

# **Rettighetshavers adgang til å nekte etableringen av eksterne lenker**

En studie av ulike tilnæringsmåter til spørsmålet om etableringen av lenker er underlagt rettighetshavers enerett

Kandidatnr.: 158459

Veileder: Førsteamanuensis dr. juris Knut Martin Tande

Leveringsfrist: 2.6.2009

Til sammen 14651 ord

02.06.2009

# Innholdsfortegnelse

1. Innledning.....	1
1.1 Introduksjon .....	1
1.1.1 Presentasjon av emnet .....	1
1.2 Oppgavens avgrensninger .....	2
1.2.1 Avgrenset mot eneretten til eksemplarframstilling .....	2
1.2.2 Avgrenset mot åvl. § 3 .....	2
1.2.3 Avgrenset mot åvl. § 43 .....	3
1.2.4 Vedrørende mfl. § 1 .....	3
1.3 Konkretisering av problemstillingen.....	3
1.3.1 En sammenligning av tilnæringsmåter.....	3
1.3.2 Veien videre .....	4
1.4 Lenker.....	4
1.4.1 Innledning.....	4
1.4.2 Hentelenker .....	5
1.4.3 Referanselenker .....	6
1.4.4 Veien videre .....	7
2. Om eneretten til tilgjengeliggjøring .....	7
2.1 Utviklingen av åvl. § 2 .....	7
2.1.1 Innledning.....	7
2.1.2 Legislative hensyn.....	8
2.1.2.1 Hensyn som legitimerer opphavsrettens innhold og omfang.....	8
2.1.2.2 Hensyn som legitimerer avgrensninger i rettighetshavers eneretter .....	8
2.1.2.3 Veien videre .....	9
2.1.3 Implementeringen av InfoSoc .....	9
2.2 Forholdet mellom åvl. § 2 første og tredje ledd .....	10
2.2.1 Hvorvidt åvl. § 2 må anses for å være uttømmende.....	10

2.2.2 Deloppsummering .....	12
2.2.3 Særlig om klassifiseringsspørsmålet .....	12
3. Hvorvidt ekstern lenking er selvstendig tilgjengeliggjøring .....	13
3.1 Innledning.....	13
3.2 Napster.no .....	14
3.3 De respektive tilnæringsmåter.....	15
3.3.1 Nærhet som vurderingstema.....	15
3.3.1.1 Innledning.....	15
3.3.1.2 En vurdering av nærhet som kriterium.....	16
3.3.1.3 Implisitt samtykke som avgrenskingskriterium .....	19
3.3.2 Den rene rådighet som vurderingskriterium.....	20
3.3.2.1 Innledning.....	20
3.3.2.2 En sammenligning av rådighet .....	20
3.3.3 Lenker som den rene henvisning .....	23
3.3.3.1 Innledning.....	23
3.3.3.2 Opplasting som tilstrekkelig tilgjengeliggjøringshandling .....	23
3.3.3.3 Vedrørende hentelenker .....	24
3.4 Oppsummering .....	25
3.5 Medvirkning til tilgjengeliggjøring for allmennheten.....	26
3.5.1 Hjemmelsgrunnlaget for medvirkningsansvar .....	26
3.5.2 Hvorvidt lenking kan medføre ansvar for medvirkning.....	27
3.5.3 Napster.no sammenlignet med Pirate bay-saken.....	28
3.6 Forholdet mellom selvstendig krenkelse og medvirkning .....	28
3.7 Konklusjon .....	29
4. Forkortelser .....	30
5. Rettspraksis .....	30
6. Litteraturliste .....	30

# 1. Innledning

## 1.1 Introduksjon

### 1.1.1 Presentasjon av emnet

Rettighetshavere<sup>1</sup> har gjerne et ønske om at flest mulig får tilgang til åndsverket<sup>2</sup> vedkommende har frembrakt. Dette kan være så vel ideelt som økonomisk begrunnet. Like fullt foreligger det naturlig nok et behov for et rettslig vern av det frembrakte, slik at rettighetshavere kan ivareta sine interesser. Allmennheten ønsker på sin side tilgang til åndsverk i størst mulig utstrekning.

En utfordring i denne sammenheng, som for andre områder innenfor opphavsretten, er den konkrete avveiningen som må foretas mellom hensynet til rettighetshavers behov for beskyttelse, og allmennhetens behov for tilgang til og hensiktsmessig utnyttelse av opphavsbeskyttet materiale.

Det har gjennom utviklingen av Internett som informasjonsbærer, og særlig WWW<sup>3</sup>, stadig oppstått nye rettslige problemstillinger som har utfordret hvordan denne avveiningen i konkrete tilfeller skal foretas. Det kan hevdes at det i liten grad er tatt høyde for disse problemstillingene fra lovgiverhold, gitt den utformningen lovene som er satt til å verne opphavsbeskyttet materiale har.

En sentral bestanddel av WWW er såkalte hyperlenker.<sup>4</sup> Disse er viktige verktøy for brukere av WWW for å navigere i de enorme mengdene informasjon som finnes. Nyere rettspraksis og tilknyttet juridisk teori har imidlertid vist at lenker kan ha en funksjon utover det å vise brukere veien til informasjonen de søker.

I Norge, Sverige og Danmark har det i senere tid vært ført saker der spørsmålet har vært om etablering av lenker til opphavsrettslig beskyttet materiale på WWW kunne sies å innebære en krenkelse av opphavsretten. Det interessante med dommene er at disse skiller seg fra hverandre med hensyn til hvordan domstolene har tilnærmet seg spørsmålet, og dermed hvilket utfall saken har fått. Særlig skiller den norske Høyesterett seg ut fra de øvrige domstolene med hensyn til hvordan spørsmålet er løst.<sup>5</sup> Juridisk teori publisert i forbindelse med disse avgjørelsene viser de grunnleggende forskjellene i resonnement, som igjen tydeliggjør kompleksiteten av spørsmålet om lenking skal kunne utgjøre en selvstendig krenkelse av rettighetshavers eneretter.

Rettighetshavers eneretter reguleres først og fremst av åndsverkloven av 12. mai 1961 nr. 2 (åvl.) § 2.<sup>6</sup> I utgangspunktet synes både eneretten til eksemplarframstilling og eneretten til tilgjengeliggjøring å være relevant for spørsmålet om lenker innebærer en selvstendig

---

<sup>1</sup> Med rettighetshaver menes opphavsmannen eller den/de opphavsmannen har overdratt rettighetene til.

<sup>2</sup> Hva som utgjør et åndsverk kan utledes av åvl. § 1. De nærmere vurderinger knyttet til § 1 vil ikke bli behandlet i denne avhandlingen.

<sup>3</sup> Forkortelse for World Wide Web: WWW utgjør kun én av mange tjenester på Internett.

<sup>4</sup> Se mer om dette under 1.4.

<sup>5</sup> Det vil i all særdeleshet være Høyesteretts avgjørelse som tillegges størst oppmerksomhet, se nærmere om denne under kapittel 3.2.

<sup>6</sup> Det vil gjøres nærmere rede for lovhjemmelen under kapittel 2.1.

krenkelse. I teorien er det dessuten tatt til orde for at så vel åvl. § 43, som regulerer det såkalte databasevernet, og den konkurranserettslige hjemmelen i markedsføringsloven (mfl.) § 1 er relevant for spørsmålet om lenker krenker rettighetshavers rettigheter.<sup>7</sup>

Denne avhandlingen vil i all hovedsak ha fokuset rettet mot rettighetshaveres enerett til tilgjengeliggjøring for allmennheten. Bakgrunnen for avgrensningene vil det gjøres nærmere rede for i det følgende. Deretter vil det foretas nærmere presiseringer av avhandlingens hovedproblemstilling.

## **1.2 Oppgavens avgrensninger**

### **1.2.1 Avgrenset mot eneretten til eksemplarframstilling**

Det synes i utgangspunktet å være stor grad av enighet om at den som publiserer eksterne lenker ikke dermed kan sies å fremstille eksemplar av de verk lenkene viser til.<sup>8</sup> I rettspraksis, der spørsmålet om eksterne lenker krenker eneretten til eksemplarframstilling ble anført, ble dette forkastet uten noen nærmere problematisering. Det er like fullt i teorien argumentert for at dersom det i tilstrekkelig grad tilrettelegges for andres eksemplarframstilling, vil slik tilrettelegging i enkelte typetilfelle kunne regnes som selvstendig eksemplarframstilling.<sup>9</sup>

En avhandling av komparativ art vil ikke desto mindre naturlig la seg styre av de kilder som er gjenstand for sammenligning. Eneretten til eksemplarframstilling er i svært begrenset grad behandlet i de kilder som belyser relevante tilnæringsmåter. Dette medfører at denne problematikken fremstår som mindre relevant for den innfallsvinkelen som er valgt i denne avhandlingen.

Like fullt vil eneretten til eksemplarframstilling bli trukket inn der sammenhengen i drøftelsene tilsier det.

### **1.2.2 Avgrenset mot åvl. § 3**

Når det kommer til lenking til andres materiale på WWW, vil det trolig for det alt overveiende være rettighetshavers økonomiske interesser som berøres.<sup>10</sup> Det mest sentrale for vernets omfang vil i denne sammenheng formodentlig være utnyttelsen av vernede verk som sådanne, samt mulighetene for sideinntekter ved eksempelvis reklame på rettighetshavers nettsted.

Rettighetshavers ideelle rettigheter slik disse følger av åvl. § 3 faller i så måte mer i bakgrunnen i forhold til lenking og vil ikke undergis noen grundig behandling. På den annen side vil bestemmelsen bli trukket der inn sammenhengen tilsier det.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Se blant annet Knut Martin Tande, Lenker til andres materiale på WWW som selvstendige krenkelser av åvl. § 2, åvl. § 43 eller mfl. § 1, side 265 vedrørende åvl. § 43 og på side 301 vedrørende mfl. § 1.

<sup>8</sup> Se blant annet Anders Wagle & Magnus Ødegaard, Opphavsrett i en digital verden, Oslo 1997, side 415.

<sup>9</sup> Se Tande, side 260 flg.

<sup>10</sup> Det må imidlertid presiseres at enkelte sider ved rettighetshavers eneretter etter åvl. § 2 må betegnes som ideelle, blant annet retten til å avgjøre hvordan et åndsverk skal utnyttes, når det skal offentliggjøres, m.v. Disse aspektene kan følgelig være relevante for denne avhandlingen.

<sup>11</sup> Det er blant annet argumentert for at dersom man ved hjelp av hentelenker tar artikler helt ut av sin sammenheng og plasserer de i en helt annen, vil dette kunne være av betydning. Se mer om dette under 3.3.3.4 med videre henvisninger.

### 1.2.3 Avgrenset mot åvl. § 43

I likhet med åvl. § 3 ble ikke databaservernet i § 43 påberopt for de respektive domstoler i Danmark, Norge og Sverige. Juridisk teori som har behandlet disse dommene, og som dermed har relevans for denne avhandlingen, har kun i svært begrenset grad foretatt nærmere analyser av § 43.<sup>12</sup> Bestemmelsen vil i så måte naturlig falle utenfor en sammenligning av tilnæringsmåter antatt i de kildene som skal behandles her.<sup>13</sup>

### 1.2.4 Vedrørende mfl. § 1

Lenker kan, som gjennomgangen i kapittel 1.2 viser, representere en snylting på andres innsats. Den som utnytter arbeidet til andre for selv å skaffe seg fordeler vil kunne anses å krenke prinsippet om den frie konkurranse. Dette reiser spørsmålet om lenking kan være i strid med ”god forretningsskikk” etter mfl. § 1.

Generalklausulen i § 1 er satt til å gi et beskyttelsesvern mot illojal konkurranse. Bestemmelsen retter seg etter sin ordlyd mot næringsvirksomhet og regulerer forholdet ”næringsdrivende imellom”, jf. mfl. § 1 første ledd. Det må følgelig kun være for tilfeller der begge parter driver i næring at bestemmelsen kan påberopes. Relevansen av mfl. § 1 er allerede av denne grunn begrenset.

I de dommer som skal behandles her var saksøkte innstevnet som privatperson, og mfl. § 1 – eller tilsvarende konkurranserettslige generalklausul i de andre nordiske land – ble ikke påberopt. Generalklausulen er av denne grunn kun også i begrenset utstrekning behandlet i det som i denne sammenheng må anses som relevant juridisk teori.<sup>14</sup> I likhet med åvl. §§ 3 og 43 anses generalklausulen i mfl. § 1 for å være lite sentral for denne avhandlingens vedkommende.<sup>15</sup>

## 1.3 Konkretisering av problemstillingen

### 1.3.1 En sammenligning av tilnæringsmåter

Åndsverkloven § 2 er gitt en svært generell utforming, noe som i stor grad åpner for ulike fortolkninger av det nærmere innholdet av eneretten til tilgjengeliggjøring. Det kan dessuten hevdes at lovens utforming ikke i tilstrekkelig grad tar høyde for de problemstillinger WWW har ført med seg. Det har trolig ført til avvikende forståelser av åndsverkloven generelt og følgelig ulik tilnærming til hvordan loven skal anvendes på lenkespørsmålet spesielt.

Dersom man ser på den mest sentrale rettspraksis i forhold til lenkespørsmålet, ser man at problematikken likevel ikke er behandlet i sin fulle bredde.<sup>16</sup> Problemstillinger som er relevante for avhandlingens tematikk vil ved en de lege lata-tilnærming derfor naturlig bli utelatt. En rettslig analyse av foreliggende praksis alene vil derfor være mindre hensiktsmessig.

---

<sup>12</sup> Spørsmålet er imidlertid behandlet i Tande, side 265 flg. Bestemmelsen har i så måte, om enn i begrenset grad, relevans for denne avhandlingen.

<sup>13</sup> Det er like fullt grunn til å bemerke at bestemmelsen ikke vil være irrelevant for spørsmålet, da denne gir vern til den som sammenstiller og systematiserer store mengder opplysninger, jf. Tande, l.c.

<sup>14</sup> Se likevel op. cit., side 301 flg.

<sup>15</sup> Også dette grunnlaget er behandlet i op. cit., side 301 flg.

<sup>16</sup> Se også Rogstad, NIR 2005 side 344 (på side 350).

Det skal derfor i denne avhandlingen gjøres rede for de rettslige spørsmål som omfattes av dette problemkomplekset gjennom en sammenligning av tilnæringsmåter fremsatt i juridisk teori, som baserer seg på foreliggende rettspraksis. Det er hovedsakelig tre tilnæringsmåter som er av interesse i så henseende.<sup>17</sup>

Sentrale spørsmål vil være hvilke handlinger som skal være nødvendige for anse vernet materiale som tilgjengeliggjort for allmennheten på WWW. I forlengelsen av dette blir spørsmålet hvilken betydning eksterne lenker skal ha for at materiale anses som tilgjengeliggjort. Kritikkk som er rettet mot en tilnærming ut fra en eller flere av de andre tilnæringsmåtene vil også belyses nærmere.

Det overordnede målet med denne avhandlingen er å bidra til nå målet om å finne den mest hensiktssvarende måten å tilnærme seg spørsmålet på.

### **1.3.2 Veien videre**

En mulig grunn til hvorfor tilnæringsmåtene til lenkespørsmålet skiller seg fra hverandre kan også være avvikende oppfatninger av hva lenking rent faktisk innebærer, og til viss grad hvordan lenker teknisk sett fungerer. I så vel rettspraksis og juridisk teori er det gitt ulike beskrivelser av dette.

Det vil derfor gis en nærmere beskrivelse av lenker som sådan, og hvordan de ulike typene skiller seg fra hverandre.<sup>18</sup> En forståelse av hvordan lenker fungerer er grunnleggende for å se de særlige opphavsrettslige problemer disse fører med seg.

## **1.4 Lenker**

### **1.4.1 Innledning**

Det er ikke uvanlig at Internett og WWW ses på som synonyme som begreper. Tjenesten som utgjør WWW er som nevnt i note 1 imidlertid kun en del av Internett. Tjenesten er kort sagt et globalt nettverk av maskiner, der ulike brukere kan offentliggjøre og utveksle informasjon. Informasjonsutvekslingen skjer for alle praktiske formål ved hjelp av såkalt hypertext.

Hypertext er et brukergrensesnitt som gjør at opplastede multimediadokumenter<sup>19</sup> kan presenteres for brukeren. Dokumentene er som regel bygget opp i en hierarkisk ordning, der hvert av dokumentene inneholder kryssreferanser til andre opplastede dokumenter som kalles hyperlenker.

Hyperlenkene er skrevet i et kodespråk som gjør at brukere gjennom sine nettlesere<sup>20</sup> blir presentert for eventuell lyd, tekst, grafikk og bilder det opplastede dokumentet består av.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> Foranledningen for de tre tilnæringsmåtene synes helt eller delvis å være avgjørelsen gjengitt i Rt. 2005 side 41 (Napster.no). Se nærmere om avgjørelsen under kapittel 3.2 (faktum presenteres under kapittel 2.2.1).

<sup>18</sup> Et sentralt spørsmål er dessuten hvilken betydning lenker har for å anse materiale som tilgjengeliggjort. Dette vil bli nærmere vurdert under kapittel 3.2 flg.

<sup>19</sup> Dokumenter lastes opp på datamaskiner – servere – som er tilknyttet WWW.

<sup>20</sup> Dataprogram som tolker det kodede språket og presenterer informasjonen for brukeren.

<sup>21</sup> Det er ulike programmeringsspråk som benyttes for å formatere nettsider (også kalt markeringsspråk). Det hyppigst brukte er HTML (Hypertext markup language).

Alle lenker, uansett type, knytter seg til en bestemt URL (Uniform Resource Locator), som angir hvor informasjonen som nettleseren skal hente ligger. Et eksempel på en URL kan være <http://www.jur.uib.no>.

Lenkene kan være skjulte for brukeren, ved at disse automatisk sender forespørsler til ulike servere og automatisk henter frem opplastet informasjon som vises som lyd, tekst, grafikk og bilde på brukerens skjerm som en sammenhengende nettside.<sup>22</sup> Lenker kan også være synlige som tekst eller bilder brukeren kan klikke på ved hjelp av musepekeren, som blant annet kan forflytte brukeren til et nytt nettsted, eventuelt en annen side på samme nettsted, eller hente frem en musikkfil som brukeren da enten kan spille av eller lagre på sin egen datamaskin.<sup>23</sup>

Det må allerede innledningsvis gjøres et skille mellom interne og eksterne lenker. Interne lenker etableres av rettighetshaver selv for å gi en oversiktlig og strukturert presentasjon av sitt materiale. Disse vil av den grunn spille en begrenset rolle for denne oppgavens vedkommende. Fokus vil derimot ligge på eksterne lenker: Det er gjennom etableringen av slike lenker tredjepersoner i en gitt utstrekning kan sies å gjøre bruk av rettighetshavers vernede materiale.

Eksterne lenker kan videre deles inn i overflate- og dyplenker. Overflatelenkene viser til det området som skaperen har angitt som førsteside for sitt nettsted. Dyplenker på sin side knyttes mer direkte til konkrete enkeltsider på et nettsted eller konkrete filer rettighetshaver har lastet opp. I det følgende vil det bli gitt en nærmere presentasjon av ulike former for eksterne lenker. Hvorvidt det er tale om en overflate- eller dyplenke vil gå frem av den sammenheng disse inngår i.

Det forutsettes i det følgende at ressursene det lenkes til er opphavsrettslig vernede åndsverk. Med mindre noe annet fremgår av sammenhengen, tas det for gitt at åndsverkene er tilgjengelig på det stedet lenken viser til.

#### **1.4.2 Hentelenker**

Rettighetshaver selv kan benytte lenker for å inkludere blant annet bilder eller grafiske elementer på sitt nettsted, slik at disse utgjør integrerte deler av en nettsides utforming. Disse omtales i det følgende som hentelenker. Lenkene vil være skjulte for nettbruker, og aktiveres automatisk idet nettleseren laster inn nettsiden på vedkommendes maskin. Aktiveringen innebærer at lenken sender en forespørsel til serveren der eieren av nettstedet har lastet opp sitt materiale, hvorpå materialet lastes ned og presenteres på skjermen for brukeren.

På samme måte kan imidlertid eieren av nettstedet også etablere hentelenker til andre rettighetshavers materiale.<sup>24</sup> Det er følgelig fullt mulig for andre enn rettighetshaver å strukturere og presentere andres materiale på eget nettsted på tilsvarende måte som den egentlige rettighetshaver ved hjelp av lenker. Rettighetshaver vil dermed ha en særlig interesse i å begrense etableringen av hentelenker til sitt materiale. Det er med andre ord særlig denne formen for lenker det vil være aktuelt å la omfattes av rettighetshavers eksklusive rettigheter.

---

<sup>22</sup> Disse forklares nærmere under 1.4.2.

<sup>23</sup> Lenkeformen presenteres nærmere under 1.4.3.

<sup>24</sup> Dette omtales gjerne som hotlinking (på engelsk leeching). Uttrykket refererer gjerne til tilfellet der en nettstedseier etablerer direktelenker til multimediafiler tilhørende en annen, gjerne uten samtykke, slik at vedkommede også stjeler båndbredde.



Selv om anvendelsen av hentelenker i begrenset grad er undergitt rettslig behandling av domstolene i Norden, har slike lenker fått en sentral plass i behandlingen av krenkelsesspørsmålet i juridisk teori.<sup>25</sup> Bakgrunnen for den særskilte behandlingen i teorien er trolig nettopp at hentelenker kan inkludere andre rettighetshaveres åndsverk i ens eget nettsted. Hvilken betydning dette spiller i forhold til de eneretter rettighetshavere er tillagt, vil det gjøres nærmere rede for under kapittel 3.<sup>26</sup>

### 1.4.3 Referanselenker

Denne formen for lenker må sies å være en helt sentral del av WWW: Det er gjennom slike referanser brukeren kan flyttes fra én nettside til en annen ved at nettleseren henter inn et nytt nettsted. Disse binder også ulike nettstedet verden over sammen til et sammenhengende vev – derav navnet World Wide Web. På bakgrunn av referanselenkers sentrale plass vil det fra brukernes ståsted være lite ønskelig at rettighetshavere gis adgang til å begrense etableringen ved at disse blir underlagt dennes enerett. I mange tilfeller er disse også fra rettighetshaveres ståsted ønskelige, da disse bidrar til å gjøre deres materiale lettere tilgjengelig og dermed bedre kjent blant allmennheten.<sup>27</sup>

Et særskilt nettsted har gjerne en hierarkisk oppbygning der referanselenker brukes til å knytte de ulike enkeltsidene sammen. Den hierarkiske oppbygningen vises ved at man som regel presenteres for en hovedside som inneholder en meny bestående av referanselenker til det som finnes av øvrige sider på nettstedet. Et praktisk eksempel er en nettavis hvor man i utgangspunktet presenteres for en førsteside som inneholder referanser i form av lenker til øvrige sider med ulike artikler. Ved å aktivere disse lenkene blir man presentert for artiklene i sin helhet.

Ved navigeringen på WWW i søken etter informasjon, vil søkemotorer<sup>28</sup> komme inn som et viktig verktøy. Selv om det i utgangspunktet kan være vanskelig å se at rettighetshaver vil ha et ønske om å begrense slike søkemotorer, har rettspraksis vist at enkelte spesialiserte søkemotorer har kommet på kollisjonskurs med rettighetshaver enerettigheter.<sup>29</sup>

Men referanselenker kan i tillegg til å vise til andre nettsider, vise direkte til enkeltfiler. Man blir da stilt overfor valget mellom å åpne filen fra sin gjeldende plassering eller laste den ned til egen maskin for senere bruk. Som det skal gjøres nærmere rede for vil det være større grunn for rettighetshaver å begrense blant annet utstrakt bruk av referanselenker rettet direkte mot dennes materiale. Spørsmålet man her stiller seg er om lenkeetableringen gir en alternativ tilgang til beskyttet materiale slik at det må sies å foreligge en ny tilgjengeliggjøring. Dette vil i tilfelle være underlagt rettighetshavers eksklusive rettigheter.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Særlig Tande og Torvund behandler hentelenker særskilt, jf. henholdsvis Tande, side 37 med videre henvisninger og Torvund, NIR 2008 side 417 (på side 441 flg.)

<sup>26</sup> Se særlig kapittel 3.3.3.4.

<sup>27</sup> Som det vil bli gjort nærmere rede for under 3.3, utgjør det en utfordring i forbindelse med hvordan man tilnærmer seg spørsmålet om lenking innebærer tilgjengeliggjøring for allmennheten.

<sup>28</sup> Søkemotorer er dataprogram nettbbrukere benytter seg av for å lete seg frem til relevant informasjon. Ved at brukeren taster inn søkeord etablerer programmet referanselenker til ulike nettsteder som stemmer overens med den eller de ord det er søkt på.

<sup>29</sup> Dette er berørt under kapittel 3.3.2.2 (petit).

<sup>30</sup> Se om dette under kapittel 3.1 med videre henvisninger.

#### 1.4.4 Veien videre

Åndsverksloven § 2 ble endret med virkning fra 11. februar 2005.<sup>31</sup> To av de tre tilnæringsmåtene som er gjenstand for analyse i denne avhandlingen ble presentert mens endringsforslaget ennå var under utarbeidelse. De presiseringer som gjøres i lovendringen er derfor ikke i tilstrekkelig grad tatt høyde for i disse tilnæringsmåtene.<sup>32</sup> Dette kan i noen grad bidra til å forklare hvorfor tilnærmingene avviker fra hverandre. Dermed vil det være interessant å se nærmere på de presiseringer som er gjort.

I det følgende vil det således gjøres rede for utviklingen av § 2 og hvordan implementeringen av WIPO copyright treaty<sup>33</sup> og InfoSoc-direktivet<sup>34</sup> påvirket denne. Det interessante i denne sammenheng vil være hvordan man på mellomstatlig nivå har forsøkt å imøtegå de opphavsrettslige utfordringene WWW skaper med hensyn til publisering og utveksling av vernet materiale.

## 2. Om eneretten til tilgjengeliggjøring

### 2.1 Utviklingen av åvl. § 2

#### 2.1.1 Innledning

Det er særlig hvordan åvl. § 2 ble påvirket ved implementeringen av det såkalte InfoSoc-direktivet som er av interesse ved bestemmelsens utvikling. Direktivet og implementeringen av dette i norsk rett har, sammen med WIPO Copyright Treaty (WCT), vært sentrale ved revisjonen av § 2. Disse mellomstatlige avtalene har hatt som siktemål å adressere utfordringer skapt av den teknologiske utvikling. Det er derfor av interesse å se hvordan åndsverkloven regulerte forholdet før lovendringen i 2005 sammenlignet med paragrafen etter gjennomføringen av InfoSoc-direktivet.

Paragraf 2 skal sikre at opphavsmannen eller senere rettighetshavere gis mulighet for et økonomisk utkomme av frembrakt åndsverk. Før lovendringen i 2005 ble dette ivaretatt ved at rettighetshaver ble gitt "[...] enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk", jf. åvl. § 2 første ledd. Rettighetshaver ble med denne ordlyden gitt vidtfaende eksklusive rettigheter til å råde over et frembrakt verk.

Enerettene i åndsverkloven er underlagt ulike avgrensninger i kapittel 2, basert på en rimelig avveining mellom hensynet til opphavsmannen og hensynet til allmennheten.<sup>35</sup>

Rettighetshaver gis som hovedregel slik rådighet "[...] som ikke av tvingende samfunnsmessige grunner må unndras ham [...]", jf. Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) side 7. Dette innebærer at det for de tilfeller der det foreligger reell interessekonflikt mellom

<sup>31</sup> Nærmere om denne under kapittel 2.1.3.

<sup>32</sup> Disse tilnæringsmåtene skal behandles under henholdsvis kapittel 3.3.1 og 3.3.2.

<sup>33</sup> Traktaten er en spesialavtale under Bernkonvensjonen (Paris-akten), se WCT art. 1 nr. 1. Den ble underskrevet i Genève 20. desember 1996.

<sup>34</sup> EP/Rdir. 01/29 av 22. mai 2001. Direktivet er gjerne også referert til som Opphavsrettsdirektivet, se bl.a. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 11. For å unngå misforståelser brukes imidlertid her InfoSoc.

<sup>35</sup> Jamfør Innst. O. XI (1960-1961) side 4.

rettighetshaver og samfunnet som sådant, vil samfunnsinteressene prioriteres på bekostning av rettighetshaver.

For ikke i for stor grad å gripe inn i den avveining lovgiver har foretatt, må lovens ordlyd tillegges stor vekt.<sup>36</sup> Tatt i betraktning lovens vide ordlyd vil det like fullt være relevant å legge vekt på bakenforliggende hensyn i en presiserende tolkning av ordlyden.<sup>37</sup>

Det skal i det følgende gjøres nærmere rede for legislative hensyn som er av særlig betydning for denne avhandlingen, samt den relevans hensynene har for hovedproblemstillingen i avhandlingen.<sup>38</sup>

## **2.1.2 Legislative hensyn**

### ***2.1.2.1 Hensyn som legitimerer opphavsrettens innhold og omfang***

En hovedbegrunnelse for rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring er belønningstanken.<sup>39</sup> Synet er at den som skaper et åndsverk vil være den nærmeste til å høste fruktene av sitt arbeid. Man har i nyere tid sett at det økonomiske aspektet har blitt viktigere på grunn av den økte kommersielle verdien åndsverk har. De muligheter til kopiering og distribusjon WWW har brakt med seg skaper særlige utfordringer for rettighetshavers muligheter til å sikre seg et økonomisk utkomme, og hensynet vil i så måte ha særlig betydning i forhold til digitale medier.<sup>40</sup>

Dette leder oss over i et annet viktig hensyn til støtte for rettighetshavers enerett: Ønsket om å unngå at andre snylter på den originære opphavsmannens kreative og økonomiske innsats som ligger til grunn for åndsverkets frembringelse. Det sentrale er her at man ønsker å komme til livs en videreformidling av allerede eksisterende åndsverk. Dette vil kunne få negative økonomiske konsekvenser for rettighetshaver.<sup>41</sup> I den grad lenkene i urimelig grad utnytter rettighetshavers faktiske eller økonomiske interesser, vil det derfor kunne tale for å tilkjenne rettighetshaver retten til å nekte etableringen av slike.

En effektiv opphavsrettslig beskyttelse er dessuten et viktig virkemiddel for å stimulere til skapende innsats, som kommer samfunnet som sådant til gode. Med WWW er det lagt godt til rette for spredning av åndsverk, i tillegg til enkel og effektiv utnyttelse for brukerne. En effektiv beskyttelsesordning for åndsverk er også i dette perspektivet av fundamental betydning.

### ***2.1.2.2 Hensyn som legitimerer avgrensninger i rettighetshavers eneretter***

Man kan ut fra de nevnte hensyn med rimelighet legge til grunn at rettighetshavers eneretter skal stå sterkt. Samfunnets interesser kan ikke desto mindre komme inn som en sentral begrunnelse for begrensninger i opphavsretten. Slike begrensninger må imidlertid legitimeres med grunnlag i overordnede samfunnsinteresser.<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> Jamfør Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) side 29.

<sup>37</sup> Se om dette Tande, side 145.

<sup>38</sup> Hensynene er grundigere omtalt i op. cit., side 143 flg.

<sup>39</sup> Dette er kanskje det mest sentrale hensynet bak åndsverkloven, jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 7.

<sup>40</sup> Se op. cit. side 9, jf. InfoSoc-direktivets fortale nr. 10.

<sup>41</sup> Det må imidlertid bemerkes at økonomisk tap ikke er en betingelse for å konstantere krenkelse.

<sup>42</sup> Se under kapittel 2.1.1.

Anvendt på avhandlingens problemstilling vil hensynet kunne komme inn for å sikre at rettighetshaver ikke gis så vide eneretter at disse hindrer utviklingen av WWW som medium. Mer konkret bør rettighetshavers eksklusive rettigheter begrenses slik at brukere av WWW finner frem til det de søker på en hensiktsmessig måte og gis mulighet til en rimelig utnyttelse av dette.

### **2.1.2.3 Veien videre**

Siden vedtagelsen av åndsverkloven i 1961 har teknologiske fremskritt skapt nye utnyttelsesmåter man vanskelig kunne ha sett for seg på vedtagelsestidspunktet. Tatt den opprinnelige ordlyden og forarbeidene til denne i betraktning, er det i liten grad tatt høyde for de mulighetene for bruk og misbruk av åndsverk som digitale nettverk gir. Dog så man for seg at utviklingen av televisjon og film kunne medføre nye og hittil ukjente tilgjengeliggjøringsmåter.<sup>43</sup> Det gjenspeiles gjennom de vide formuleringene loven ble gitt.

Som følge av de vide formuleringene loven ble gitt, oppsto det ved utbredelsen av digitale nettverk betydelig usikkerhet med hensyn til hvordan loven skulle tolkes. Det var naturlig nok ikke bare i Norge dette var en utfordring. Under flere konferanser i FN i forbindelse med utarbeidelsen av WIPO-konvensjonene ble det behørig diskutert hvordan disse nye utfordringene skulle imøtekommes.

Særlig ved forberedelsene av WCT ble det ved ulike symposier drøftet hvorvidt det var mest hensiktssvarende å benytte seg av gjeldende eneretter ved den opphavsrettslige reguleringen, eller om rettighetshavers vern best ble ivaretatt ved å utforme en ny form for enerett for digitale nettverk. Det knytter seg særlige utfordringer ved den nærmere reguleringen av overføring i digitale nettverk, ettersom det i denne prosessen også finner sted en eksemplarframstilling i tilknytning til tilgjengeliggjøringen av materialet. Man falt på denne bakgrunn ned på en ”paraplyløsning”, som refereres til som ”right of communication to the public”, se WCT artikkel 8. Løsningen skulle være vid nok til å kunne implementeres i alle tilknyttede lands rettssystemer.

I det følgende vil det gjøres rede for det nærmere innholdet av eneretten og dennes betydning for den internnorske reguleringen av overføring i digitale nettverk.

### **2.1.3 Implementeringen av InfoSoc**

Det skal i det følgende ses på InfoSoc-direktivet og hvilken betydning implementeringen i norsk rett har fått for avhandlingens problemstilling. InfoSoc søker å adressere flere utfordringer innen opphavsrettslig lovregulering som følge av den veldige teknologiske utviklingen.

Direktivet innebærer en ytterligere harmonisering av de respektive medlemsstaters lovgivning på området for opphavsrett og nærstående rettigheter. Direktivets gjennomføring i Norden er, i likhet med hva som var tilfellet ved utarbeidelsen av loven, skjedd gjennom nordisk lovsamarbeid.<sup>44</sup> Rettsenhet vil følgelig være et tolkningsmoment av betydning ved den nærmere fastleggelsen av innholdet i § 2.

---

<sup>43</sup> Se om dette Ot.prp. 26 (1959-1960) side 16 flg.

<sup>44</sup> Lovsamarbeidet fremheves av departementet som særlig viktig, jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 12-13.

Direktivet har nær sammenheng med WIPO Copyright Treaty ved at EF-direktivet gjennomfører en hel del forpliktelser gitt i traktaten fra WIPO.<sup>45</sup> Viktig for denne avhandlingen er i all særdeleshet gjennomføringen av den allerede nevnte eneretten til ”communication to the public, jf. WCT art. 8, jf. InfoSoc artikkel 3. Eneretten omtales gjerne på norsk som overføring til allmennheten og gir rettighetshaver rett til å autorisere og nekte all overføring til allmennheten, både i form av på-forespørseltjenester og i form av samtidig overføring.<sup>46</sup>

Direktivet ble implementert i norsk rett ved lov av 17. juni nr. 97 2005. I lovforarbeidet ble åndsverkloven for det alt overveiende ansett for å være i samsvar med InfoSoc-direktivet. Det ble imidlertid gjort viktige presiseringer på punkt som tidligere var omtvistet i forhold til tolkningen av den internnorske regelen om tilgjengeliggjøring for allmennheten etter åvl. § 2. Det er i hovedsak disse endringene som er av interesse for denne avhandlingen. Endringene har i stor grad avklart spørsmålet om hvilken form for tilgjengeliggjøring etablering av lenker skal henføres under. Dette vil kommenteres nærmere under kapittel 2.2.3.

Derimot berører lovgiver i liten grad spørsmålet om forholdet mellom det generelle begrepet ”gjøre det tilgjengelig for almenheten” etter åvl. § 2 første ledd og de presiseringer av tilgjengeliggjøringsbegrepet som følger av § 2 tredje ledd. Det skal derfor vurderes nærmere hvilken betydning det generelle tilgjengeliggjøringsbegrepet må tillegges ved tolkningen av enerettene slik disse følger av § 2 tredje ledd.

## **2.2 Forholdet mellom åvl. § 2 første og tredje ledd**

### **2.2.1 Hvorvidt åvl. § 2 må anses for å være uttømmende**

Problemstillingen er altså her om mulige former for tilgjengeliggjøring for allmennheten underlagt rettighetshavers enerett må kunne henføres under retten til spredning, visning eller fremføring. Eventuelt kan det tenkes alternative tilgjengeliggjøringsmåter som ikke faller innunder åvl. § 2 tredje ledd, men som likevel omfattes av rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring. Rettstilstanden har vært uklar på dette punktet og synes foreløpig heller ikke å ha fått sin endelige avklaring.

Det følger innledningsvis av § 2 tredje ledd at ”[v]erket gjøres tilgjengelig for allmennheten når [...]”. Isolert sett kan ordlyden tale for at tredje ledd utdyper det generelle tilgjengeliggjøringsbegrepet, og på den måten gir uttømmende regulering av hvilke former for tilgjengeliggjøring som skal være underlagt rettighetshavers enerett.

Lovens forarbeider setter med henvisning til Ragnar Knoph<sup>47</sup> som utgangspunkt at eneretten omfatter ”en hvilken som helst måte hvormed allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis”. Isolert sett taler denne uttalelsen for at det kan tenkes andre former for tilgjengeliggjøring enn de som er listet opp i tredje ledd. Det uttales imidlertid videre at § 2 tredje ledd bokstav a til c ”representerer tre hovedgrupper av måter å utnytte åndsverk på”, jf. Ot.prp. 26 (1959-1960) side 16 flg. Tatt på orde kan denne uttalelsen tas til inntekt for at et typetilfelle må kunne henføres under en av de alternativene formene for tilgjengeliggjøring.

---

<sup>45</sup> Denne er som nevnt ikke vedtatt av Norge, og traktaten vil av denne grunn trekkes inn i den utstrekning den har betydning for tolkningen av InfoSoc.

<sup>46</sup> Jamfør Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 19.

<sup>47</sup> Se Ragnar Knoph, Åndsretten, Oslo 1936, side 92-93.

Det er med andre ord vanskelig å konkludere klart utelukkende basert på lovens ordlyd og dens forarbeider.

Høyesterett adresserte problemet i Rt. 2005 side 41 (Napster.no), uten at det klart ble tatt et standpunkt: Det ble lagt til grunn at tredje ledd ikke var 'ment som noen legaldefinisjon av "tilgjengeliggjøring for allmennheten"<sup>48</sup>.

*Saksforholdet var som følger: En student fra Lillehammer etablerte et nettsted – www.napster.no – der brukere kunne legge inn lenker som viste til mp3-filer<sup>49</sup>, opplastet uten samtykke på ulike servere i utlandet tilkoblet WWW. TONO, NCB Nordisk Copyright Bureau, EMI Norsk AS, BMG Norway AS; Sony Music Entertainment Norway AS og Universal Music AS tok ut stevning med krav om erstatning, med grunnlag i åvl. § 55. Hovedspørsmålet for Høyesterett var hvorvidt etableringen av disse lenkene kunne sies å utgjøre tilgjengeliggjøring for allmennheten ved fremføring, jf. åvl. § 55.*

Høyesteretts uttalelse kan tolkes slik at tredje ledd ikke skal forstås som en uttømmende regulering over rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring. Den manglende tydeligheten i rettens uttalelser medfører likevel, i likhet med hva som var tilfellet med forarbeidsuttalelsene, at det ikke lar seg å gjøre å trekke en entydig slutning.

Det gis imidlertid i forarbeidene til lovendringen fra 2005 inntrykk av at tredje ledd er uttømmende. Det diskuteres her om det skal innføres et fjerde alternativ: Retten til overføring, se Ot.prp. 46 (2004-2005) side 19 flg. Det konkluderes imidlertid med at rettighetene allerede følger av åvl. § 2 og må henføres under offentlig fremføring, jf. op. cit. side 21. Det er rimelig å anta at dersom det ble ansett for å være former for tilgjengeliggjøring som ikke kunne henføres under et av alternativene i tredje ledd, ville det ikke vært et behov for en inngående vurdering av om det burde innføres ett nytt alternativ under tredje ledd.

Det later til å være en viss enighet i juridisk teori om at eneretten til tilgjengeliggjøring uttømmende er regulert av § 2 tredje ledd. Torvund gir eksplisitt uttrykk for denne forståelsen; Rognstad og Tande er derimot ikke like klare i sine formuleringer, men det synes likevel som om det er det standpunktet de har inntatt.<sup>50</sup>

De to sistnevnte fremhever begge betydningen av at det må tas stilling til hvorvidt publisering av lenker skal karakteriseres som spredning, visning eller fremføring. Det er i hovedsak systematikken i åndsverklovens som brukes som argument. Det følger av reglene om avgrensninger av opphavsretten i kapittel to at klassifiseringen av et typetilfelle er av betydning, se åvl. §§ 19-21.<sup>51</sup> Denne systematikken kan i så måte tale for at § 2 tredje ledd uttømmende angir hvilke former for tilgjengeliggjøring som hører til under rettighetshavers enerett.<sup>52</sup>

Rettsenhet i Norden må som tidligere påpekt tillegges stor vekt. I Sverige er forholdet mellom det generelle kriteriet "tillgängligt för allmänheten" og de tre formene for tilgjengeliggjøring presisert: "Den uppräknade av författarens rättigheter, som upptagits i 2 §, är uttömmade. Andra former för verkets utnyttjande falla således utanför ensamrätten [...]", jf. SOU 1956:

---

<sup>48</sup> Se avsnitt 42.

<sup>49</sup> Egentlig MPEG-1 Audio Layer 3: Et filformat for lagring av lyd komprimert ned til  $1/12$ . Dette gjør formatet svært egnet, og dermed hyppig brukt, til lagring og utveksling av musikk.

<sup>50</sup> Se Torvund, på side 426; Rognstad 2005, side 345-346 og Tande, side 109 flg.

<sup>51</sup> I dom fra svensk Høyesterett fikk klassifiseringen avgjørende betydning, jf. Tommy O.-saken, som skal omtales nærmere under kapittel 2.3.3.

<sup>52</sup> Se også Rognstad, side 346.

25 side 87. Hensynet til rettsenhet kan følgelig tas til inntekt for at åvl. § 2 tredje ledd også uttømmende regulerer rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring.

Det kan dessuten stilles spørsmålet om legalitetsprinsippet setter begrensninger for tolkningen, ettersom opphavsrettskrenkelser er kriminalisert, jf. åvl. § 54.<sup>53</sup> Det vil dessuten være uheldig om fortolkningen skal styres av om man befinner seg i en sivil- eller strafferettslig tvist. På den annen side vil en utvidet anvendelse av legalitetsprinsippet også kunne slå uheldig ut.<sup>54</sup> Det bør på denne bakgrunn legges til grunn at legalitetsprinsippet ikke gis anvendelse ved fortolkningen av opphavsrettslige regler.

## 2.2.2 Deloppsummering

Samlet sett synes det mest rimelig å legge til grunn at tredje ledd uttømmende regulerer rettighetshavers eneretter til tilgjengeliggjøring for allmennheten.

Utgangspunktet for tolkningen av omfanget av enerettene til tilgjengeliggjøring må klart nok være uttrykket ”tilgjengelig for allmennheten”.<sup>55</sup> Forarbeidene presiserer av begrepet er teknologinøytralt og skal gis et vidt innhold. Det vil være av stor betydning for presisering av det nærmere innholdet i retten til henholdsvis spredning, visning og fremføring.

Det var tidligere svært omdiskutert hvilken enerett overføring i digitale nettverk skulle henføres under. Under kapittel 2.2.3 vil det derfor gis en kort redegjørelse for klassifiseringsspørsmålet.

## 2.2.3 Særlig om klassifiseringsspørsmålet

De presiseringer i åvl. § 2 tredje ledd som ble gjennomført ved implementeringen var avgjørende for spørsmålet om klassifiseringen av overføring i digitale nettverk. Det kunne være rimelig å tro at visningsretten var en nærliggende tilgjengeliggjøringsform å henføre overføring i digitale nettverk under, basert på den tidligere ordlyden.<sup>56</sup> Etter lovendringen fra 2005 er det imidlertid brakt på det rene at visningsretten kun omfatter visning av fysiske verkseksemplar, uten bruk av tekniske hjelpemidler.<sup>57</sup>

I lovforarbeidene ble også innholdet i eneretten til fremføring presisert: ”All indirekte visning faller inn under fremføringsretten i *bokstav c*), f.eks. digital overføring via nettverk [...]”, jf. Det følger av Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 140. Det ble samtidig innført et nytt fjerde ledd: ”Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket”.

Spørsmålet om den overføring som skjer ved hjelp av lenker innebærer en krenkelse må på denne bakgrunn baseres på eneretten til offentlig fremføring.

Dersom man baserer seg på en streng fortolkning av ordlyden, vil det kunne hevdes at man her tøyer ordlyden i overkant langt. I teorien er det på denne bakgrunn reist innvendinger mot å anse lenking som

<sup>53</sup> Jamfør Niklas Bruun, NIR 2001 side 622 (på side 624).

<sup>54</sup> Se Erik Wold, NIR 2004 side 536 (på side 540).

<sup>55</sup> Jamfør Napster.no, avsnitt 42.

<sup>56</sup> Tidligere ble det dessuten argumentert for at overføring i digitale nettverk måtte henføres under spredning, da ”[e]ksemplar av verk [...]” ikke kunne tolkes bokstavelig, se Ole-Andreas Rognstad, Spredning av verkseksemplar, Oslo 1999, side 64).

<sup>57</sup> Det følger av Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 24 (og 140).

fremføring, jf. Torvund, side 426 flg. Slike de lege ferenda-vurderinger er imidlertid av underordnet betydning for denne avhandlingen.

### 3. Hvorvidt ekstern lenking er selvstendig tilgjengeliggjøring

#### 3.1 Innledning

Det finnes som nevnt flere måter å tilnærme seg spørsmålet om etablering av eksterne lenker skal anses for å være tilgjengeliggjøring for allmennheten. Her under kapittel 3 skal tre tilnæringsmåter analyseres nærmere. Det vil inntas et metaperspektiv, med særlig sikte på å belyse de særlig problematiske spørsmålene i tilnærmingen til lenkespørsmålet. Tilnæringsmåtene som sådanne vil av den grunn ikke gjennomgås i detalj.

Det kan, som fastslått under kapittel 2.2.3, ikke være tvilsomt at lenkespørsmålet må vurderes etter alternativet om offentlig fremføring etter åvl. § 2 tredje ledd bokstav a. En alminnelig språklig forståelse av ordlyden taler isolert sett for at alternativet må forbeholdes tilfellene der allmennheten gis en umiddelbar opplevelse av verket.<sup>58</sup> Men det nærmere innholdet av fremføringsretten må fastsettes med utgangspunkt i begrepet ”gjøre det tilgjengelig for allmennheten”, jf. § 2 første ledd.<sup>59</sup> Ved å fokusere på at det er tilstrekkelig at materiale er tilgjengelig, tilsier det generelle begrepet at også mer middelbar fremføring vil kunne omfattes av fremføringsretten.

Denne utvidede forståelsen av ordlyden underbygges av forarbeidene. I Ot. prp. nr. 26 '59-'60, side 16 uttales følgende:

*”Opphavsmannens enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten omfatter ifølge de delegerte « en hvilken som helst måte hvormed allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis, således f.eks. ved utgivelse, offentlig opplesning, fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon og videre gjengivelse gjennom høyttaler, jfr. Knoph s. 92-93”.*

Innholdet i fremføringsrettens ble i forhold til overføring i digitale nettverk ytterligere presisert ved innføringen av InfoSoc-direktivet. Forarbeidene til lovendringen fra 2005 legger til grunn at indirekte overføring til allmennheten skal kunne anses som offentlig fremføring, jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 21-22. I dette ligger det at også ”på forespørsel”-tjenester omfattes av fremføringsretten, jf. åvl. § 2 fjerde ledd. Det synes på denne bakgrunn å være tilstrekkelig at det foreligger potensial for tilgang.<sup>60</sup>

Den normale måten rettighetshavere publiserer sitt materiale på nett er å laste dette opp på en server tilknyttet WWW og etablere et nettsted med lenker til materialet. I det tilfellet kan det ikke være tvilsomt at rettighetshaver har gjort sitt vernede materiale tilgjengelig for allmennheten. Et første spørsmål som må besvares er imidlertid om det foreligger potensial

<sup>58</sup> Torvund bruker dette som argument for å underbygge påstanden om at eneretten til fremføring er uegnet som rettslig kvalifisering av tilgjengeliggjøring via digitale nettverk, se Torvund, side 426 flg.

<sup>59</sup> Jamfør det som tidligere er sagt om forholdet mellom første og tredje ledd, se kapittel 2.2.1 med videre henvisninger.

<sup>60</sup> Tande legger også dette uttrykkelig til grunn, se Tande, side 128. Rognstad synes også å argumentere langs disse linjer når han bruker uttrykket ”fremby” i § 2 tredje ledd bokstav a som retningslinje tilgjengeliggjøringsvurderingen, jf. Rognstad 2005, side 351. Mer om dette under kapittel 3.3.1.2.



for tilgang allerede ved at rettighetshaver laster sitt materiale opp på en server. Dersom dette spørsmålet besvares bekreftende, vil etableringen av eksterne lenker vanskelig kunne hevdes å innebære tilgjengeliggjøring av materialet det lenkes til.

Som det skal gjøres nærmere rede for under kapittel 3.3, er det uenighet innenfor juridisk teori på dette punktet. Det er tatt til orde for at opplastingshandlingen tilsvarer det å stille teknisk utstyr for internettilgang til allmennhetens rådighet. Dette i seg selv kan ikke være tilgjengeliggjøring.<sup>61</sup> Noe annet vil det være dersom tilrådighetstillelsen kombineres med mer umiddelbar verkstilgang. Det er dermed hevdet at det vil foreligge potensial for tilgang først idet rettighetshaver også etablerer lenker til det opplastede materialet.<sup>62</sup>

Et naturlig spørsmål i forlengelsen av dette blir da hvordan man skal behandle etableringen eksterne lenker til det allerede opplastede materialet: Hvorvidt etableringen kan sies å gjøre materiale tilgjengelig for allmennheten. I dette må det foretas en vurdering av hvilken betydning det skal tillegges at skaperen av eksterne lenker ikke selv har lastet materialet opp på en server.

Høyesterett tok i Napster.no-saken ikke eksplisitt stilling til hvilken betydning rettighetshavers etablering av interne lenker har for tilgjengeliggjøringsspørsmålet. Ei heller eksterne lenkers forhold til interne lenker. Like fullt presenterte retten flere viktige utgangspunkt for de vurderinger som må foretas ved løsningen av disse spørsmålene.

## 3.2 Napster.no

Høyesterett la til grunn at eneretten til tilgjengeliggjøring ikke går tapt ved første gangs tilgjengeliggjøring. Dessuten, videreføring av en annens tilgjengeliggjøring vil anses som selvstendig tilgjengeliggjøring.<sup>63</sup> Dette kan tas til inntekt for at rettighetshavers opplasting og publisering av materiale på WWW ikke utelukker at også etablering av eksterne lenker anses som selvstendig tilgjengeliggjøring. Retten gir videre sin tilslutning til juridisk teori knyttet til Rt. 1995 side 35 (Smartkort), der det fremgår at tilgjengeliggjøringsmetoden som brukes må gi "[...] en noenlunde umiddelbar tilgang til verket [...]" for å rubrisere den som tilgjengeliggjøring ved offentlig fremføring etter § 2.<sup>64</sup>

Det må i denne sammenheng også nevnes av kravet umiddelbarhet er vektlagt av departementet: "Det avgjørende er at ikke enhver handling som øker eller bidrar til allmennhetens tilgang til åndsverk kan anses som en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling. Det må etter departementets oppfatning være en viss nærhet mellom handlingen og allmennhetens tilgang til verket", jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) på side 23.

Avgjørende for Høyesterett i Smartkortdommen var at erververne av piratkortene (smartkortene) ikke ble tilbudt et bestemt innhold. Det var med andre ord ikke tilstrekkelig nærhet mellom salget av piratkortene og tilgangen til de kodede TV-sendingene til at selgeren kunne sies selv å ha tilgjengeliggjort de gjennom offentlig fremføring.

<sup>61</sup> Nærmere om dette under kapittel 3.2.1 med videre henvisninger. Motsatt utgangspunkt gjøres nærmere rede for under kapittel 3.3.2.

<sup>62</sup> Se særlig kapittel 3.3.1.2.

<sup>63</sup> Høyesterett henviste i den forbindelse til Rt. 1953 side 633 (Bedriftsmusikk) og NJA 1980 side 123 (Mornington).

<sup>64</sup> Se dommens avsnitt 43.

På grunnlag av disse utgangspunktene ville det vært rimelig å tro at Høyesterett hadde falt ned på at lenkingen innebar selvstendig krenkelse av opphavsretten, all den tid brukerne fikk direkte og umiddelbar tilgang til vernet materiale gjennom å aktivere referanselenkene.<sup>65</sup> Likevel kom altså retten til at lenkene ikke krenket rettighetshavers enerett direkte. På tross av de uttalte utgangspunktene, kan det se ut som Høyesterett la til grunn at opplasting på server var tilstrekkelig som tilgjengeliggjøringshandling.<sup>66</sup> Dette kan forklare hvorfor retten ikke kunne se en begrunnelse for hvorfor det burde skilles mellom en referanse til en nettside og hyperlenke til det samme.<sup>67</sup>

Under henvisning til juridisk teori ble det anført fra saksøkte at det må skilles på ulike former for lenker. Høyesterett fant imidlertid ikke grunnlag for en slik sonndring.<sup>68</sup> All den tid spørsmålet er gitt så vidt sentral plass i teorien, vil den fortsatt være av interesse for denne avhandlingen.<sup>69</sup>

Det ble dessuten fastslått at dersom lenking først ble ansett som tilgjengeliggjøring, måtte det gjelde lenking til så vel lovlig som ulovlig utlagt materiale. Lovforståelsen vil være den samme i begge tilfeller.<sup>70</sup>

Dommen er den eneste fra Høyesterett om tilgjengeliggjøringsspørsmålet i digitale nettverk. Dette skulle tilsi at dommen har prinsipiell betydning og prejudikatverdi utover det konkrete forholdet som var omhandlet. Men som det skal gjøres nærmere rede for, kan det være grunn til å sette spørsmålsteget ved den rettslige forankringen til og begrunnelsen for resultatet Høyesterett valgte.<sup>71</sup>

Det foreligger to avgjørelser fra Sverige (NJA 2000 side 292) og Danmark (UFR 2001 side 1762) med faktum som i stor grad tilsvarer det i Napster.no-saken. Avgjørelsen fra Danmark er en underrettsavgjørelse, og har allerede av den grunn begrenset relevans. Den er dessuten sterkt kritisert i juridisk teori. Avgjørelsen vil av den grunn ikke behandles nærmere. Den svenske avgjørelsen ble trukket frem av Høyesterett i Napster.no-saken, uten å bli undergitt nærmere behandling. Avgjørelsen var en straffesak, som prinsipielt gjaldt spørsmålet om nærliggende rettigheter tilhørende plateprodusenter skulle anses krenket. Høyesterett anså trolig derfor avgjørelsen for å ha begrenset vekt. Av de samme grunner vil den også ha begrenset relevans for denne avhandlingen.

## 3.3 De respektive tilnæringsmåter

### 3.3.1 Nærhet som vurderingstema

#### 3.3.1.1 Innledning

Den mest nærliggende tilnæringsmåten for en rettsanvender vil gjerne være å forholde seg til den alminnelige rettskildelæren. Det innebærer at man søker å finne frem til en rettsregel

---

<sup>65</sup> Under kapittel 3.3.1 skal det gjøres rede for en tilnærming der denne konklusjonen trekkes på grunnlag av de utgangspunktene som Høyesterett også baserte seg på.

<sup>66</sup> Dette er også utgangspunktet for tilnæringsmåten som skal behandles under kapittel 3.3.3.

<sup>67</sup> Tilnæringsmåten beskrevet under 3.3.2 søker å ta høyde for at lenker er noe mer enn en ren referanse. Dette berøres også under kapittel 3.3.1.

<sup>68</sup> Jamfør dommens avsnitt 47.

<sup>69</sup> Som berørt under kapittel 1.4 er naturlig nok faktiske forskjeller mellom de ulike lenketypene. Spørsmålet er imidlertid om forskjellene i seg selv har opphavsrettslig relevans. Se nærmere om dette under kapittel 3.3.2.2.

<sup>70</sup> Det synes å være enighet om denne forståelsen også innenfor teorien, og den legges således til grunn også i denne avhandlingen.

<sup>71</sup> Se kapittel 3.4 om medvirkning.

basert på de alminnelige rettskildene, og deretter holde denne regelen opp mot det konkrete saksforholdet.

Problemstillingen er her om etableringen av eksterne lenker skaper potensial for tilgang. I dette vil den avgjørende vurdering være om det foreligger tilstrekkelig nærhet mellom tilgjengeliggjøringshandlingen og allmennhetens tilgang til materialet.<sup>72</sup>

På bakgrunn av dette utgangspunktet vil eksterne lenker i svært mange tilfeller kunne utgjøre tilgjengeliggjøring, ettersom man ved å aktivere lenken kan få en nær umiddelbar opplevelse av det vernede materialet lenken viser til. Brukerne i Napster.no-saken må kunne sies å få slik umiddelbar tilgang da de ved å aktivere de publiserte lenkene fikk valget mellom å spille av mp3-filen eller lagre den på egen maskin for senere avspilling. Denne nærheten mellom etableringen av lenkene og brukernes tilgang taler for å anse lenkeetableringen som en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling.

Det er på denne bakgrunn rettet kritikk mot Høyesteretts avgjørelse. Kritikken retter seg mot de sentrale deler av rettens begrunnelse. Det ses for øvrig på som uheldig at retten kun berørte noen sider ved tilgjengeliggjøringsspørsmålet.<sup>73</sup> Dette presenteres nærmere under kapittel 3.3.1.2.

Et problem ved å anse lenker som tilgjengeliggjøring vil imidlertid være hvordan eneretten nærmere skal avgrenses.<sup>74</sup> Et forbud mot all lenking som gir en nokså umiddelbar tilgang vil i ytterste konsekvens kunne hevdes å ha betydelig innvirkninger på WWW som informasjonsmedium. Det må følgelig vurderes hvilke avgrensninger som bør gjøres slik at eneretten til tilgjengeliggjøring ikke legger urimelige begrensninger på en hensiktsmessig utnyttelse i så måte. Det er her tatt til orde for at man ved å publisere materiale på WWW gir et implisitt samtykke til at det lenkes til materialet. Det vil gjøres nærmere rede for denne tolkningen under kapittel 3.3.1.3.

### ***3.3.1.2 En vurdering av nærhet som kriterium***

Det er tatt til orde for at Høyesterett burde ha foretatt en nærmere vurdering av hvorvidt det er tilstrekkelig å laste vernet materiale opp på en server tilknyttet WWW for å anse dette som tilgjengeliggjort.<sup>75</sup> Dette vil ha betydning for om etableringen av lenker er nødvendig for å anse et verk som tilgjengeliggjort. Dersom opplastingen er tilstrekkelig, vil lenkene i tilfelle ha preg av å være en ren henvisning. Det vil derfor være mindre naturlig å anse den som etablerer lenker til materiale som selvstendig tilgjengeliggjører av dette. Allmennheten ville da allerede hatt tilgang i og med at materialet var opplastet på serveren.

I teorien er det anført at begrepet ”fremby” i åvl. § 2 tredje ledd bokstav a vil kunne være veiledende for å fastlegge hva som nærmere ligger i uttrykket ”gjøre verket tilgjengelig for

---

<sup>72</sup> Jamfør det som tidligere sagt under kapittel 3.1.

<sup>73</sup> Se Rognstad 2005, side 345.

<sup>74</sup> Dette ble også trukket frem av Høyesterett i Napster.no, se dommens avsnitt 56 og 57.

<sup>75</sup> Det var enighet mellom partene at opplasterne hadde fremstilt eksemplarer av materialet, samt gjort dette tilgjengelig for allmennheten. Spørsmålet ble på den annen side anført av rettighetshaver siden og burde gitt grunnlag for at Høyesterett gikk nærmere eventuelle følger av ikke å anse lenking som nødvendig, gitt at opplasting i seg selv innebærer at verk anses tilgjengeliggjort.

allmennheten”, slik dette følger § 2 første ledd.<sup>76</sup> Trolig er det sentrale poenget her at det er potensial for tilgang som bør være avgjørende for om et verk skal anses som tilgjengeliggjort, som redegjort for under kapittel 3.1. Sagt med andre ord vil det kunne være tilstrekkelig å fremsette et tilbud om tilgang for å fastslå at materiale er tilgjengeliggjort.

Med dette som et utgangspunkt kan det kanskje være grunn til å sette spørsmålsteget ved Høyesteretts tilnærming: At musikken var tilgjengelig ved at det kun var lastet opp på en server. Den mest normale måten å gjøre materiale tilgjengelig på er å laste materiale opp på WWW og deretter lage et nettsted med lenker til dette.<sup>77</sup>

I Napster.no-saken var musikken lastet opp på ulike FTP-servere<sup>78</sup>. For tilgang til materiale på FTP-servere kreves egen programvare, en såkalt FTP-klient<sup>79</sup>. I tillegg må man ha kjennskap til adressen til serveren; og den bestemte porten som serveren lytter til, som brukes for å koble til serveren. Materiale på slike servere vil ikke dukke opp på søk i alminnelige søkemotorer, slik at man må kjenne denne informasjonen. Det kan dermed være grunn til å anta det ikke foreligger tilstrekkelig potensial for tilgang, når vernet materiale legges ut på en FTP-server det kanskje ikke er meningen at andre enn opplasteren skal ha tilgang til.

Formodentlig kan det trekkes en parallell til tilfellet der man kun stiller teknisk utstyr til rådighet for allmennheten: Det vil ikke være tilgjengeliggjøring for allmennheten dersom man eksempelvis tilbyr bruk av datautstyr med internetttilgang, jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 23.<sup>80</sup> Det er først når tilrådighetsstillelse, eller en passiv henvisning, suppleres med en mer umiddelbar tilgang til verket at det vil kunne være tale om tilgjengeliggjøring underlagt rettighetshavers enerett. Denne nærheten i allmennhetens tilgang vil det følgelig være lenkene som etablerer. På bakgrunn av dette er det konkludert med at materiale først bør anses som tilgjengeliggjort idet rettighetshaver etablerer interne lenker til materialet han har lastet opp WWW.

Det er hevdet at etableringen av eksterne lenker ved siden av interne lenker, rettet mot det samme materialet, kun vil innebære en lovlig mertilgjengeliggjøring.<sup>81</sup> Forskjellen er i hovedsak at den som har etablert eksterne lenker ikke selv har lastet filene opp på en server. Det må i det følgende vurderes hvilken betydning det har for eksterne lenkers lovlighet at de retter seg mot det samme materialet som rettighetshavers egne interne lenker ved siden av disse.

Høyesterett har som nevnt tidligere fastslått at eneretten til tilgjengeliggjøring ikke går tapt ved førstegangs tilgjengeliggjøring, samt at videreføring av andres tilgjengeliggjøring vil kunne være selvstendig tilgjengeliggjøring. Dette skulle tilsi at det ikke er utelukket at den

---

<sup>76</sup> Jamfør Rognstad 2005, side 351. Det har vært rettet kritikk mot å anvende ”fremby” som vurderingstema for eneretten til offentlig fremføring, ettersom dette begrepet kun brukes i åvl. § 2 tredje ledd bokstav a, se Torvund side 430.

<sup>77</sup> For flere nettsteders vedkommende vil tilgang være betinget av at man klikker seg frem ved hjelp av lenker – og eventuelt betaler en oppgitt sum – for å få tilgang til materialet. Et eksempel på et slikt nettsted er <http://www.cdon.no/>.

<sup>78</sup> Dette er en alternativ overføringsprotokoll til HTTP, som jo er den vanlige protokollen for overføring av informasjon på WWW. FTP-servere vil formodentlig uten særlig fagkyndighet være svært vanskelig å lokalisere og oppnå tilgang til.

<sup>79</sup> Programvare for å koble til FTP-servere, og får å få mulighet til å utveksle informasjon med ulike servere som bruker denne overføringsprotokollen.

<sup>80</sup> Departementet viser på samme sted til at det ville stille seg annerledes dersom ”en internettkafé også gjør tilgjengelig verk fra sin egen server”.

<sup>81</sup> Se mer om dette under kapittel 3.3.2.2 med videre henvisninger.

som kun etablerer eksterne lenker tilgjengeliggjør materialet det lenkes til. Det vil da nødvendigvis ikke ha betydning at lenkeetablereren ikke selv har lastet materialet opp på WWW.

Retten presiserte samtidig at tilrettelegging som innebærer at allmennheten gis direkte tilgang til vernet materiale, vil være tilgjengeliggjøring underlagt rettighetshavers enerett. Ved en rettsdogmatisk tilnærming står man da altså tilbake med en konkret vurdering av om det foreligger en tilstrekkelig grad av nærhet mellom etableringen av eksterne lenker og allmennhetens faktiske tilgang. Det har således underordnet betydning at den som etablerer eksterne lenker til vernet materiale ikke selv har lastet dette opp på WWW.

Det er fra annet hold innen teorien argumentert med at Smartkortdommen ikke kan brukes som et argument for nærhetssynspunktet, men tvert imot må tas til inntekt for at lenking ikke skal kunne anses som tilgjengeliggjøring. Resonnementet er her at piratkortene var nødvendige for tilgangen til de kodede TV-sendingene, hvorimot eksterne lenker saktens ikke skal anses nødvendige for tilgang til beskyttet materiale.<sup>82</sup> Høyesterett fastslo i Napster.no at videreføring av en annens tilgjengeliggjøring anses som selvstendig tilgjengeliggjøring, jf. Bedriftsmusikkdommen. Det synes derfor ikke å være grunnlag for å anvende et nødvendighetskriterium for å avgjøre lenkespørsmålet. Nærhetssynspunktet er dessuten som nevnt under kapittel 3.1 også lagt til grunn i lovens forarbeider. Retten fant det anstrengt at selgeren av piratkortene selv fremførte innholdet av sendingene. Dette må blant annet ha sammenheng med at brukerne ikke ble tilbudt noe bestemt innhold.

Høyesterett så i Napster.no-saken det som spesielt problem at ”musikkfilene også ville kunne nås ved opplysning på napster.no om deres webadresser”.<sup>83</sup> Tidligere la retten klart til grunn at det ikke kunne være tvilsomt at å opplyse om en webadresse ikke ville være tilgjengeliggjøring. Nærhet mellom å lenke direkte og å opplyse om en adresse mente retten ville gjøre det problematisk å anse lenking som tilgjengeliggjøring. Denne nærheten understreker det henvisningspreg lenker har.

Lenker er imidlertid noe mer enn rene litteraturhenvisninger. En ren henvisning vil kun gi informasjon om hvor man kan finne verket og brukeren må selv stå for tilgangen. En lenke vil i tillegg til å informere om verkets plassering, gi brukeren tilgang og en mer umiddelbar opplevelse av verket som følge av at lenken aktiveres.<sup>84</sup> Sagt med andre ord er det større nærhet mellom etableringen av eksterne lenker og allmennhetens tilgang til materialet det lenkes til, sett i forhold til en alminnelig henvisning og verket det vises til.

Høyesterett trakk frem som et kompliserende element at nyere programvare gjenkjenner nettadresser og omgjør disse automatisk til klikkbare lenker. En fotnote som angir en nettadresse vil i så måte omgjøres til en henvisningslenke, og retten så det som problematisk dersom henvisninger dermed skulle anses for å innebære tilgjengeliggjøring av verket det ble vist til. Det ville ført for langt om det skulle være underlagt rettighetshavers enerett å referere nettadressen til vedkommendes verk i en fotnote. Retten vek dermed tilbake fra å anse eksterne referanselenker til enkeltfiler som tilgjengeliggjøring av disse.

Man må imidlertid sette en grense et sted. Det kan argumenteres for at det er mulig å operere med skille på klikkbare lenker som gir umiddelbar tilgang til materialet, mens rene henvisninger gir mer middelbar tilgang.<sup>85</sup> Idet en passiv henvisning supplert med direkte

---

<sup>82</sup> Jamfør Torvund, side 435

<sup>83</sup> Jamfør dommens avsnitt 53.

<sup>84</sup> Dette er også en grunnleggende forutsetning for rådighetstilnærmingen, se kapittel 3.3.2.1.

<sup>85</sup> Se mer om dette i Rognstad 2005, side 356. Hans eksempel om at studenten vises hvor et verk er på biblioteket fremfor å vise vedkommende til sitt kontor synes å være mindre treffende. Det grunnleggende premisset om at

verkstilgang karakteriseres som tilgjengeliggjøring innenfor andre områder av opphavsretten, kan det være vanskelig å se begrunnelsen for hvorfor eksterne lenker bør behandles annerledes.

### **3.3.1.3 Implisitt samtykke som avgrensingskriterium**

Dersom man først aksepterer at eksterne lenker kan omfattes av eneretten til tilgjengeliggjøring, oppstår spørsmålet om hvordan de nærmere avgrensninger av eneretten bør fastlegges. Det er tatt til orde for å innfortolke et samtykke til lenking ved publisering av vernet materiale på nett. Samtykkepresumsjonen begrunnes med at dette vil være naturlig ut fra et avtalerettslig synspunkt. Dessuten er det en velkjent metode for avgrensninger av rettigheter innenfor immaterialretten.<sup>86</sup>

I arbeidet med lovendringen fra 2005 ble implisert samtykke som avgrensning av rettighetshavers enerett vurdert, men departementet fant ikke en slik løsning hensiktsmessig: ”Spesialitetsgrunnsetningen i åndsverkloven § 39a innbærer etter departementets syn at det skal legges en restriktiv fortolkning til grunn ved tolking av overdragelsesavtaler. Dette prinsipp vil gjelde desto mer når det er snakk om ensidige disposisjoner, og i særdeleshet der det hevdes å utledes rettslige konsekvenser av unnlater (passivitet/taushet)”, jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 54.<sup>87</sup>

Dette ble også anført for Høyesterett i Napster.no-saken.<sup>88</sup> Retten kom imidlertid til at et implisitt samtykke som avgrensingskriterium ville kunne virke prosesskapende. Konsekvenshensyn bidro dermed til at retten valgte å løse saken på det som ble anført som subsidiært grunnlag.<sup>89</sup>

Det fremstår som særlig problematisk å angi rekkevidden av et eventuelt implisitt samtykke. Rognstad har anført at rettighetshaver ved å publisere sitt materiale på WWW med dette har samtykket til at det etableres lenker som er ”en naturlig konsekvens av Internettets funksjon som informasjonsmedium”, dersom det ikke foreligger holdepunkter for noe annet, jf. Rognstad 2005 side 359. I dette ligger det blant annet en vurdering av om lenker innebærer en snylting på rettighetshavers legitime interesser.<sup>90</sup> For det tilfellet at det svares konstatierende på dette spørsmålet, bør lenkingen kunne nektes av rettighetshaver etter avl. § 2.

I svært mange tilfeller vil en slik vurdering ha et sterkt innslag av skjønn, og det kan spørres hvor mange potensielle tvister et slikt kriterium vil løse. I teorien er denne vurderingen omtalt som en konstruksjon, som fremfor å løse spørsmålet belyser ”det uholdbare i at anse linking for omfattet af eneretten”, se Udsen/Schovsbo, NIR 2006 side 47 (på side 56).

---

allmennheten får tilgang ved at en student gis nøkkelen til hans kontor er det vanskelig å forstå riktigheten av. For øvrig vil tilgjengeliggjøring gjennom digitale nettverk skille seg så grunnleggende fra ”analog” tilgjengeliggjøring at slike eksempler allerede av den grunn vil kunne bli upresise.

<sup>86</sup> Se Rognstad 2005, side 358-359.

<sup>87</sup> Det er imidlertid satt spørsmålsteget ved relevansen av spesialitetsprinsippet, se Rognstad 2005, side 358.

<sup>88</sup> jf. dommens avsnitt 56, med videre henvisninger.

<sup>89</sup> Retten avgjorde saken basert på medvirkningsansvar. Dette vil bli vurdert nærmere under kapittel 3.4.

<sup>90</sup> Det er gjort nærmere rede for dette hensynet under kapittel 2.1.2.1.

### 3.3.2 Den rene rådighet som vurderingskriterium

#### 3.3.2.1 Innledning

Det er i juridisk teori tatt til orde for at tilgjengeliggjøringsspørsmålet bør avgjøres på bakgrunn av en sammenligning av den rådighet etablereren av eksterne lenker utøver sett i forhold til rettighetshaveren selv.<sup>91</sup>

Utgangspunktet tas i åvl. § 2 første ledd som gir rettighetshaver ”[...] enerett til å råde over [...]” sine åndsverk, og man ser det slik at i den utstrekning andre utøver rådighet tilsvarende den som følger av § 2, vil det foreligge en krenkelse av vedkommende rettighetshavers opphavsrett. Mer konkret vil det med denne formen for tilnærming være avgjørende om andres etablering av eksterne lenker utgjør en slik selvstendig rådighet som er underlagt rettighetshavers enerett.

Bakgrunnen for denne tilnæringsmåten er i utgangspunktet å ta høyde for den dualiteten som lenker består av. Lenker vil først og fremst være en henvisning til det materiale de viser til. Men lenker utgjør også noe mer: Gjennom lenken gis man en alternativ tilgang, og ved å aktivere denne gis man mulighet til å få en umiddelbar opplevelse av åndsverket lenken viser til.<sup>92</sup> Den overordnede problemstillingen er følgelig om den alternative tilgangen som lenken gir, kan anses som selvstendig rådighet i strid med § 2 første ledd.

Denne tilnæringsmåten vil i det følgende undergis nærmere behandling, sammen med den kritikk som er rettet mot den.

#### 3.3.2.2 En sammenligning av rådighet

En grunnleggende forutsetning for å anvende et rent rådighetsbegrep er at lenker – interne såvel som eksterne – er nødvendige for å anse det opplastede verket lenkene viser til som tilgjengeliggjort for allmennheten. Man ser det her slik at etablering og strukturering av lenker er en sentral del av den rådighet rettighetshaver utøver og bestemmende for hvordan materialet tilgjengeliggjøres.

Det har vært innvendt mot denne forutsetningen at det er rettighetshaveren som avgjør om materiale skal være tilgjengelig på WWW, idet vedkommende har mulighet til å fjerne materialet den eksterne lenken er rettet mot. Lenken vil følgelig være uten virkning. På denne bakgrunn slutes det at den som har etablert den eksterne lenken ikke kan sies å utøve noen rådighet over materialet.<sup>93</sup>

Som fastslått under kapittel 3.3.1.2 vil ikke opplasting på en server tilknyttet WWW i seg selv være tilstrekkelig for anse materialet som tilgjengeliggjort. Det er gjennom etableringen av interne lenker at det opplastede materiale kan sies å være tilgjengelig for allmennheten. All den tid opplasting ikke er tilstrekkelig, vil en slik innvendig vanskelig kunne opprettholdes.<sup>94</sup>

Rådighetsvurderingen baserer seg på en sammenligning av rettighetshaverens og lenkeskaperens rådighet gjennom etableringen av lenker. Det vil være av sentral betydning

---

<sup>91</sup> Jamfør Tande, side 134 flg.

<sup>92</sup> Dette omtales som lenkers dobbelte natur, jf. Tande, side 19 flg.

<sup>93</sup> Jamfør Paperboydommen, side 20. Se nærmere om dommen under kapittel 3.3.3.2.

<sup>94</sup> Jamfør Tande, side 139-140.

hvorvidt lenkene har preg av selvstendig utvalg og strukturering av rettighetshavers verne materiale. Det presiseres samtidig at det er tilstrekkelig for å fastslå at det foreligger tilgjengeliggjøring for allmennheten idet det foreligger potensial for tilgang.<sup>95</sup>

Innen juridisk teori er det reist kritikk mot tilnæringsmåten og det er pekt på at det ikke er rettskildemessig dekning for å anvende et rent rådighetskriterium.<sup>96</sup> Som allerede nevnt under kapittel 2.1.1 er rettighetshaver gitt slik rådighet som ikke av tvingende samfunnsmessige grunner må unndras ham. I den grad avgrensninger etter kapittel to i åndsverkloven ikke får anvendelse, tilkjennes rettighetshaver eksklusiv rett til å tilgjengeliggjøre verk for allmennheten etter § 2 første ledd, og det er denne passussen som er bestemmende for tolkningen av retten til offentlig fremføring. Med § 2 fjerde ledd følger det at tilrådighetsstilling vil kunne være offentlig fremføring. Å anvende et rent rådighetsbegrep som vurderingstema synes på denne bakgrunn ikke å være utelukket basert på lovens ordlyd eller dens forarbeider.

Rådighetsbegrepet som vurderingstema ble for øvrig anført for Høyesterett i Napster.no, uten at dette ble undergitt noen nærmere vurdering av retten selv. Hvorvidt dette tilsier at retten vurderte det slik at det ikke var adgang til å anvende et slikt vurderingstema er uklart, ettersom retten kun gikk inn på ”noen sider” av tolkningen av § 2. Rognstad tar dog dette til inntekt for at rådighetsbegrepet forkastes som vurderingskriterium, jf. Rognstad 2005, side 349. Utover dette synes ikke tematikken å være eksplisitt berørt rettspraksis.

Tilnæringsmåten synes å fange opp nyanser av typetilfeller hvor lenkeskaperen gjennom etablering av eksterne lenker skaper en alternativ tilgang til verne materiale, som bør omfattes av rettighetshavers enerett, og de tilfeller som bør falle utenfor, hvor lenkene utgjør en ikke-rettstridig henvisning til rettighetshavers opplastede materiale. Anvendelse av rådighetsbegrepet unntar dermed etablering av lenker som oppfyller de grunnleggende formål bak WWW fra rettighetshavers enerett. Dette vil typisk være lenker som bidrar til rettighetshavers egen tilgjengeliggjøring, samt letter allmennhetens søken etter informasjon.

Det legges samtidig til grunn at alle former for eksterne hentelenker vil innebære selvstendig rådighet, og er dermed underlagt rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring. Her er rådighetselementet fremtredende og griper inn i den struktur rettighetshaver har gitt sitt materiale ved at brukere får mer umiddelbar tilgang uavhengig av de interne lenkene som er etablert. Hentelenker innebærer dessuten slikt sett større eller mindre grad av snylting på rettighetshaver innsats.<sup>97</sup>

Denne tilnæringsmåten tilsier dessuten at bruk av referanselenker til enkeltfiler ikke bør tillates.<sup>98</sup> Brukeren vil ved å aktivere lenken få valget mellom å åpne filen fra sin gjeldende plassering eller laste den ned til egen maskin for senere bruk. Synet er her at etableringen av slike lenker på eget nettsted vil innebære selvstendig rådighet tilsvarende den som tilligger rettighetshaver.

Tilnæringsmåten viser at selv om en distinksjon av lenketyper som sådanne nødvendigvis ikke har selvstendig opphavsrettslig betydning, vil de faktiske forskjellene på ulike lenkeformer medføre at de i konkrete tilfeller bør behandles ulikt.

---

<sup>95</sup> Jamfør op. cit., side 82 flg, med videre henvisninger. Se også det som tidligere er skrevet under kapittel 3.1.

<sup>96</sup> Jamfør Rognstad 2005, side 349 med henvisninger, der rådighetsbegrepet kun anses som et koblingsord.

<sup>97</sup> Se om hentelenker under kapittel 1.4.2 med noter, samt kapittel 2.1.2.1 om legislative hensyn.

<sup>98</sup> Også omtalt som dyplinker, se kapittel 1.4.3.



Det er i teorien innvendt at anvendelse av et rent rådighetskriterium vil kunne medføre at enkelte typetilfeller som bør omfattes av rettighetshavers enerett likevel faller utenfor. For å illustrere dette er det som eksempel trukket inn en restaurant som har TV-skjermer i sine lokaler. Restauranten vil formodentlig ikke ha noen befatning med de verk som vises på kanalene restauranten tar inn. Likevel må det være på det rene at den tilgjengeliggjør verkene som vises på skjermene.<sup>99</sup>

Det kan imidlertid se ut som det for denne kritikkens vedkommende er anlagt et for snevert syn på kriteriet selvstendig rådighet. Som allerede nevnt vil flere forflytningslenker samlet på én side rettet mot rettighetshaverens nettsted anses som selvstendig rådighet. Lenkeetablereren kan heller ikke i dette tilfellet sies å ha befatning med det vernede materiale. Likevel vil slik lenking anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten og derfor ikke være tillatt.

Det synes som et rent rådighetskriterium, slik dette er anvendt av Tande, går svært langt i å tilkjenne rettighetshaver rett til å nekte at det lenkes til vedkommendes materiale.<sup>100</sup> Det konkluderes med at flere referanselenker til rettighetshaverens nettsted etablert på samme nettside vil innebære rettsstridig rådighet. Tilsvarende skal gjelde for etablering av rammer<sup>101</sup> med en eller flere eksterne forflytningslenker til rettighetshaverens oversiktssider.

For disse tilfellene vil imidlertid henvisningspreget være mer fremtredende. Det vernede materialet vil for det alt overveiende presenteres for brukeren innenfor de premisser som er satt av rettighetshaver gjennom den utforming rettighetshaver har gitt sitt nettsted. Rådighetselementet er dermed ikke like fremtredende ved henvisningslenker. Dette må gjelde uavhengig av om det er etablert flere ulike lenker til rettighetshavers enkeltsider, eller etablert på den måten at en av rettighetshavers nettsider presenteres side om side med lenkeskaperens nettside.

I begge disse tilfellene forutsetter brukerens tilgang til materiale at vedkommende gjør bruk av rettighetshavers egne interne lenker, og rettighetshavers server hvor materialet ligger lagret. Den eksterne lenken vil i så måte spille en beskjeden rolle for brukerens tilgang. Dette understreker slike eksterne lenkers henvisningspreg.

Det er dessuten argumentert for at enkelte typer søkemotorers lenkeetablering bør være underlagt rettighetshavers enerett. Dette gjelder spesialiserte søkemotorer, eks. rettet mot nærmere angitte nettaviser. Begrunnelsen synes å være at disse etablerer flere eksterne referanselenker til samme rettighetshaver, og i så måte innebærer en form for rådighet som bør være underlagt rettighetshaver.<sup>102</sup> Formodentlig kan de samme innvendinger gjøres gjeldende i forhold slike søkemotorer.

---

<sup>99</sup> Et tilsvarende typetilfelle kan sies å foreligge i Rt. 1953 side 633 (Bedriftsmusikk).

<sup>100</sup> Se om dette Tande, (særlig) side 217 og 218.

<sup>101</sup> En nettside kan deles opp i to eller flere felt eller rammer, som gir lenkeskaperen mulighet til å presentere andre rettighetshaveres materiale side om side med sitt eget materiale. Det gjøres nærmere rede for dette i Tande, side 41 flg.

<sup>102</sup> Se Tande side 181 flg. Her bruker for øvrig begrepet forflytningslenker for lenkeformen som her omtales som referanselenker.

### 3.3.3 Lenker som den rene henvisning

#### 3.3.3.1 Innledning

Det er fra annet hold i teorien innvendt at tilnæringsmåtene som er behandlet ovenfor bygger på en uriktig forståelse av hvordan lenker teknisk sett fungerer. På den bakgrunn vil også den rettslige analysen bli uriktig. En misoppfatning av eksterne lenkers faktiske rolle vil etter sigende kunne medføre at de tillegges en betydning det ikke er opphavsrettslig dekning for.

I det følgende skal disse innvendingene analyseres nærmere, sett i sammenheng med de tilnæringsmåter som allerede er gjennomgått.

#### 3.3.3.2 Opplasting som tilstrekkelig tilgjengeliggjøringshandling

Grunnsynet er for denne tilnæringsmåten vedkommende at lenker, uavhengig av type, har to hovedbestanddeler: Det lastes opp eksemplar av verk på en server tilknyttet WWW, som dermed brukere får tilgang til. Brukere gis dernest rett til selv å fremstille eksemplar av det opplastede verket.<sup>103</sup> I denne sammenheng vil en ekstern lenke til det tilbudte materialet kun ses på som en referanse til det nettstedet på WWW hvor verket kan finnes. Lenkene er altså verken tilstrekkelig eller nødvendig for brukerens tilgang til vernet materiale på WWW, men utgjør en tillatt mertilgjengeliggjøring av materialet det lenkes til.

Det kan av dette utledes som et utgangspunkt at dersom den påståtte tilgjengeliggjørers handlinger ikke er nødvendige for at allmennheten skal gis tilgang til vernet materiale, vil det ikke foreligge en krenkelse av rettighetshavernes enerett.<sup>104</sup> Det sies altså her at opplasting av verk på en server tilknyttet WWW er tilstrekkelig for å anse verket som gjort "tilgjengelig for allmennheten" etter avl. § 2 første ledd. Det henvises her til den såkalte Paperboydommen.<sup>105</sup>

Saken gjaldt lovligheten av en søketjeneste som samlet og systematiserte referanselenker som ledet direkte til ulike nyhetsartikler, gjennom bruk av dyplinker. Ved å angi søkeord fikk brukeren opp en liste over nyhetsartikler som inneholdt de angitte søkeordene. Retten fant her at det er den som offentliggjør materialet som avgjør om dette skal være tilgjengelig, uavhengig av lenkeetableringen. Lenkene i seg selv kunne etter rettens mening sammenlignes med henvisning til et skrift eller en webside i en fotnote i en publikasjon.

En slik forståelse av begrepet har møtt adskillig motbør. Kjernen i uenigheten knytter seg til spørsmålet om et verk skal kunne anses som tilgjengelig dersom knapt noen vet hvor det finnes, typisk ved at det er lastet opp på en FTP-server. Torvund trekker en parallell til skillet mellom tilgangen til verket og markedsføringen av denne tilgangen.<sup>106</sup> Poenget hans er at dersom noen glemmer å annonsere for en konsert slik at bare artistens venner og nærmeste familie finner fram til den, vil det likevel være offentlig fremføring gitt at konserten er åpen for allmennheten.

<sup>103</sup> Det er på denne bakgrunn argumentert for at opplasting på server eventuelt må henføres under spredning av eksemplar; "[...] fremby eksemplar [...]", jf. Torvund, side 428-429.

<sup>104</sup> Torvund argumenterer langs de linjer i sin omtale av Smartkortdommen, se Torvund, side 435. Dersom dommen først anses relevant, må dommen tas til inntekt for at lenking ikke kan være tilgjengeliggjøring. Begrunnelsen er at smartkortene var nødvendige for å få tilgang til de kodete TV-signalene, mens da lenker ikke vil være nødvendig for å få tilgang til det materialet disse viser til. Se også under kapittel 3.3.1.2 (petit).

<sup>105</sup> Avgjørelse fra Bundesgerichtshof, avsagt 17. juli 2003.

<sup>106</sup> Se Torvund, side 429.

Dette fremstår imidlertid som en mindre treffende sammenligning. Materiale som kun ligger på en server vil være svært vanskelig å finne frem til, ettersom man må vite den eksakte adressen (URL) og denne dukker ikke opp dersom man prøver å søke seg frem ved hjelp av en søkemotor. Det ses derfor som anstrengt å karakterisere materialet som tilgjengeliggjort allerede på dette stadiet, ettersom sannsynligheten for å finne frem til materialet er såpass liten. Det må da, som før nevnt, være rettighetshavers interne lenker som skaper tilgangen. Linkene bidrar imidlertid gjennom henvisningen også til at materialet bekjentgjøres i større grad.

I forlengelsen av dette er det tatt til orde for at referanselenker kun innebærer en forenkling av overføringsprosessen. Det argumenteres for at det ikke er noen prinsipiell forskjell mellom å gjengi en nettadresse som ren tekst eller hypertekst.<sup>107</sup>

Et eksempel som skal illustrere dette er at man ved å motta [www.nir.nu](http://www.nir.nu) som hentelenke ikke samtidig får tilgang til de artiklene som finnes på nettstedet. Det er imidlertid et viktig poeng at lenkene på [www.napster.no](http://www.napster.no) viste direkte til vernet verk, slik at brukerne fikk direkte og umiddelbar tilgang. Tilgang til artikler på [www.nir.nu](http://www.nir.nu) forutsetter på den annen side medlemskap og innlogging på sidene. Eksempelet fremstår derfor som mindre relevant.

### **3.3.3.3 Vedrørende hentelenker**

Basert på synet om at lenker som sådanne kun forenkler tilgangen, legges det til grunn at prosessen som iverksettes ved etableringen av en ekstern lenke er den samme uavhengig av lenketype. Fra dette utgangspunktet er det i teorien like fullt antatt at det må gjøres et unntak for eksterne hentelenker.<sup>108</sup> Vernede verk hentes altså her inn og lastes automatisk som en integrert del av et annet nettsted.<sup>109</sup>

Avgjørende for denne erkjennelsen ser ut til å være at hentelenken automatisk aktiveres når filen som inneholder lenken åpnes. Det vektlegges dessuten at verket, ved å integreres i lenkerens nettsted, tas ut og settes inn i en ny sammenheng.<sup>110</sup> Ytterligere begrunnelse for hvorfor denne typen lenker skal behandles annerledes kan ikke ses å foreligge.

Det interessante er her at hva som rent faktisk skjer ved aktiveringen av hentelenken prinsipielt er tilsvarende for hva som er tilfellet for andre typer lenker.<sup>111</sup> Hvordan lenker faktisk fungerer har vært et prinsipielt argument for å karakterisere eksterne lenker som ikke-rettsstridige henvisninger. Likevel legges det til grunn at hentelenker bør omfattes av rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring til forskjell fra andre former for eksterne lenker.

En konsekvens av dette er at dersom det eksempelvis etableres en henvisningslenke til et bilde, fremfor å inkludere det samme bildet i et annet nettsted, vil det ikke foreligge en krenkelse av eneretten til tilgjengeliggjøring. Det samme bildet kan nås ved ett museklikk, ved å aktivere henvisningslenken. På bakgrunn av den her omtalte tilnæringsmåten er det vanskelig å se en tilfredsstillende begrunnelse for hvorfor disse tilfellene skal behandles ulikt.

Den situasjon at et verk tas ut av sin sammenheng og settes inn i en annen må formodentlig for det alt overveiende baseres på en drøftelse av åvl. § 3, og er følgelig av underordnet betydning i forhold til spørsmålet om lenkingen innebærer en selvstendig tilgjengeliggjøring. Det kan derfor neppe brukes som begrunnelse for fastslå krenkelse av åvl. § 2.

---

<sup>107</sup> Se også det som før er sagt om dette under 3.3.1.2.

<sup>108</sup> Disse er forklart nærmere under kapittel 1.4.2.

<sup>109</sup> Se Torvund, side 441 flg. Her brukes ”inlining” om bruk av hentelenker.

<sup>110</sup> Jamfør op. cit. side 442.

<sup>111</sup> Se forklaring av hvordan lenker teknisk sett fungerer, Torvund, side 418 flg.

### 3.4 Oppsummering

Analysen av tilnæringsmåtene har vist at man vil møte på konsekvensproblemer i ulike former, alt ettersom hvilken tilnæringsmåte man benytter seg av. Ved å ha fokus på nærhet som kriterium, vil svært mange tilfeller av lenking kunne omfattes av rettighetshavers enerett; man vil dermed få betydelige utfordringer med å trekke rimelige og rasjonelle avgrensninger mot lenking som bør tillates.

Tilsvarende problemer vil være tilfellet dersom man velger å se det slik at all lenking er ikke-rettsstridige henvisninger, og i så måte kun innebærer en mertilgjengeliggjøring. I det minste enkelte former for lenking vil innebære en snylting på rettighetshavers økonomiske – og ideelle – rettigheter, hvilket naturlig nok ikke er ønskelig.<sup>112</sup> Hvilke kriterier som legges til grunn for at slik uønsket lenking skal omfattes av rettighetshavers enerett, vil være tilsvarende vanskelig å trekke opp.

Rådighetstilnærmingen er ikke like restriktiv som den som baserer seg på et nærhetssynspunkt. Likevel går den langt i å tilkjenne rettighetshaver rett til forby at lenker etableres til sitt materiale. Kanskje kan det hevdes at alle de tre tilnæringsmåtene er for grovmasket til å kunne ivareta interessene til rettighetshaver på den ene siden og allmennheten på den andre.

På denne bakgrunn vil det være nærliggende å trekke den konklusjon at alle av de tre tilnæringsmåtene som er gjennomgått under kapittel 3.3 har sine svakheter. I det minste noe av begrunnelsen for dette vil antagelig være at loven har en svært vid utforming; sammenholdt med at denne skal holdes opp mot en virkelighet lovgiver i svært begrenset utstrekning tok høyde for ved lovens utforming. Det er dessuten et kompliserende element at lenker utgjør en så vidt sentral bestanddel av WWW og derfor ikke bør være underlagt rettighetshavers enerett, men likevel i enkelte tilfeller må kunne sies å medføre at vernet materiale er tilgjengeliggjort for allmennheten.

Høyesterett trakk i Napster.no-saken særlig frem konsekvensbetraktninger ved bedømmingen av om lenkingen var en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling, og var sterkt fremtredende for å forkaste saksøkers prinsipale påstand. Gjennomgangen under kapittel 3.3 viser vanskelighetene med å angi konkrete vurderingskriterier for spørsmålet om eksterne lenker innebærer selvstendig krenkelse av opphavsretten.

Retten konkluderte med at etableringen av de eksterne lenkene måtte anses som medvirkning til tilgjengeliggjøring. Tatt i betraktning vanskelighetene med å vurdere om lenkingen innebærer en selvstendig krenkelse, vil det være av interesse å se nærmere på grunnlaget og argumentasjonen som lå til grunn for å anse lenkingen som medvirkning til tilgjengeliggjøring.

---

<sup>112</sup> Se spesielt det som er skrevet tidligere om eksterne hentelenker under kapittel 1.4.2.

## 3.5 Medvirkning til tilgjengeliggjøring for allmennheten

### 3.5.1 Hjemmelsgrunnlaget for medvirkningsansvar

Høyesterett valgte altså å avgjøre saken på det subsidiært anførte grunnlaget, medvirkning til opplasterens tilgjengeliggjøring av verket for allmennheten. Det følger av åvl. § 54 første ledd at den som forsettlig eller uaktsomt overtrer bestemmelser i kapittel 1, herunder § 2, kan straffes for å krenke rettighetshavers enerett. Medvirkning straffes på samme måte, jf. § 54 tredje ledd.

Lagmannsretten frifant saksøkte i Napster.no med den begrunnelse at opplasterens handling var avsluttet på tidspunktet lenkene ble etablert og publisert. Dette synet ble ikke fulgt opp av Høyesterett. Retten så det slik at overtredelsene til hovedmennene, de som hadde lastet musikken opp på en server tilknyttet WWW, ikke opphørte idet opplastingen teknisk sett ble avsluttet.<sup>113</sup> Man mente med andre ord her at straffebudet i åvl. § 54 var et tilstandsdelikt, og ikke handlingsdelikt slik lagmannsretten la til grunn. En konsekvens av dette var at medvirkning til tilgjengeliggjøring kunne straffes så lenge musikken lå tilgjengelig på serverne på WWW som de etablerte lenkene viste til.

Retten fastslo videre at lenkingen hadde "[...] forsterket virkningen av opplasterens handlinger ved å øke tilgjengeligheten til musikken".<sup>114</sup> Saksøkte medga selv at brukerne under normale omstendigheter ikke ville finne frem til de konkrete filene dersom det ikke var etablert lenker til disse.

Retten foretar imidlertid ikke noen nærmere behandling, som også anført i teorien, av hvilken sammenheng som skal kreves mellom hovedmannens og medvirkerens handlinger.<sup>115</sup> Uten at det sies uttrykkelig, synes det som retten legger til grunn et strafferettslig medvirkningsbegrep, på tross av at saken dreide seg om et sivilrettslig erstatningssøksmål. Dette synes i det minste i utgangspunktet nokså bemerkelsesverdig.

Det henvises til "alminnelige erstatningsregler" i åvl. § 55 første ledd første punktum. Loven ble på dette punkt endret for at det klarere skulle gå frem at "[...] bestemmelsene om erstatning i § 55 første ledd skal være i samsvar med vanlige erstatningsregler, og at det ikke er nødvendig med straffansvar for at erstatningsansvar skal kunne ilegges, jf. Ot.prp.nr. 26 for 1959-60 s 110", jf. Ot. prp. 34 (1987-1988) side 58.

Medvirkning innenfor alminnelig erstatningsrett vil det for det alt overveiende kun være snakk om i de tilfeller skadelidte i noen grad kan lastes for at skaden oppsto, jf. skadeerstatningsloven § 5-1. Spørsmålet er altså om skadelidtes medvirkning vil kunne gi grunnlag for avkortning av erstatningssummen.<sup>116</sup>

Nærmere vurderingen av strafferettslig medvirkning ligger læren om samvirkende årsaker.<sup>117</sup> Den sentrale vurderingen er hvorvidt hver av årsaksfaktorene i seg selv er sterke nok til å volde hele skaden. Dette er vurderinger som går på den faktiske årsakssammenhengen mellom de ulike årsaksfaktorene og den voldte skaden. Slike vurderinger var ikke Høyesterett inne på i Napster.no-saken. Det forsterker inntrykket av at retten la det strafferettslige medvirkningsbegrepet til grunn.

<sup>113</sup> Dommens avsnitt 62.

<sup>114</sup> Dommens avsnitt 63.

<sup>115</sup> Jamfør Rognstad 2005, side 364.

<sup>116</sup> Se mer om dette i Nils Nygaard, Skade og ansvar, Bergen 2007 (6. utgave), side 385 flg.

<sup>117</sup> Jamfør op. cit., side 333 flg.

Legalitetsprinsippet, slik dette følger av Grunnloven § 96 vil dessuten kunne begrense en utvidende tolkning av åvl. § 54 tredje ledd. Dette skulle tilsi at det ikke vil være adgang til å anvende det strafferettslige medvirkningsbegrepet i en sivil erstatningssak. Når Høyesterett likevel gjør dette, på tross av klare forarbeidsuttalelser, må ventes at retten begrunner rettsanvendelsen på en bedre måte.

Begrunnelsen for at Høyesterett valgte denne løsningen er formodentlig at erstatningsregelen i åvl. § 55 legger til grunn at erstatning kan kreves ved overtredelse av åvl. § 54. Det kan kanskje da hevdes at medvirkning etter § 54 hevdes å utgjøre en del av gjerningsbeskrivelsen også i § 55. Det er like fullt min oppfatning at en slik isolert forståelse av ordlyden må ses i sammenheng med forarbeidene, som klart nok legger til grunn at det ikke er adgang til å anvende et strafferettslig medvirkningsbegrep i forhold til et sivilt erstatningssøksmål.

### 3.5.2 Hvorvidt lenking kan medføre ansvar for medvirkning

Medvirkningsansvar betinges av at det ytes et bidrag til en ulovlig handling. Det er alminnelig antatt at en medvirkningshandling kan straffes dersom den står i et medvirkende årsaksforhold til hovedmannens straffebetingede handling.<sup>118</sup>

Det ligger med andre ord ikke et krav om at medvirkningen har vært nødvendig for resultatet. Ifølge teorien vil det foreligge medvirkningsansvar dersom en innbruddstyv på vei til åstedet for det planlagte innbruddet møter på en gammel kjenning som får han til å stå vakt under innbruddet, se Johs Andenæs, Alminnelig strafferett, 5. utgave, Oslo 2004, side 326. Medvirkning fastslås altså selv om tyveriet ville ha funnet sted på samme måte uten hans vaktjeneste.

På bakgrunn av at Høyesterett la et strafferettslig medvirkningsbegrep til grunn, så retten det trolig slik at etableringen av eksterne lenker sto i et medvirkende årsaksforhold til tilgjengeliggjøringen av musikk som opplasterne hadde foretatt. Det kan være grunn til å sette et spørsmålsteegn ved hvorvidt dette er en riktig løsning.

Et sentralt spørsmål er her om det er tilstrekkelig for å konstatere medvirkningsansvar at de eksterne lenkene bidrar til å intensivere hovedmannens – opplasterens – krenkelse ved at allmennhetens mulighet for å tilegne seg materialet øker. Synet som er anført i teorien er her at også den som med skyld bidrar til overtredelsen også bør kunne stilles til ansvar.<sup>119</sup> Det konkluderes da med at dersom en tredjeperson forsettlig eller uaktsomt bidrar til å intensivere tilgjengeliggjøringen gjennom å etablere lenker, vil denne være ansvarlig for medvirkning.<sup>120</sup>

Fra annet hold innen juridisk teori stiller man seg kritisk til om dette er tilstrekkelig for å konstatere medvirkningsansvar. Det er tatt til orde for at eksterne lenker ikke bidrar til hovedmannens tilgjengeliggjøring. Man ser det slik at lenkene ikke yter noe bidrag til opplasterens publisering og opprettholdelse av materialet på WWW. Det lenkene derimot medvirker til er å gi allmennhetens tilgang til det materialet opplasterne allerede har gjort tilgjengelig.<sup>121</sup> Sagt med andre ord står handlingene til den som etablerer eksterne lenker eventuelt kun i et medvirkende årsaksforhold til brukernes handlinger, og ikke handlingene til

<sup>118</sup> Johs Andenæs, Alminnelig strafferett, 5. utgave, Oslo 2004, side 326

<sup>119</sup> Man bruker her de legislative hensyn bak medvirkningsregelen, i mangelen av andre autoritative rettskilder. Se nærmere om dette Erik Wold, på side 548 flg.

<sup>120</sup> Jamfør Wold, side 550.

<sup>121</sup> Jamfør Rognstad 2005, side 364 flg.

de som har lastet musikken opp på WWW. Dette skulle tilsi at lenkingen eventuelt aktualiserer et medvirkningsansvar til brukernes eksemplarframstilling.

Høyesterett kom til at lenking til ulovlig utlagt materiale innebar medvirkning til tilgjengeliggjøring av materialet det ble lenket til. Det er naturlig nok ikke ønskelig at vernet materiale deles ulovlig, og resultatet retten kom til fremstår dermed isolert sett som rimelig. Men som redegjort for under de to foregående kapitlene, fremstår valget av hjemmelsgrunnlag og begrunnelsen for resultatet som lite veloverveid. Det er ikke utelukket at man kan holdes erstatningsansvarlig for å ha forsterket virkningen av ulovlig nedlasting: Denne vurderingen må imidlertid baseres på alminnelige erstatningsrettslige regler.

### 3.5.3 Napster.no sammenlignet med Pirate bay-saken

I senere tid har spørsmålet om lenking innebærer medvirkning kommet opp for en førsteinstansdomstol i Sverige i en sak som er omtalt som Pirate bay-saken.<sup>122</sup> Til forskjell fra Napster.no-saken var denne saken en straffesak. I tillegg er det noen forskjeller i faktum, ettersom denne gjaldt fildeling brukere imellom. Forskjellene i faktum belyser imidlertid et sentralt poeng for anvendelsen av medvirkningsansvaret og er derfor av interesse her.<sup>123</sup>

Spørsmålet for domstolen var om eierne av nettstedet [www.thepiratebay.org](http://www.thepiratebay.org) hadde medvirket til tilgjengeliggjøring av opphavsbeskyttet musikk ved å legge til rette for fildeling.<sup>124</sup> Faktum gikk kort sagt ut på at eierne la til rette for fildeling gjennom bruk av lenker. Men i motsetning til [www.napster.no](http://www.napster.no) rettet ikke lenkene seg direkte til ulovlig opplastede musikkfiler. Lenkene på [www.thepiratebay.org](http://www.thepiratebay.org) viste til filer som kan knytte ulike brukere sammen.<sup>125</sup> Retten kom her til at de saksøkte hadde gjort seg skyldige i medvirkning til tilgjengeliggjøring for allmennheten.

Lenkene til torrentfilene utgjør en viktig del av den tilgjengeliggjøring brukerne av torrentprogramvaren utøver. Og ettersom brukerne også deler det de selv laster ned, vil det klart nok være et medvirkende årsaksforhold mellom lenkehavernes tilrettelegging og brukernes deling av materiale. De tiltalte bidro med andre ord her også til selve tilgjengeliggjøringen. Her ser man altså forskjellen fra Napster.no, hvor saksøkte må sies å medvirke til brukernes tilgang og ikke lenkeetablerernes tilgjengeliggjøring.

## 3.6 Forholdet mellom selvstendig krenkelse og medvirkning

All den tid det fortsatt må anses uavklart om og i tilfelle hvilke typetilfeller etablering av eksterne lenker innebærer selvstendig krenkelse av opphavsretten, vil det være vanskelig å si noe konkret om grensen mellom selvstendig krenkelse og medvirkning til tilgjengeliggjøring. Holder man derimot fast ved de utgangspunktene Høyesterett la til grunn i Napster.no-saken, vil det foreligge selvstendig krenkelse idet lenkene gir potensial for umiddelbar tilgang til vernet materiale.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> Dommen ble avsagt av Stockholms tingsrätt 17.4.2009. Men heller ikke i denne dommen drøftes forholdet mellom det strafferettslige og det erstatningsrettslige medvirkningsbegrepet. I skrivende stund er det anlagt sak mot et tilsvarende nettsted med base i Nederland ([www.mininova.org](http://www.mininova.org)). Saken var berammet til 20. Mai d.å., men er utsatt på ubestemt tid.

<sup>123</sup> Det vil av den grunn være av underordnet betydning at domstolens avgjørelse er påanket til neste instans.

<sup>124</sup> Det var også lagt ned påstand om medvirkning til eksemplarframstilling, men denne ble frafalt før hovedforhandling.

<sup>125</sup> Det gjøres her bruk av såkalt BitTorrent-teknologi. Teknologien synes å være godt beskrevet i Pirate bay-dommen, se side 51 flg.

<sup>126</sup> Dette er nærmere vurdert under kapittel 3.2 og 3.3.1. Se også om forholdet Wold, side 550-551.

Foreligger derimot ikke slikt potensial for umiddelbar tilgang, vil lenkingen likevel kunne karakteriseres som medvirkning til tilgjengeliggjøring. Medvirkningsansvar er som før nevnt betinget av at handlingen står i et medvirkende årsaksforhold til hovedmannens urettmessige tilgjengeliggjøring.<sup>127</sup>

I teorien er det presentert følgende eksempel som skal illustrere forskjellen:<sup>128</sup> Et TV-selskap kringkaster en film uten å ha innhentet samtykke fra rettighetshaver. Selskapet vil dermed krenke rettighetshavers enerett gjennom kringkastingen. Dersom et hotell har utplassert en TV i peisestuen, som viser denne filmen, kan ikke hotellet sies å ha medvirket til TV-selskapets kringkasting. Hotellet bidrar ikke til kringkastingen, basert på det strafferettslige medvirkningsbegrepet. Derimot gir hotellet sine gjester tilgang til sendingen. Det kan følgelig legges til grunn at hotellet gjør filmen tilgjengelig for allmennheten gjennom offentlig fremføring.<sup>129</sup>

Medvirkningsansvar bør kanskje da forbeholdes tilfeller hvor lenkeetablereren også bidrar til selve tilgjengeliggjøringen, som må sies å være tilfellet i Pirate bay-saken.

### 3.7 Konklusjon

Analysene som er foretatt i denne avhandlingen har belyst at åvl. § 2 er vid og dynamisk nok til å ta høyde for de nye problemstillinger WWW har ført med seg. Som følge av den vide ordlyden oppstår det derimot betydelige problemer i forhold til det nærmere omfanget av rettighetshavers enerett. Implementeringen av InfoSoc i 2005 synes ikke i tilstrekkelig grad å ha bøtet på den usikkerheten som forelå før lovendringen kom. Disse uklarhetene må kunne sies å være uheldig ettersom overtredelse av åndsverksloven vil kunne medføre straffeansvar.

Det foreligger på denne bakgrunn et betydelig behov for avklaring, fortrinnsvis gjennom nye lovendringer, slik at de nærmere grenser for eneretten til tilgjengeliggjøring i digitale nettverk kan presiseres i større grad. Kanskje er det mest nærliggende at slike presiseringer foretas gjennom nærmere avgrensninger av eneretten til tilgjengeliggjøring.<sup>130</sup>

Dessuten kan det hevdes at ordlyden i åvl. § 55 bør endres slik at den frigjør vurderingen av erstatningsspørsmålet fra gjerningsinnholdet i straffebudet, slik dette følger åvl. § 54. I det minste er det ønskelig med større avklaring av forholdet mellom medvirkningsansvar i § 54 og erstatningsansvaret, slik dette følger av § 55.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> Jamfør det som tidligere er sagt under kapittel 3.5.2.

<sup>128</sup> Se Rognstad 2005, side 365-366.

<sup>129</sup> Det er her tatt til orde for at Napster.no-saken burde vært avgjort på samme måte, jf. op. cit.

<sup>130</sup> Se også Rognstad 2005, side 369.

<sup>131</sup> Rognstad henstiller dessuten til en avklaring mellom forholdet av nasjonale medvirkningsregler og internasjonalt regelverk som tilsikter regelharmonisering, se Rognstad, side 369 flg.



## 4. Forkortelser

Åvl.	Åndsverkloven
Mfl.	Markedsføringsloven
NOU	Norges offentlige utredninger
Rt.	Norsk Retstidende
SOU	Statens offentlige utredninger
NJA	Nytt juridisk arkiv
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
WIPO	World Intellectual Property Organization
WCT	WIPO Copyright Treaty, signert i Genève 20. Desember 1996
InfoSoc:	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet (opphavsrettsdirektivet)

## 5. Rettspraksis

1. Rt. 1953 side 633 (Bedriftsmusikk)
2. Rt. 1995 side 35 (Smartkort)
3. Rt. 2005 side 41 (Napster.no)
4. NJA 1980 side 123 (Mornington)
5. NJA 2000 side 292 (Tommy O.)
6. UfR 2001 side 1762
7. Avgjørelse fra Bundesgerichtshof, avsagt 17. juli 2003 (Paperboy)

## 6. Litteraturliste

1. Johs Andenæs, Alminnelig strafferett, 5. utgave, Oslo 2004
2. Niklas Bruun, NIR 2001 side 622
3. Ragnar Knoph, Åndsretten, Oslo 1936
4. Rognstad/Lassen: Ole-Andreas Rognstad, Fragmenter til en lærebok i opphavsrett, Oslo, 2004
5. Rognstad 2005: Ole-Andreas Rognstad, NIR 2005 side 344
6. Rognstad 1999: Ole-Andreas Rognstad, Spredning av verkseksemplar, Oslo 1999
7. Tande: Knut Martin Tande, Lenker til andres materiale på WWW som selvstendig krenkelser av åvl. § 2, åvl. § 43 eller mfl. § 1
8. Torvund, NIR 2008 side 417
9. Udsen/Schovsbo, NIR 2006 side 47
10. Wagle/Ødegaard: Anders Wagle & Magnus Ødegaard, Opphavsrett i en digital verden, Oslo 1997
11. Wold: Erik Wold, NIR 2004 side 536