2015.
- Justin Koo (2019) Koo, Justin. The right of Communication to the Public in EU Copyright Law, 1 utgave, 2019.
- Rognstad (2009), Rognstad, Ole-Andreas, Opphavsrett, 1 utgave 2009.
- Rognstad (2019) Rognstad, Ole-Andreas, Opphavsrett, 2 utgave 2019.

## Juridiske artikler:

- ALAI (2013) The International Literary and Artistic Association (ALAI), «Report and opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet», 16 september 2013.
- ALAI (2014) The International Literary and Artistic Association (ALAI), «Opinion on the Criterion «New Public», Developed By the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the Context of Making Available and Communication to the Public», 17. september 2014.
- Arezzo (2014) Arezzo, Emanuela «Hyperlinks and Making Available Right in the European Union – What future for the Internet after Svensson?», *International Review of Intellectual Property and Competition Law* vol. 45, nr. 5 (2014) s. 524 – 555.

- Axhamn (2015) Axhamn, Johan, «Hyperlinking: Case C-466/12 Svensson and Others and its impact on Swedish copyright law», *Europarättslig tidskrift*, Vol. 18, no 4 (2015) s. 847-866.
- Graasvold (2002) Graasvold, Hans Marius, «Pekeransvaret - Straffeog erstatningsansvar for publisering av pekere til informasjon på internett», *CompLex* 10/2002.
- Hagen (2002) Hagen, Vegard «Pekeransvar - Spørsmålet om ansvar for publisering av pekere på verdensveven (World Wide Web)», *CompLex* 10/2002.
- Headdon (2014) Headdon, Toby, «An Epilougue to Svensson: The same old new public and the worms that didn't turn», *Journal of Intellectual Property Law & Practice* vol. 9, nr. 8 (2014) s. 662 – 668.
- Hugenholtz/Velze Hugenholtz , P.B. & Sam C. van Velze, «Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public», *International Review of Intellectual Property and Competition Law* Vol. 47, Issue 7, 2016 p. 797-816.
- Kur (2016) Kur, Annette, «Completely Exhausted or Just Relaxed? Some Thoughts on the CJEU's "new exhaustion principle" in Internet Linking Cases», *Liber Amicorum Jan Rosén*, 2016, s. 443-459.
- Rognstad (2003) Rognstad, Ole-Andreas, «Konsumpsjon og digitale overføringer. Et forslag til en alternativ løsningsmodell», *Festskrift til Mogens Koktvedgaard*, 2003, s. 447-472.
- Rognstad (2005) Rognstad, Ole-Andreas, «Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-saken», *NIR* 2005 nr. 4, s. 344-370.



- Rognstad/Bing (2012) Rognstad, Ole-Andreas og Bing, Jon, «Søkemotorer på internett i opphavsrettslig belysning», NIR 2012 s. 345–374.
- Rognstad (2015) Rognstad, Ole-Andreas, «The CJEU’s Recent Findings on Digital Exhaustion and Linking and their Impact on Nordic Copyright Law», NIR 2015 s. 624–631
- Rognstad (2016) Rognstad, Ole-Andreas, «Linking – A Gordian Knot of Copyright Law», Liber Amicorum Jan Rosén, 2016, s. 681-694.
- Rosén (2014) Rosén, Jan, «Unionsdomstolen på kollisionskurs med internasjonell opphovsrätt», NIR 2014 nr. 6, s. 660-667.
- Tande (2004) Tande, Knut Martin, «Lenker til andres materiale på www som selvstendige krenkelser av åvl. § 2, åvl. § 43 eller mfl.§ 1» (Bergen 2004).
- Torvund (1999) Torvund, Olav, «Opphavsrett i oppdrags-forhold», NIR 1999 s. 123–139.
- Torvund (2008) Torvund, Olav, «Enerett til lenking – en keiser uten klær?», NIR, 2008 nr. 5, s. 417-443.
- Wagle/Ødegaard (1997) Wagle, Anders Mediaas og Ødegaard, Magnus, «Opphavsrett i en digital verden», Cappelen akademisk forlag, Oslo 1997.

## **Norske lover og forarbeider**

Grunnloven	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814
Markedsføringsloven	Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.
Åndsverksloven	Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv.
E-handelsloven	Lov 23 mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester.
EØS-loven	Lov 27 november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Prop. 104 L (2016-2017)	Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk mv.

## **Traktater og konvensjoner**

Bernkonvensjonen (BK)	Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 9. September 1886. Sist revidert i Paris, 24. juli, 1971
Menneskerettighets- Konvensjonen (EMK)	Den europeiske menneskerettskonvensjonen (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 4 november 1950
TFEU	Treaty of the Functioning of the European Union, Lisboa, 13. desember 2007
WCT	WIPO Copyright Treaty. Vedtatt i Genève 20. og 21. desember 1996

## **EU-direktiv**

Opphavsrettsdirektivet	Direktiv 2001/29/EF om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.
Håndhevingsdirektivet	Direktiv 2014/67/EU om håndheving av utsendingsdirektivet og endring av IMI-forordningen.
Utleiedirektivet	Direktiv 2006/115/EF om utleie- og utlånsrett og om visse opphavsrettsneslektende rettigheter på området immaterialrett.
IPRED	Direktiv 2004/48/EF om håndheving av immaterialrettigheter.
E-handelsdirektivet	Directive 2000/31/EC om visse juridiske aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked («Direktiv om elektronisk handel»).

## **Norsk rettspraksis:**

Rt. 1995 s. 35 (Piratkort-dommen)

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rt. 2005 s. 41 (Napster)

Rt. 2006 s. 71 (SAS-dommen)

## **Utalandske rettspraksis**

I ZR 259/00 (Paperboy)

I ZR 46/12 (BestWater)

GRUR 2018 s. 178 (Vorschaubilder III)

Mål 4041-09 (Pirate Bay)

## **Underrettspraksis**

Landgericht Hamburg, sak 310 O 402/16.

Attunda Tingrätt, sak FT 11052-15.

Obvodní soud pro Prahu, Sak 33 T 54/2016).

## **EU-domstolen**

Egeda	Sak C-293/98 (Egeda v Hostelería Asturiana SA) – ECLI:EU:C:2000:66
Rafael Hoteles	Sak C-306/05 (Sociedad General de Autores y Editores de España v Rafael Hoteles SA.) – ECLI:EU:C:2006:764
Premier League	Forente saker C-403/08 (Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others) og C-429/08 (Karen Murphy v Media Protection Services Ltd) – ECLI:EU:C:2011/631
Organismos,	Sak C-136/09 (Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon v Divani Akropolis Anonimi Xenodocheiaki kai Touristiki Etaireai) – ECLI:EU:C:2010:151
Airfield	Forente saker C-431/09 (Airfield NV and Canal Digitaal BV v Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA) og C-432/09 (Airfield NV v Agicoa Belgium BVBA) – ECLI:EU:C:2011:648
SCF	Sak C-135/10 (Soceitá Consortile Fonografici v Marco Del Corso) – ECLI:EU:C2012:140
PPL	Sak C-162/10 (Phonographic Performance Limited v Ireland and Attorney General) – ECLI:EU:C:2012:141.
Circul Global Bucuresti	Sak C-283/10 (Circul Globus București v UCMR - ADA) – ECLI:EU:C:2011:772

ITV Broadcasting	Sak C-607/11 (ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchUp Ltd) – ECLI:EU:C:2013:147
OSA	Sak C-351/12 (OSA v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s) – ECLI:EU:C:2014:110
Svensson	Sak C-466/12 (Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB) – EU:C:2014:76
BestWater	Sak C-348/13 (BestWater International GmbH v Michael Mebes and Stefan Potsch) – ECLI:EU:C:2014:2315
C More Entertainment	Sak C-279/13 (C More Entertainment AB v Linus Sandberg) – ECLI:EU:C:2015:199
Reha Training	Sak C-117/15 (Reha Training v Gesellschaft für musikalische Aufführungs – und mechanische Vervielfältigungsrechte eV) – ECLI:EU:C:2016:379
SPA	Sak C-151/15 (Sociedade Portuguesa de Autores CRL v Ministério Público and Others) – ECLI:EU:C:2015:468
GS Media	Sak C-160/15 (GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others) – ECLI:EU:C:2016:644
Soulier	Sak C-301/15 (Marc Soulier and Sara Doke v Premier minister and Ministre de la Culture et de la Communication) – ECLI:EU:C:2016:878
Stowarzyszenie	Sak C-367/15 (Stowarzyszenie v Stowarzyszenie Filmowców Polskich w Warszawie) – ECLI:EU:C:2017:36

Filmspeler	Sak C-527/15 (Stichting Brein v Jack Frederik Wullems) – ECLI:EU:C:2017:300
Ziggo	Sak C-610/15 (Stichting Brein v. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV) – ECLI:EU:C:2017:456
<i>Hettiger hotell</i>	Sak C-641/15 (Verwertungsgesellschaft Rundfunk GmbH v Hettegger Hotel Edelweiss GmbH) – ECLI:EU:C:2017:131
AKM	Sak C-138/16 (Staatluch genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM) v Zürs.net Betriebs GmbH) – ECLI:EU:C2017:218
VCAST	Sak C-265/17 (VCAST Limited v RTI SpA) – ECLI:EU:C:2017:913

### **Generaladvokaten**

Generaladvokat La Pergola i Egeda	ECLI:EU:C:1999:403
Generaladvokat Whatelets i GS Media	ECLI:EU:C:2016:644.
Generaladvokat Bordona i Filmspeler	ECLI:EU:C:2017:99
Generaladvokat Szpunars i Ziggo	ECLI:EU:C:2017:99

### **Øvrige kilder**

ECS (2013)	European Copyright Society (ECS), «Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson», 15. februar 2013.
Brussels Revision Conference	Documents de la Conference de Bruxelles (Documents on the Brussels Revision Conference in 1948), Berne Convention, 5- 26 June 1948.