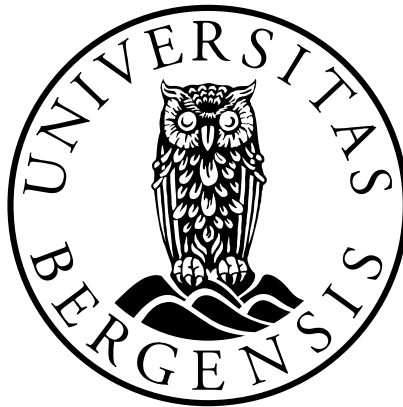


Søkemotorers opphavsrettslige ansvar for lenking i EU

Kandidatnummer: 37

Antall ord: 14 967



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato = 07.06.2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Temaets aktualitet.....	4
1.3 Metodisk fremgangsmåte.....	6
1.4 Videre fremstilling.....	7
2 Terminologi.....	9
3 Rettslig utgangspunkt.....	12
3.1 Ansvar for opphavsrettskrenkelser.....	12
3.2 Lenking som en selvstendig opphavsrettskrenkelse.....	13
3.2.1 Overordnet om utviklingen i EU-domstolens rettspraksis.....	13
3.2.2 Nærmere om utviklingen fra Svensson-saken til GS Media-saken.....	15
3.2.3 Hvem som kan holdes ansvarlig for opphavsrettskrenkelse.....	16
3.2.4 Kritik av gjeldende rett.....	17
4 Rettigheter som gjør seg gjeldende.....	19
4.1 Opphaverens enerett.....	19
4.2 Informasjons- og ytringsfriheten.....	19
4.3 Retten til å drive kommersiell virksomhet.....	20
5 Søkemotorers lenking som en «act of communication».....	22
6 Læren om «new public» for lenker generert av søkemotorer.....	23
6.1 Lenking til verk publisert på internett med samtykke.....	23
6.1.1 Generelt.....	23
6.1.2 Betydningen av restriktive tiltak for «new public»-vilkåret.....	24
6.1.3 Betydningen av skillet mellom ulike typer lenker for «new public»-vilkåret.....	26
6.2 Lenking til verk publisert på internett uten samtykke.....	30
6.2.1 GS Media-saken og kravet om vinnings hensikt.....	30
6.2.2 Kunnskapspresumsjonen og forventningen om å foreta undersøkelser.....	31
6.2.3 Rettskildemessig grunnlag for å legge til grunn en fleksibel aktsomhetsnorm.....	32
7 Nærmere om kunnskapskravet fra GS Media-saken.....	34
7.1 Generelt.....	34
7.2 Skillet mellom manuelt og automatisk genererte lenker.....	35

7.3	Et eksempel fra tysk rettspraksis.....	35
7.4	Rettskildemessig grunnlag for å fravike kunnskapspresumsjonen	37
8	Betydningen av E-Commerce-direktivet for søkemotorers aktsomhet.....	39
8.1	Forholdet mellom E-Commerce-direktivet og Infosoc-direktivet	39
8.2	Søkemotorer og E-Commerce-direktivet artikkel 14.....	40
8.3	Rettskildemessig grunnlag for å samsvare søkemotorers aktsomhetsplikt med E-Commerce-direktivets artikkel 14.....	41
8.3.1	Harmonisering av søkemotorers opphavsrettslige ansvar.....	41
8.3.2	Kritikk av E-Commerce-direktivet	42
9	En konkret vurdering av søkemotorers aktsomhet ved lenking til ulovlig publiserte verk	45
9.1	Generelt.....	45
9.2	Betydningen av skillet mellom ulike typer lenker for søkemotorers aktsomhet	45
9.2.1	Kort om «thumbnails» og «snippets»	46
9.2.2	Rettskildemessig grunnlag for en aktsomhetsplikt tilpasset lenkens karakter.	48
10	Konklusjon.....	49
	Litteraturliste.....	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Det rettslige ansvarsregimet for opphavsrettskrenkelser har endret seg vesentlig i takt med utviklingen av internett. Opphavsrettens innhold er i EU-retten definert positivt ved at visse måter å benytte verk på tillegges opphaverens eksklusivitet, eller *enerett*.¹ Eneretten inkluderer blant annet retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Ved bruk av internett har det blitt enklere for opphavere å tilgjengeliggjøre verk for publikum. Muligheten til å nå ut til flere forbrukere er positivt både for opphavere og den kreative bransjen som helhet. Samtidig har det blitt enklere for andre å benytte verk i strid med opphaverens ønske, på nye måter og i større skala enn tidligere.² Innholdet av eneretten må defineres slik at opphaveren er beskyttet mot disse nye måtene å benytte verk på. Internett-teknologien er imidlertid komplisert og under konstant utvikling, og det er vanskelig å utforme definisjoner som passer ethvert typetilfelle. Reguleringen av opphavsrettskrenkelser på internett er dermed preget av en del usikkerhet, noe som igjen påvirker rettsanvendelsen.

Temaet for oppgaven er den opphavsrettslige relevansen av lenking. Det unike med lenking er at det aktuelle verket allerede finnes på internett; det er ikke lenken som gjør det tilgjengelig for første gang. Det finnes ingen EU-direktiver som regulerer om handlingen faller innenfor eneretten eller ikke, og spørsmålet var lenge uavklart. Gjennom en rekke avgjørelser har imidlertid EU-domstolen avklart at lenking kan utgjøre en opphavsrettskrenkelse på visse vilkår.³ Avgjørelsene har etterlatt flere uavklarte spørsmål, noe oppgaven vil undersøke nærmere.

Oppgavens problemstilling er i hvilken grad søkemotorer kan holdes opphavsrettslig ansvarlig for lenking, ut fra en tolkning av EU-domstolens rettspraksis. Søkemotorer er et informasjonsverktøy som henviser brukere videre til forespurt informasjon ved å generere lenker. Den viktigste søkemotoren på internett eies og driftes av Google Inc., som holder over

¹ Se direktiv 29/2001/EC (*Infosoc*) «on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society», artikkel 3

² F.eks. gjennom bruk av plattformer som YouTube og Facebook

³ Se punkt 3.2.

80 % av markedsandelen for søkemotorer.⁴ Teknologien Google benytter utgjør standarden for hvordan en søkemotor fungerer, og er representativ for søkemotorer som helhet. Problemstillingen avgrenses derfor mot å drøfte andre søkemotorer.

Problemstillingen reiser flere underspørsmål. Det følger av EU-domstolens rettspraksis at opphavsrettslig ansvar for lenking hovedsakelig avhenger av to vilkår; et vilkår om «new public» fra Svensson-saken,⁵ og et kunnskapskrav fra GS Media-saken.⁶ Det første spørsmålet som vil drøftes er hvordan «new public»-vilkåret fra Svensson må forstås for søkemotorer. Vilkårets innhold avhenger av om saken angår lenking til verk publisert på internett *med* eller *uten* opphaverens samtykke. For sistnevnte gjelder også kunnskapskravet fra GS Media. Det andre spørsmålet er hvordan kunnskapskravet fra GS Media må forstås for søkemotorer. Tolkingsresultatet danner bakteppet for oppgavens tredje spørsmål. Det tredje spørsmålet er hvilken aktsomhetsnorm som gjelder for søkemotorer ved lenking til verk publisert på internett uten samtykke. For å besvare spørsmålet vil det først drøftes om EUs regulering av mellomaktører i E-Commerce-direktivet har betydning for søkemotorers aktsomhet.⁷ Deretter vil det drøftes om skillet mellom de ulike lenkene søkemotorer genererer, har betydning for aktsomhetsvurderingen.

1.2 Temaets aktualitet

Reguleringen av søkemotorers opphavsrettslige ansvar er lite samordnet på tvers av EUs medlemsstater. Den manglende samordningen kan begrunnes med at det tradisjonelt sett har vært mye usikkerhet rundt søkemotorers opphavsrettslige stilling.⁸ Transnasjonale selskaper som Google har imidlertid et sterkt behov for forutberegnelighet innad i EU-markedet. Manglende rettsenhet kan føre til at opphavsretsreguleringen mister legitimitet og effektivitet. EU-domstolens avgjørelser om lenking har gitt en mulighet til å oppnå økt grad av samordning av søkemotorers opphavsrettslige ansvar.

⁴ Joseph Johnson for Statista, «Worldwide desktop market share of leading search engines from January 2010 to January 2021» (2021), avlest 05.05.2021, <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/>

⁵ Sak C-466/12 (*Svensson*), avsnitt 24

⁶ Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 47 og 51

⁷ Se direktiv 2000/31/EC (*E-Commerce*) «on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce')»

⁸ Se Ole-Andreas Rognstad & Jon Bing, «Søkemotorer på Internett i opphavsrettslig belysning», *Nordisk Immateriell Rättsskydd* 4 (2012): 370

Temaet kan sees i sammenheng med den mer overordnede diskusjonen innad i EU om mellomaktørers ansvar på internett.⁹ En mellomaktør, eller en «intermediary», legger til rette for overføringer mellom tredjepersoner på internett.¹⁰ Mellomaktørers ansvar er harmonisert i E-Commerce-direktivets artikkel 12-14, som oppstiller ansvarsfritak for visse tilbydere av netjtjenester.¹¹ Innenfor opphavsretten har det for en del tjenestetilbydere vært omdiskutert om de burde regnes som en *mellomaktør*, eller som en *bruker* av åndsverk. Brukere kan holdes direkte ansvarlig for opphavsrettskrenkelser, mens mellomaktørers ansvar ofte er begrenset til indirekte ansvar eller ansvarsfritakene i E-Commerce-direktivet. I senere tid har det imidlertid vært en utvikling mot å nyansere mellomaktørers ansvar, hvor tech-giganter som Google har vært i fokus.

Googles søkemotor regnes som en mellomaktør da den handler som ledd mellom brukerens forespørsel og mottak av informasjon. Et eksempel på hvordan EU har nyansert Googles ansvar er gjennom personvernforordningen (GDPR) artikkel 17 om retten til å bli glemt.¹² For å handle i tråd med forordningen ble Google blant annet nødt til å innføre et system for at brukere kunne fjerne personopplysninger fra søkemotorens søkeresultater. Konsekvensen av å fjerne lenker fra Googles søkeresultat er at det aktuelle materialet blir mye vanskeligere å finne frem til. Reguleringen av Googles ansvar hadde dermed stor effekt på målsetningen om å sikre retten til personvern for internettets brukere.

På tilsvarende måte som GDPR, kan EUs regulering av opphavsrettslig ansvar for lenking innebære en viktig nyansering av Googles ansvar for å motvirke krenkelser. Reguleringen kan ha stor betydning for opphaverens interesser. Som følge av den viktige rollen søkemotorer har som informasjonsverktøy på internett, kan rettslige inngrep også få konsekvenser for informasjons- og ytringsfriheten. Det foreligger dermed behov for en rettslig avklaring som kan balansere de ulike interessene på en hensiktsmessig måte.

⁹ Se Joris van Hoboken, João Pedro Quintais, Joost Poort & Nico van Eijk, «Hosting Intermediary Services and Illegal Content Online: An analysis of the scope of article 14 ECD in light of developments in the online service landscape», *Publications Office of the European Union* (2019): 10-12, avlest 14.05.2021 på <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7779caca-2537-11e9-8d04-01aa75ed71a1/language-en>

¹⁰ Karine Perse, «The Economic and Social Role of Internet Intermediaries», *OECD Digital Economy Papers* (2010): 9, avlest 10.05.2021 på <https://www.oecd.org/digital/ieconomy/44949023.pdf>

¹¹ Se direktiv 2000/31/EC (*E-Commerce*)

¹² Se forordning 2016/679 (*GDPR*) «General Data Protection Regulation»

1.3 Metodisk fremgangsmåte

Oppgaven tar utgangspunkt i EUs regulering av opphavsrett. EU benytter ulike typer rettsakter, hvor forordninger og direktiver er bindende for alle medlemsstatene. Forordninger har umiddelbar virkning og nasjonal gjennomføring er ikke tillat.¹³ Direktiver må gjennomføres nasjonalt, og medlemsstatene står friere til å utforme deres nærmere innhold. Det er kun direktivets mål som er bindende. Det reelle handlingsrommet kan imidlertid begrenses i det enkelte direktivet, og er sjeldent stort.¹⁴ Infosoc-direktivet er et av de viktigste direktivene som harmoniserer opphavsretten på EU-nivå.¹⁵ Det nyere opphavsrettsdirektivet (DSM-direktivet) fra 2019 er også viktig da det uttrykker visse endringer i opphavsretten.¹⁶ Et annet direktiv som er relevant for fremstillingen er E-Commerce-direktivet som regulerer mellomaktørers ansvar.¹⁷

Problemstillingen er også relevant for norsk rett. Norge er bundet til Infosoc-direktivet gjennom EØS-avtalens vedlegg XVII.¹⁸ Ansvar for opphavsrettskrenkelse er i Norge hjemlet i åndsverkloven § 3,¹⁹ som er inspirert av Infosoc-direktivet. E-Commerce-direktivet er også bindende for Norge gjennom EØS-avtalens vedlegg XI nr. 5h,²⁰ og reglene er nærmere gjennomført i ehandelsloven.²¹ Ved konflikt mellom regelverkene går EU-direktivene foran jf. EØS-loven § 2.²² Norske domstoler er bundet til å tolke åndsverkloven i samsvar med EU-domstolens avklaringer jf. homogenitetsmålsetningen i EØS-avtalens art. 1 jf. art. 6, og presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform fortolkning.²³ Regelverket slik det følger av direktivene og tilhørende rettspraksis fra EU-domstolen, er dermed tungtveiende kilder i vurderingen av hva som gjelder etter åvl. § 3.²⁴ Som følge av dette vil oppgavens konklusjon gjelde tilsvarende etter norsk rett.²⁵

¹³ Halvard Haukeland Fredriksen & Gjermund Mathisen, *EØS-rett* (Oslo: Vigmostad & Bjørke AS, 2018), 277

¹⁴ Ibid. 280-281

¹⁵ Direktiv 29/2001/EC (*Infosoc*)

¹⁶ Direktiv 2019/790 (*DSM*) «on copyright and related rights in the Digital Single Market»

¹⁷ Direktiv 2000/31/EC (*E-Commerce*)

¹⁸ EØS-avtalens vedlegg XVII om opphavsrett av 1. januar 1994

¹⁹ Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (*åndsverkloven*) av 12. mai 1961 nr. 2

²⁰ EØS-avtalens vedlegg XI om elektronisk kommunikasjon, audiovisuelle tjenester og informasjonssamfunnstjenester av 1. januar 1994

²¹ Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (*ehandelsloven*) av 23. mai 2003 nr. 35

²² Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (*EØS-loven*) av 27. november 1992 nr. 109

²³ Rt. 2000 s. 1811 (*Finanger I*)

²⁴ Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett* (Oslo: Universitetsforlaget, 2019), 50

²⁵ Ibid. 221-222

Masteroppgaven tar opp problemstillinger som er uavklart på EU-nivå, og må analyseres ved hjelp av den EU-rettslige metoden. Utgangspunktet for analysen er en tolkning av ordlyden i direktivenes bestemmelser. EU opererer imidlertid med 24 offisielle språk, noe som gjør bestemmelsens kontekst og formål desto viktigere for tolkningen.²⁶ Formålsbetraktninger inkluderer EU-rettslige prinsipper og grunnleggende rettigheter,²⁷ hjemlet blant annet i EUs pakt om grunnleggende rettigheter (EU-pakten)²⁸ og den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK).²⁹

En annen tungtveiende rettskilde er EU-domstolens rettspraksis.³⁰ For å oppnå en ensartet fortolkning av EU-retten, skal det mye til for å fravike uttalelser fra EU-domstolen som har overføringsverdi til et enkelt typetilfelle.³¹ Avgjørelsene er imidlertid ofte knapt formulert, og det kan være nødvendig å legge til grunn premisser som ikke direkte følger av ordlyden.³² Generaladvokatens uttalelser kan i enkelte tilfeller bidra til å belyse domstolens premisser nærmere, men har ingen selvstendig rettslig autoritet.³³

Analysen vil også ta opp rettspraksis fra EU-medlemsstater som Tyskland, hvor det foreligger viktige avgjørelser om søkemotorers opphavsrettslige ansvar. Rettspraksis fra medlemsstater kan bidra til å gi et inntrykk av konsensus blant medlemsstatene, men utgjør ingen autorativ rettskilde i EU-retten. Avhengig av kvaliteten på argumentasjonen kan de imidlertid benyttes som argument for at en viss løsning er *rimelig*. I den forbindelse er det relevant hvor høyt oppe i rettssystemet den aktuelle saken var, og i hvilken grad den kan anses som dekkende for medlemsstatene som helhet.

1.4 Videre fremstilling

Den videre fremstillingen begynner med en gjennomgang av relevant terminologi. Deretter vil kapittel 3 redegjøre for de rettslige utgangspunktene for opphavsrettslig ansvar for lenking. Kapitlet avsluttes med å løfte frem noe av kritikken som har blitt rettet mot EU-domstolens rettspraksis om lenking. Formålet er å gi et innblikk i den uklare rettskildemessige situasjonen

²⁶ Fredriksen & Mathisen, *EØS-rett*, 221-222

²⁷ Ibid. 224-225

²⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2012/C 326/02

²⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 04.11.1950

³⁰ Fredriksen & Mathisen, *EØS-rett*, 238

³¹ Ibid. 244

³² Ibid. 240

³³ Ibid. 245-246

som gjelder for søkemotorers opphavsrettslige ansvar for lenking. Kapittel 4 gjennomgår hvilke rettigheter oppgavens problemstilling berører, for å gi et rammeverk for hvilke løsninger som fremstår som rimelige.

I kapittel 5 tas det stilling til ett av inngangsvilkårene for at søkemotorer kan holdes ansvarlig for opphavsrettskrenkelse. Kapittel 6 drøfter oppgavens første spørsmål om hvordan «new public»-vilkåret skal forstås for søkemotorer. Basert på hvordan EU-domstolen har tolket «new public»-vilkåret deles kapitlet inn i to deler; lenking til verk publisert på internett med samtykke, og lenking til verk publisert uten samtykke. Kapittel 7 drøfter kunnskapskravet fra GS Media nærmere. Tolkningsresultatene danner bakteppet for kapittel 8 og 9, som tar opp spørsmålet om hvilken aktsomhetsnorm som gjelder for søkemotorer ved lenking til ulovlig publiserte verk. Kapittel 8 drøfter E-Commerce-direktivets betydning for søkemotorers aktsomhet, og kapittel 9 om skillet mellom de ulike lenkene søkemotorer genererer kan ha betydning i ansvarsvurderingen.

2 Terminologi

Opphavsretten er en del av immaterialretten, som regulerer beskyttelsen og utnyttelsen av ikke-materielle goder. Opphavsretten beskytter *åndsverk* som er skapt av en *opphaver*, og visse tilgrensede og ideelle rettigheter. Beskyttelsen oppnås automatisk dersom opphaveren har skapt et produkt som ut fra juridiske vilkår kan regnes som et åndsverk. Betegnelsen «åndsverk» vil benyttes synonymt med «verk», og sikter til produksjoner som oppfyller disse vilkårene. Eksempler på åndsverk kan være bilder, litteratur, og musikk. Omfanget av beskyttelsen vurderes ut fra hva som omfattes av opphaverens *enerett*. Innholdet av eneretten er ulike handlinger som defineres og avgrenses av juridiske vilkår. I den videre fremstillingen er det retten til å *overføre verk til allmennheten* som står mest sentralt.³⁴

En *søkemotor* er en informasjonstjeneste som gjennomfører automatiske søk av internett for å finne innhold som har blitt karakterisert ved hjelp av «søkeord» bestemt av brukeren.³⁵ Den tekniske prosessen starter ved at «nettsøkeroboter» kontinuerlig gjennomfører og samler inn informasjon fra offentlige nettsider, og organiserer informasjonen i en indeks. De automatiserte systemene gjør det mulig å samle inn store mengder data, og Googles indeks inneholder mange hundre milliarder nettsider.³⁶ Når brukeren gjennomfører et søk arbeider flere algoritmer med å presentere et relevant søkeresultat basert på blant annet søkeord, nettsidenes relevans og brukervennlighet, kildeekspertise og søkerens geografiske posisjon.³⁷ Søkeresultatet presenteres som lenker til nettsider, bilder, videoer, tekstutdrag eller andre dokumenter. Prosessen er omfattende og kompleks, men gjennomføres på brøkdelen av et sekund.³⁸

I oppgaven vil *lenke* forstås synonymt med *hyperlenke*, som en teknisk funksjon som skaper en direkte forbindelse til en annen nettside (den *lenkede nettsiden*) uten at brukeren trenger å skrive inn adressen i nettleserens adressefelt.³⁹ En lenke kan publiseres manuelt eller ved hjelp av automatiserte prosesser. Personen som publiserer lenken kalles *lenkeren*. En *simpel hyperlenke*

³⁴ Se punkt 3.1.

³⁵ Se Verbiest, Thibault & Spindler, Gerald & Riccio, Giovanni Maria, «Study on the Liability of Internet Intermediaries», *Markt/2006/09/E; Service Contract ETD/2006/IM/E2/69* (2007): 86, avlest 04.04.2021 på <https://ssrn.com/abstract=2575069>

³⁶ Google, «Slik organiseres informasjonen av Søk», avlest 05.05.2021, <https://www.google.com/search/howsearchworks/crawling-indexing/>

³⁷ Google, «Slik fungerer søkealgoritmer», avlest 20.02.2021, <https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/>

³⁸ Ibid.

³⁹ Se nærmere om den tekniske prosessen i Generaladvokat Szpunars forslag til avgjørelse i sak C-392/19 (*VG Bild-Kunst*), avsnitt 2-6

leder internetbrukeren til nettsiden som utgjør domenenavneierens hjemmeside, etter et museklikk. En *dyp hyperlenke* omgår hjemmesiden og leder til et punkt dypere på nettsiden enn slik den er hierarkisk bygget opp. Et eksempel på dette er en lenke som leder direkte til en spesifikk video på YouTube, i stedet for YouTubes hjemmeside.

En *innebygd lenke* (på engelsk «inline link») integrerer spesifikke elementer fra den andre nettsiden i lenkens utseende, uten å først måtte aktiveres ved et museklikk.⁴⁰ Elementet kan f.eks. være et bilde. Lenke-teknologien gjør at det ikke trenger å være lagret på lenkerens server; gjengivelsen er kun et «speilbilde» av slik bildet fremstår på den lenkede nettsiden. Dersom bildet slettes fra nettsiden hvor verket er plassert (*kildenettsiden*), vil det også fjernes fra nettsiden som inneholder lenken. Det foretas dermed ingen *selvstendig gjengivelse* av bildet.⁴¹ For brukeren vil det imidlertid fremstå som om bildet er selvstendig gjengitt på lenkerens nettside. Et eksempel er bildene som vises i Googles bildesøkeresultat ved å klikke på et av minibildene (også kalt *thumbnails*) i søkeresultatet.

En annen måte å opprette en forbindelse mellom flere nettsider på, er gjennom den tekniske prosessen *inline framing*, eller bare *framing*. I opphavsrettslig kontekst behandles framing som lenker. Metoden gjør det mulig å vise eksterne elementer, f.eks. en annen nettside eller bilder, i en ramme definert av den som benytter teknologien.⁴² I likhet med innebygde lenker vil ikke elementet være lagret på eierens server, men kan for brukeren fremstå som en del av lenkerens nettside. Framing og innebygde lenker har det til felles at de kan inkorporere åndsverk på en annen nettside enn kildenettsiden. Slik inkorporering av verk kalles på engelsk *embedding*. Det finnes ingen utbredt norsk oversettelse, og det engelske begrepet vil benyttes i oppgaven.

Det kan oppstilles et skille mellom de ulike lenkene basert på om de er *klikkbare* eller *automatiske*. Klikkbare lenker må aktiveres av brukerens museklikk, mens automatiske lenker presenterer elementer fra den andre nettsiden uten at brukeren må foreta seg noe. Skillet ble introdusert av Generaladvokaten i VG Bild-Kunst-saken,⁴³ og er egnet til å illustrere den opphavsrettslige relevansen av lenking. For automatiske lenker er lenken «skjult» bak f.eks. et bilde, slik at åndsverket står i fokus. For klikkbare lenker krever tilgangen til bildet et

⁴⁰ Ibid. avsnitt 9-10

⁴¹ I kontrast til situasjoner der et bilde først lagres, og deretter publiseres

⁴² Se Generaladvokaten i sak C-392/19 (*VG Bild-Kunst*), avsnitt 11-13

⁴³ Ibid. avsnitt 81-105

museklikk, og lenken som informasjonsverktøy står i fokus. Det vil redegjøres nærmere for den opphavsrettslige betydningen av ulike typer lenker i punkt 6.1.2. og 9.2.

Bakgrunnen for at Google kan generere lenker automatisk er bruken av *algoritmer*. I juridisk kontekst forstås ofte algoritmer som "the general principle or structure of the program, understood as the coherent, but incremental, principled approach to solving a problem".⁴⁴ Med andre ord er algoritmene tekniske instruksjoner for hvordan et bestemt problem kan løses. Algoritmer gjør det mulig for dataprogrammer å utføre tekniske prosesser uten menneskelig inngripen. Reguleringen av opphavsrettslig ansvar baserer seg på menneskelige handlinger. Bruken av algoritmer kan dermed komplisere vurderingen av om en handling er ansvarsbringende.⁴⁵

⁴⁴ Wikborg Rein, «Copyright protection of algorithms – impossible or just a question of definition?», avlest 27.03.2031, <https://www.wr.no/en/news/copyright-protection-of-algorithms-impossible-or-just-a-question-of-definition/>

⁴⁵ Et eksempel på dette vil drøftes i punkt 7.2.

3 Rettslig utgangspunkt

3.1 Ansvar for opphavsrettskrenkelser

Det rettslige grunnlaget for ansvar for opphavsrettskrenkelser følger av Infosoc-direktivet art. 3(1).⁴⁶ Opphaverens beskyttelse innebærer en enerett til «communication to the public» av verket.⁴⁷ Begrepet innhold er klargjort gjennom flere avgjørelser fra EU-domstolen. Det består av to vilkår og skal forstås vidt.⁴⁸ For det første må det ha blitt foretatt en «act of communication». Vilkåret omfatter enhver overføring av beskyttede verk, uavhengig av hvilken fremgangsmåte eller tekniske midler som har blitt benyttet.⁴⁹ Det er uten betydning om publikum faktisk har benyttet seg av verket så lenge de har fått tilgang til det.⁵⁰ For det andre må overføringen være rettet mot en «public». Begrepet «public» skal forstås som et ubegrenset antall potensielle mottagere, og impliserer et relativt stort antall personer.⁵¹

I Rafael Hotels-saken utviklet EU-domstolen en ny modifikasjon av vilkårene under læren om «new public».⁵² Begrepet viser til situasjoner hvor verk har blitt overført til en annen offentlighet enn opprinnelig diktret av opphaveren.⁵³ Problemstillingen i saken var om et hotell kunne holdes ansvarlig for opphavsrettskrenkelse ved å ha avspilt musikk i sine lokaler uten samtykke fra opphaverne. Domstolen besvarte spørsmålet bekreftende. Begrunnelse var at gjestene på hotellet utgjorde en «new public» sammenliknet med den offentligheten artistene hadde sett for seg da verket først ble publisert.

Innføringen av «new public»-vilkåret sikrer at opphaverens beskyttelse tilpasses den faktiske bruken av verket. Dersom verket når et annet publikum enn tilsiktet, burde opphaveren kompenseres for dette. Samtidig unngår man dobbeltkompensasjon der verket utnyttes innenfor de rammene opphaveren hadde sett for seg.⁵⁴ Det kan virke som om vilkåret bygger på et standpunkt om at eneretten kun omfatter det opphaveren har samtykket til. Vurderingen tar

⁴⁶ Direktiv 2001/29/EC (*Infosoc*)

⁴⁷ Den norske oversettelsen «overføring til allmennheten» vil benyttes synonymt med den engelske ordlyden, basert på den danske oversettelsen av Insofoc-direktivet og ordlyden i åndsverkloven

⁴⁸ Sak C-403/08 (*Football Association Premier League*), avsnitt 193

⁴⁹ Sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 38

⁵⁰ Sak C-306/05 (*Rafael Hotels*), avsnitt 43

⁵¹ Sak C-117/15 (*Reha Training*), avsnitt 41, og sak C-306/05 (*Rafael Hotels*), avsnitt 37 og 38

⁵² Sak C-306/05 (*Rafael Hotels*)

⁵³ *Ibid.* avsnitt 40

⁵⁴ Se Rognstad, *Opphavsrett*, 239

imidlertid ikke utgangspunkt i avtalerettslige prinsipper om selvbestemmelsesrett, og minner mer om en objektiv standard for hva slags publikum verket var ment for. Dette fremgår av senere rettspraksis om lenking.⁵⁵

3.2 Lenking som en selvstendig opphavsrettskrenkelse

3.2.1 Overordnet om utviklingen i EU-domstolens rettspraksis

I Svensson-saken slo EU-domstolen for første gang fast et utgangspunkt om at publisering av lenker innebærer en overføring til allmennheten.⁵⁶ Konflikten i saken oppsto ved at nyhetstjenesten Retriever Sverige sendte lenker til nyhetsartikler i Göteborgsposten til sine kunder. Flere av forfatterne av nyhetsartiklene gikk sammen i å saksøke Retriever Sverige for brudd på deres opphavsrett. Domstolen konkluderte først med at publiseringen av lenkene innebar en «act of communication».⁵⁷ Videre var «public»-vilkåret oppfylt da et ubegrenset antall personer hadde tilgang til nettsiden hvor lenkene ble publisert.⁵⁸ Med dette ble det klart at lenking kan innebære en selvstendig opphavsrettskrenkelse.

Saksøkerne vant imidlertid ikke frem. Domstolen la til grunn at «new public»-vilkåret fikk anvendelse også for overføringer på internett. Begrunnelsen var at overføringen gjaldt et verk som allerede hadde blitt overført, og at den andre overføringen skjedde ved bruk av tilsvarende tekniske fremgangsmåte (på internett).⁵⁹ Vilkåret var ikke oppfylt da nyhetsartiklene ikke var underlagt tilgangsrestriksjoner, slik at de var tilgjengelige for enhver på Göteborgspostens nettsider.⁶⁰ Offentligheten opphaveren hadde diktert utgjorde dermed alle internettbrukere. Dette var en viktig avklaring, da oppfatningen i teorien stort sett hadde vært en «alt eller ingenting»-løsning; enten var lenking omfattet av eneretten eller ikke.⁶¹ EU-domstolen valgte imidlertid en mellomløsning ved å trekke inn «new public»-læren.

⁵⁵ Se punkt 3.2.1-3.2.2. og 6.1.1.

⁵⁶ Sak C-355/12 (*Svensson*)

⁵⁷ Ibid. avsnitt 20

⁵⁸ Ibid. avsnitt 22-23

⁵⁹ Ibid. avsnitt 24

⁶⁰ Ibid. avsnitt 25-28

⁶¹ Rognstad, *Opphavsrett*, 243

I BestWater-saken ble det bekreftet at tilsvarende resonnement gjelder for alle typer lenker.⁶² Et selskap hadde benyttet seg av embedding slik at lenken viste en reklamevideo fra et annet selskaps nettside. Vilåårene «act of communication» og «public» var oppfylt. Verket nådde imidlertid ikke en «new public» da det lå fritt tilgjengelig på internett.⁶³

I både Svensson og BestWater bygde EU-domstolen på forutsetningen om at opphaveren hadde samtykket til internett-overføringen. I etterkant av avgjørelsene var det uklart hva som gjaldt ved lenking til verk publisert på internett uten samtykke. Spørsmålet ble avklart i GS Media-saken.⁶⁴ Saken gjaldt et nederlandsk nettsted som lenket til nakenbilder av en kjendis. Bildene var ikke underlagt restriktive tiltak og lå fritt tilgjengelig på internett. Opphaveren hadde imidlertid ikke samtykket til publiseringen.

Domstolen benyttet tilsvarende utgangspunkt som i Svensson og BestWater, men la til grunn at tidligere rettspraksis ikke ga svar på hva som gjelder dersom et verk er publisert uten samtykke.⁶⁵ For å avveie hensynet til opphaverens beskyttelse mot hensynet til informasjons- og ytringsfrihet,⁶⁶ ble det oppstilt et skille mellom personer som publiserer lenker med vinnings hensikt og ikke. For lenker publisert uten vinnings hensikt, foreligger det ingen overføring til allmennheten dersom personen ikke visste eller burde ha visst at verket var publisert uten samtykke.⁶⁷ Begrunnelsen var at slike personer vanligvis ikke er bevisst om de opphavsrettslige konsekvensene av lenking.⁶⁸ For lenker publisert med vinnings hensikt gjelder det imidlertid en presumsjon for at personen visste at verket var ulovlig publisert. Begrunnelsen var at en i slike tilfeller kunne forvente at lenkeren foretok de nødvendige undersøkelsene for å avklare verkets autorisasjon.⁶⁹ I denne saken opererte selskapet med vinnings hensikt slik at kunnskapspresumsjonen gjorde seg gjeldende. Konklusjonen ble at lenkingen utgjorde en «communication to the public» i strid med opphaverens enerett.⁷⁰

⁶² Sak C-348/13 (*BestWater*)

⁶³ Ibid. avsnitt 19

⁶⁴ Sak C-160/15 (*GS Media*)

⁶⁵ Ibid. avsnitt 43

⁶⁶ Ibid. avsnitt 44-45

⁶⁷ Ibid. avsnitt 47

⁶⁸ Ibid. avsnitt 48

⁶⁹ Ibid. avsnitt 51

⁷⁰ Ibid. avsnitt 54

3.2.2 Nærmere om utviklingen fra Svensson-saken til GS Media-saken

Domstolen bygde i Svensson-saken på et premiss om at opphavere tar alle internett-brukere i betraktning ved å samtykke til overføring av verk til internett. Bruken av tilgangsbegrensninger, som f.eks. betalingsmur, ville derimot uttrykke at opphavere *ikke* tok alle internett-brukere i betraktning. Det samme kan sies om situasjoner hvor samtykke til nettoverføringen aldri forelå. En logisk slutning kunne dermed vært at lenking til ulovlig publiserte verk *alltid* innebærer en overføring til en «new public».⁷¹ Slutningen var imidlertid ikke opplagt. Domstolen vektla *tilgangsbegrensninger*, og ikke samtykke, som eksempel på hva som kunne påvirke «new public»-vilkåret. Det kunne dermed tenkes at det avgjørende var i hvilken grad verket var tilgjengelig for lenkeren. Ut fra et slikt standpunkt ville lenking til fritt tilgjengelige verk *aldri* innebærer en overføring til en «new public».⁷²

Domstolen valgte imidlertid en mellomløsning begrunnet i ønsket om å finne en hensiktsmessig balansering av opphaverens og lenkerens interesser.⁷³ I stedet for å basere vurderingen på om overføringen nådde en «new public», ble det tatt utgangspunkt i en vurdering av lenkeren bevissthet om inngrepet og om lenken ble publisert for vinnings hensikt.⁷⁴ Fokuset ble dermed vendt bort fra selve krenkelsen, og mot en vurdering av saksøktens intensjoner. Vurderingstemaet minner om prinsipper fra erstatningsretten/strafferetten hvor skyldelementet i handlingen vektlegges for å konstatere ansvar.⁷⁵ Sammenliknet med den objektive ordlyden av «communication to the public» fremstår løsningen som kreativ fra EU-domstolens side.⁷⁶

Problemet med at EU-domstolen gjorde lenkerens intensjoner relevant, er at de fleste medlemsstater behandler opphavsrettskrenkelser som et objektivt ansvarsgrunnlag. Spørsmålet om skyld er dermed irrelevant, med mindre det gjelder en vurdering av indirekte ansvar. Kunnskapskravet har blandet sammen vurderingen av *hvem* som kan holdes ansvarlig, med *hva*

⁷¹ Se Eleonora Rosati, «GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture», *Common Market Law Review* 54(4) (2017): 3, avlest 16.04.2021 på <https://ssrn.com/abstract=2943040>

⁷² Generaladvokat Wathelet tok til orde for en slik løsning i sitt forslag til avgjørelse i sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 69-70

⁷³ Se avveiningen av de ulike interessene i sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 43-45

⁷⁴ Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 35 og 38

⁷⁵ Se f.eks. lov om straff (*straffeloven*) av 20. mai 2005 nr. 28 § 21, og lov om skadeserstatning (*skadeserstatningsloven*) av 13. juni 1969 nr. 26 §§ 3-5 og 5-1

⁷⁶ Se Quintais kalle kunnskapskravet «a legal innovation» i João P. Quintais, «Untangling the hyperlinking web: In search of the online right of communication to the public». *Journal of World Intellectual Property* (2018): 20, avlest 15.05.2021 på <https://ssrn.com/abstract=3199733>

som objektivt sett utgjør en krenkelse. Konsekvensen er at domstolen i praksis har harmonisert indirekte ansvar innenfor opphavsretten,⁷⁷ noe som vil illustreres tydeligere i neste punkt.

3.2.3 Hvem som kan holdes ansvarlig for opphavsrettskrenkelse

For å holdes ansvarlig for opphavsrettskrenkelse må det ifølge EU-domstolens rettspraksis ha blitt foretatt en «act of communication».⁷⁸ En bruker foretar en «act of communication» dersom den «in full knowledge of the consequences of its action» gir mottakere tilgang til beskyttede verk.⁷⁹ Vilkåret krever en vurdering av brukerens «indispensable» rolle i hendelsesforløpet, og «the deliberate nature of its intervention».⁸⁰

Ifølge rettspraksis er det klart at lenking kan utgjøre en «act of communication».⁸¹ EU-domstolen har imidlertid kommet med viktige avklaringer om *hvem* som holdes direkte ansvarlig. I *Filmspeler-saken*⁸² var spørsmålet om salget av en mediespiller som inneholdt lenker til en nettside med ulovlig publiserte filmer, var en «act of communication». Domstolen kom til at salget av mediespilleren etablerte en direkte forbindelse til verkene via de forhåndsinstallerte lenkene.⁸³ Uten mediespilleren hadde det vært vanskelig for kjøperne å oppnå slik tilgang. Selgeren hadde full kunnskap om forbindelsen til verkene da han installerte funksjonen som ga tilgang til lenkene.⁸⁴ Det forelå dermed en «act of communication».⁸⁵

Tilsvarende konklusjon ble lagt til grunn av domstolen i *Ziggo-saken*.⁸⁶ Den saksøkte var operatøren av nettsiden *The Pirate Bay*. Nettsiden inneholdt torrent-filer⁸⁷ til ulovlig publiserte verk opplastet av dens brukere. I kontrast til de andre EU-sakene om lenking, var ikke søksmålet rettet mot den som hadde publisert torrent-filene (eller lenkene). Operatøren spilte imidlertid

⁷⁷ Se Quintais, «Untangling the hyperlinking web», 12 og 26-27, Jane C Ginsburg & Luke A. Budiardjo, «Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives», *Columbia Journal of Law & The Arts* 41 (2018): 167, avlest 16.04.2021 på https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2063, og Pekka Savola, «EU Copyright Liability for Internet Linking», *JIPITEC* 8 (2017): 143-144, avlest 28.05.2021 på: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-2-2017/4563/JIPITEC-8-2-2017-139-Savola>

⁷⁸ Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 32

⁷⁹ Ibid. avsnitt 35

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Domstolen har blitt kritisert for å inkludere lenking som en «act of communication», noe oppgaven avgrenses mot å diskutere nærmere. Se eksempelvis Quintais, «Untangling the hyperlinking web», 16-17

⁸² Sak C-527/15 (*Filmspeler*)

⁸³ Ibid. avsnitt 41

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid. avsnitt 42

⁸⁶ Sak C-610/15 (*Ziggo*)

⁸⁷ Torrent-filer kan, i likhet med lenker, tilrettelegge for at brukeren får tilgang til ekstern informasjon

en avgjørende rolle i å gi brukerne tilgang til verkene ved å tilgjengeliggjøre og drifte nettsiden, noe som ble gjort med full kunnskap om konsekvensene.⁸⁸

Sammenliknet med ordlyden av «indispensable» innebærer Filmspeler og Ziggo en relativt stor utvidelse av området for direkte ansvar etter Infosoc-direktivets artikkel 3.⁸⁹ Det er tilstrekkelig å ha lagt til rette for krenkelser, f.eks. som en mellomaktør. Da både selgeren og operatøren hadde full kunnskap om konsekvensene av krenkelsen, var også «new public»-vilkåret med det supplerende kunnskapskravet oppfylt.⁹⁰ Som en konsekvens av GS Media, Filmspeler og Ziggo, kan dermed flere mellomaktører holdes direkte ansvarlig for opphavsrettskrenkelse som en «bruker».⁹¹ På den måten har lenkeproblematikken grepet inn i reguleringen av mellomaktørers ansvar på internett.⁹² Dette har betydning for vurderingen av søkemotorers ansvar for lekning, noe det vil redegjøres nærmere for i kapittel 5 og 8.

3.2.4 Kritikk av gjeldende rett

EU-domstolens avgjørelser om lenking har medført en stor endring i landskapet for opphavsrettslig ansvar på internett. Som følge av utvidelsen av området for direkte ansvar og kunnskapskravet fra GS Media, kan ansvaret potensielt rekke svært langt. Den tradisjonelt sett objektive vurderingen av «communication to the public», har gjennom «new public»-vilkåret og kunnskapskravet blitt tillagt momenter av utpreget subjektiv karakter. Vilkårenes omfang er vagt avgrenset og åpner for skjønnsmessige vurderinger. Usikkerhet rundt hvordan vilkårene skal forstås kan ha en «chilling effect» på bruken av lenker og fri informasjonsutveksling på nettet.⁹³ Den manglende klarheten gir også en risiko for vilkårlige avgjørelser og lite rettsenhet på tvers av medlemsstatene, noe som er lite ønskelig ut fra forutsigbarhets- og rettssikkerhetshensyn.⁹⁴

⁸⁸ Sak C-610/15 (*Ziggo*), avsnitt 36-37

⁸⁹ For en nærmere gjennomgang av «indispensable»-vilkåret, se Quintais, «Untangling the hyperlinking web», 6-7

⁹⁰ Sammenlikn domstolens vurdering i C-527/15 (*Filmspeler*), avsnitt 50-51 og 41-42, og i sak C-610/15 (*Ziggo*), avsnitt 45-46 og 36-38

⁹¹ Se forskjellen mellom en «mellomaktør» og en «bruker» i punkt 1.2.

⁹² Se nærmere om hvordan GS Media, Filmspeler og Ziggo har påvirket mellomaktørers ansvar i Quintais, «Untangling the hyperlinking web», 12-14

⁹³ Savola, «EU Copyright Liability for Internet Linking», 147

⁹⁴ Disse hensynene nevnes eksplisitt i direktiv 29/2001/EC (*Infosoc*), fortalens avsnitt 4 og 6

Det rettskildemessige grunnlaget for domstolens løsninger er noe uklart,⁹⁵ og det kan stilles spørsmål til domstolens myndighet for slik lovgivningsaktivitet. Samtidig gir vilkårene rom for løsninger som kan balansere de motstående interessene tilpasset den konkrete saken. Lenkeproblematikken er kompleks, og domstolens mellomløsninger kan sees som en pragmatisk løsning på et vanskelig problem.⁹⁶ Selv om domstolen har blitt kritisert, er det klart at «new public»-vilkåret og kunnskapskravet utgjør rammene for lenking, *de lege lata*.⁹⁷ Den usikre rettskildemessige situasjonen gjør det imidlertid vanskelig å fastlegge det nærmere innholdet av gjeldende rett.

⁹⁵ Se Matthias Leistner, «Copyright Law on the Internet in Need of Reform: Hyperlinks, Online Platforms and Aggregators». *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2017): 5, avlest 03.04.2021 på <https://ssrn.com/abstract=3245950>, og Rognstad, *Opphavsrett*, 239

⁹⁶ Se Leistner, «Copyright Law on the Internet in Need of Reform», 5

⁹⁷ EU-domstolens rettspraksis har konsekvent benyttet vilkårene etter Svensson og GS Media

4 Rettigheter som gjør seg gjeldende

Temaet søkemotorers opphavsrettslige ansvar for lenking berører opphaverens rettigheter, og grunnleggende rettigheter hos allmennheten og eieren av søkemotoren. For at opphavsretten skal gi rimelige resultater må rettighetene balanseres på en hensiktsmessig måte.

4.1 Opphaverens enerett

Opphaverens enerett kan begrunnes på ulike måter. Den viktigste intensjonen er å beskytte innsatsen som legges ned i produksjonen av åndsverk. Belønningssynspunkter tilsier at opphaveren tillegges den økonomiske gevinsten av eget arbeid, og at andres bruk av åndsverk ikke kommer på bekostning av opphaveren.⁹⁸ Tilsvarende begrunnelse kan benyttes for å forklare opphaverens ideelle rettigheter, som kravet til å bli navngitt og vernet mot krenkende bruk av åndsverk.⁹⁹ En annen begrunnelse av opphavsretten er formålet om å skape «incentiv for kulturell produksjon og distribusjon».¹⁰⁰ Tanken er at omfanget av rettigheten må avgjøres ut fra hva som gir mest mulig insentiv i samfunnet som helhet. Opphavsrettens funksjon som insentiv er imidlertid vanskelig å bevise empirisk. Det må dermed anses som legitimt å begrunne eneretten både ut fra hensynet til opphaveren, og ut fra det samfunnsmessige behovet for insentiv til kreativ produksjon.¹⁰¹

4.2 Informasjons- og ytringsfriheten

Informasjons- og ytringsfriheten er lovfestet i EU-paktens artikkel 11,¹⁰² som korresponderer med EMK artikkel 10.¹⁰³ Rettigheten innebærer frihet til å uttrykke sine meninger, og frihet til å motta og formidle informasjon og ideer uten myndighetens inngrep eller hindringer.¹⁰⁴ Muligheten til å motta og spre informasjon er en forutsetning for ytringsfriheten, og illustrerer hvordan rettighetene henger sammen. Internett er en av nåtidens viktigste plattformer for å praktisere informasjons- og ytringsfriheten. Bruken av lenker er et viktig bidrag til dette, noe

⁹⁸ Se Rognstad, *Opphavsrett*, 35

⁹⁹ Se åvl. § 5. De ideelle rettigheter er ikke harmonisert på EU-nivå, men EU-domstolen vektla tilsynelatende ideelle rettigheter i sak C-201/13 (Deckmyn) (vern mot at verk assosieres med diskriminerende holdninger)

¹⁰⁰ Rognstad, *Opphavsrett*, 36

¹⁰¹ Ibid. 38

¹⁰² Charter of Fundamental Rights of the European Union (*EU-pakten*), 2012/C 326/02

¹⁰³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (*EMK*), Roma, 04.11.1950

¹⁰⁴ EU-pakten, artikkel 11 (1)

som eksplisitt uttrykkes i *GS Media*.¹⁰⁵ Standpunktet gjør seg særlig gjeldende i relasjon til søkemotorer. Søkemotorer kan i sin karakter sammenliknes med internettleverandører og de ulike aktørene innad i domenenavnsystemet.¹⁰⁶ Fellestrekket er at de er essensielle for at brukeren kan utnytte helt grunnleggende funksjoner ved internett. På samme måte som domenenavnsystemet gjør søkemotorer det mulig for brukerne å enkelt orientere seg mellom milliarder av nettsider.

Informasjons- og ytringsfriheten er ikke absolutte rettigheter, og kan begrenses ved bruk av lov der inngrep er «necessary in a democratic society».¹⁰⁷ Begrepet «necessary» uttrykker et formåls- og forholdsmessighetskrav. Eksempler på formål som kan være nødvendige er «for the protection of the reputation or rights of others».¹⁰⁸ Beskyttelse av eneretten er klart et legitimt formål. Forholdsmessighetskravet utgjør en skranke mot regulering som går lenger enn det som kreves for å oppnå den legitime målsetningen. Det skal mye til for at forholdsmessighetskravet er oppfylt dersom opphavsretten svekker nettbrukeres mulighet til å foreta informasjonssøk på nettet, eksempelvis ved at Googles adgang til å generere lenker innskrenkes vesentlig.

4.3 Retten til å drive kommersiell virksomhet

Retten til å drive kommersiell virksomhet er blant annet lovfestet i EU-paktens artikkel 16. På samme måte som for informasjons- og ytringsfriheten er ikke rettigheten absolutt, og kan begrenses ved lov dersom inngrepet er formåls- og forholdsmessig.¹⁰⁹

EU-domstolens avgjørelser om lenking har blitt kritisert for å oppstille for strenge krav til kommersielle aktører.¹¹⁰ Kritikken kan sees i lys av retten til å drive virksomhet. Det vil sjeldent være forholdsmessig å innføre krav som gjør det umulig for virksomheter å handle i tråd med opphavsrettsreguleringen. En viktig nyanse er at private aktører kan unngå opphavsrettskrenkelser ved å inngå lisensavtaler med opphavere. I situasjoner hvor det er utfordrende å nå ut til de enkelte opphaverne, kan det alternativt inngås avtaler med

¹⁰⁵ Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 45

¹⁰⁶ Aktørene innenfor domenenavnsystemet er de som sørger for den tekniske gjennomføringen av Internettets adresssystem. Se mer på ICANN, «What Does ICANN Do?», avlest 05.05.2021, <https://www.icann.org/resources/pages/what-2012-02-25-en>

¹⁰⁷ Se EMK, artikkel 10 (2)

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ EU-pakten, artikkel 52

¹¹⁰ Se mer om dette i oppgavens punkt 6.2.2.-6.2.3.

organisasjoner som kollektivt forvalter rettighetene til et større antall opphavere.¹¹¹ Det har i senere tid vært en utvikling innad i EU mot å i større grad tilrettelegge for kollektive ordninger,¹¹² noe som vil gjøre det enklere for flere å inngå lisensavtaler.

Sitasjonen stiller seg annerledes for eiere av søkemotorer som Google. Begrunnelsen er at søkemotoren genererer lenker til *all informasjon* som ligger fritt tilgjengelig på nettet, slik at det praktisk sett er umulig å finne en dekkende lisensavtale. Som følge av mangel på andre alternativer, kan strenge krav til kommersielle aktører påvirke søkemotorer i særskilt grad. Retten til å drive virksomhet tilsier at det må være mulig å drifte søkemotorer innenfor gjeldende opphavsrettsregulering. Det kan imidlertid være forholdsmessig med krav som innebærer at visse deler av virksomheten må endres. Slik kan opphavsretten fungere som et insentiv for videreutvikling av forretningsmodeller som på en bedre måte balanserer opphaverens, brukerens og søkemotorers interesser.

¹¹¹ Et eksempel på en slik organisasjon i Norge er Norwaco. Se <https://norwaco.no>

¹¹² Se eksempelvis det nyere direktiv 2019/790 (DSM), fortalens avsnitt 61 og artikkel 8-13

5 Søkemotorers lenking som en «act of communication»

For å avgjøre om det foreligger «communication to the public» etter Infosoc-direktivets artikkel 3, må det først tas stilling til om lenkeren har gjennomført en «act of communication». I den forbindelse må man, som nevnt i punkt 3.2.3., vurdere lenkerens avgjørende rolle og den bevisste karakteren av inngrepet.¹¹³

Det følger av Svensson og GS Media at lenking i utgangspunktet utgjør en «act of communication». Google foretar dermed i utgangspunktet en «act of communication» når søkemotoren genererer lenker til åndsverk. Det unike med søkemotorer er at brukeren spiller en aktiv rolle i å bestemme hvilke lenker som genereres. Prosessen med å generere lenker forutsetter, og baseres på, søkeordet skrevet inn av brukeren. Dette skiller situasjonen fra GS Media og Svensson hvor publiseringen av lenken kun stammet fra lenkerens innsats. Søkemotoren fremstår mer som en nøytral mellomaktør, noe som gjør grensen mellom direkte og indirekte ansvar noe tvilsomt.

Mellomaktører som tilrettelegger for opphavsrettskrenkelser, kan ifølge Filmspeler og Ziggo holdes ansvarlig dersom de har full kunnskap om konsekvensene av sine handlinger. I Filmspeler var kravet oppfylt selv om personen som installerte lenke-funksjonen på mediespilleren, ikke nødvendigvis hadde *spesifikk kunnskap* om de lenkede verkens autorisasjon.¹¹⁴ Avgjørelsen indikerer at generell kunnskap er tilstrekkelig.¹¹⁵ Googles søkemotor genererer et enormt antall lenker og prosessen foregår automatisk. Det kan vanskelig legges til grunn at selskapet har spesifikk kunnskap om lenkede verks autorisasjon. Samtidig er det en selvfølge at flere av lenkene *vil* lede til ulovlig publiserte verk, noe selskapet har generell kunnskap om. Oppgaven avgrenses mot å problematisere skillet mellom direkte og indirekte ansvar ytterligere. Gjennomgangen illustrerer likevel at søkemotorers lenking i utgangspunktet omfattes av området for direkte ansvar. Google foretar dermed en «act of communication» når søkemotoren genererer lenker til åndsverk.

¹¹³ Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 35

¹¹⁴ Domstolen fokuserte på at installasjonen gjorde det mulig å nå ulovlig streaming-nettsider, og ikke personens kunnskap om de spesifikke verkens autorisasjon, se sak C-527/15 (*Filmspeler*), avsnitt 41

¹¹⁵ Tilsvarende tolkning tas til orde for i Ginsburg & Budiardjo, «Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content», 167

6 Læren om «new public» for lenker generert av søkemotorer

Lenking til beskyttede verk innebærer en overføring til en «public» etter Infosoc-direktivets artikkel 3, dersom lenken kan nås av et ubestemt antall brukere.¹¹⁶ Søkemotorer genererer lenker som potensielt sett kan nå alle internett-brukere. Da overføringen gjelder verk som allerede er overført ved hjelp av tilsvarende tekniske fremgangsmåte (på internett), må også «new public»-vilkåret være oppfylt.¹¹⁷ Vilkårets innhold varierer avhengig av om verket er publisert på internett med eller uten opphaverens samtykke.

6.1 Lenking til verk publisert på internett med samtykke

6.1.1 Generelt

«New public»-vilkåret er basert på vurderingen av hvilket publikum opphaveren tok i betraktning ved første overføring. For internettoverføringer har EU-domstolen lagt til grunn at det tilsiktede publikumet i utgangspunktet utgjør alle nettets brukere. I teorien har flere tolket dette som at overføringen innebærer et slags *indirekte samtykke* til lenking.¹¹⁸ Standpunktet er svært vidtrekkende da nettets brukere utgjør mesteparten av verdens befolkning. På samme måte som i den virkelige verden kan internett deles inn i mange ulike offentlige og private sfærer. Selv om det er en teoretisk mulighet for at verk vil nå alle nettets brukere, er det lite sannsynlig med tanke på hvor mye informasjon som finnes på nettet. «New public»-vilkåret fremstår dermed som dårlig begrunnet kun ut fra samtykkebetraktninger.

En annen begrunnelse for «new public»-vilkåret kan identifiseres ved å sammenlikne vilkåret med reglene om konsumpsjon innenfor opphavsretten. Reglene begrenser opphaverens enerett til den første overdragelsen eller utgivelsen av verket. Begrunnelsen er blant annet at vederlaget for den første overdragelsen anses som dekkende for opphaverens totale arbeidsinnsats.¹¹⁹

¹¹⁶ Sak C-466/12 (*Svensson*), avsnitt 21-22

¹¹⁷ Ibid. avsnitt 24

¹¹⁸ Se Savola «EU Copyright Liability for Internet Linking», 148-149, og Stavroula Karapapa, «The requirement for a “new public” in EU copyright law», *European Law Review* 2017 (1): 23, avlest 15.05.2021 på <https://ssrn.com/abstract=3047062>

¹¹⁹ Se Rognstad, *Opphavsrett*, 202

Hensynet til allmennhetens videre bruk av verket veier tyngre enn eneretten i slike situasjoner. Det finnes ingen konsumpsjonsregel for overføringsretten jf. Infosoc-direktivets artikkel 3 (3). Anvendelsen av «new public»-vilkåret for lenking minner imidlertid om en slags konsumpsjonsregel.¹²⁰ Opphaveren kan ta lenking i betraktning ved utregningen av vederlag, f.eks. ved inngåelsen av lisensavtaler. Det kan dermed tenkes at vederlaget opphaveren får ved å overføre verk til internett, er dekkende for den ytterligere bruken av verket som oppstår som følge av lenking. Løsningen fremstår som rimelig med tanke på hvor viktig lenking er for infrastrukturen på nettet. «New public»-vilkåret er ingen ren konsumpsjonsregel, noe som ble bekreftet av EU-domstolen i Cordoba-saken.¹²¹ Sammenhengen til konsumpsjonsreglene illustrerer likevel hvordan vederlagsbetraktninger kan være relevant i vurderingen av «new public»-vilkåret.

6.1.2 Betydningen av restriktive tiltak for «new public»-vilkåret

Innholdet av «new public»-vilkåret er vagt avgrenset, og krever en konkret vurdering i hvert typetilfelle. Domstolen har imidlertid oppstilt noen retningslinjer. Ifølge EU-domstolen i Svensson, kan det ikke være snakk om en ny allmennhet dersom det lenkede verket lå fritt tilgjengelig på internett uten tilgangsbegrensninger, som f.eks. betalingsmur.¹²² Googles nettsøkeroboter samler kun inn informasjon som ligger fritt tilgjengelig på nettet. Søkemotoren kan dermed ikke generere lenker til verk som er underlagt tilgangsbegrensninger. Majoriteten av lenkene som genereres vil dermed ikke føre til at beskyttede verk når ut til en «new public».

I en nyere avgjørelse fra EU-domstolen, VG Bild-Kunst,¹²³ ble innholdet av «new public»-vilkåret nærmere redegjort for. Spørsmålet var om embedding av et verk på en nettside ved bruk av framing-teknikken, var i strid med opphaverens enerett der slik bruk omgikk en beskyttelsessperre implementert av opphaveren. Saken skilte seg fra Svensson ved at det restriktive tiltaket beskyttet mot framing-teknikken spesifikt, og ikke tilgangen til verket. Domstolen konkluderte med at omgåelsen av en slik restriksjon innebærer at «new public»-vilkåret var oppfylt.¹²⁴

¹²⁰ Ibid. 250-253

¹²¹ Se sak C-161/17 (*Cordoba*), avsnitt 32-33

¹²² Se sak C-466/12 (*Svensson*), avsnitt 26 og 31

¹²³ Sak C-392/19 (*VG Bild-Kunst*)

¹²⁴ Ibid. avsnitt 48

Avgjørelsen underbygger viktigheten av samtykkemomentet i vurderingen av «new public»-vilkåret. Samtidig understrekes det at opphaveren ikke kan begrense autorisasjonen på andre måter enn ved å implementere «effective technological measures».¹²⁵ Uttrykket tilsvarer Infosoc-direktivets artikkel 6, som påbyr medlemsstatene å gi opphavsrettslig vern mot omgåelse av effektive tekniske beskyttelsessystemer.¹²⁶ Definisjonen på «technological measures» er enhver teknologi som «prevent or restrict acts» som strider mot opphaverens autorisasjon.¹²⁷ Systemet er «effective» dersom tilgangen til verket kontrolleres av opphaveren ved bruk av «access control or protection process», som f.eks. kryptering, koding, eller annen omgjøring av verk eller kopikontrollmekanismer, som oppnår formålet om beskyttelse.¹²⁸

Begrepet er vidt formulert og må i utgangspunktet omfatte alle tekniske midler som kan oppnå formålet om beskyttelse.¹²⁹ Av hensyn til opphaveren kan det ikke stilles for strenge krav til hva som regnes som effektivt. Minstekravet følger imidlertid ikke klart av ordlyden, og EU-medlemsstatene har derfor tolket begrepet ulikt.¹³⁰ Ordlyden av *å omgå* tilsier imidlertid at brukeren må foreta seg av noe, slik at det ikke kan være *for* enkelt. Etter norsk rett avgrenses det eksempelvis mot beskyttelsessystemer som kan «nøytraliseres ved et tusjstrøk på selve platen eller et tastetrykk ved innlesing i datamaskin».¹³¹

Embedding via framing kan forhindres ved å implementere et teknisk system som stopper verket fra å åpnes automatisk i rammen.¹³² Teknikken kan klart regnes som «effective». Dersom søkemotorer omgår slike systemer, vil lenking til åndsverk innebære at «new public»-vilkåret er oppfylt. Situasjonen er lite praktisk dersom en går ut fra at selskaper som Google ønsker å benytte systemer som er i tråd med gjeldende rett.

Problemet oppstår dersom det anses tilstrekkelig å f.eks. merke verket med et forbud mot framing, eller andre beskyttelsestiltak som krever at verket undersøkes på forhånd. Slike tiltak vil ofte være mer tilgjengelig for opphaverne, da innføring av tekniske systemer krever en viss fagkunnskap. Samtidig tilsier rettssikkerhetshensyn at begrensninger i autorisasjonen burde

¹²⁵ Ibid. avsnitt 46

¹²⁶ Direktiv 2001/29/EC (*Infosoc*), artikkel 6, sml. den norske ordlyden i åndsverksloven § 99 (basert på Infosoc-direktivet)

¹²⁷ Direktiv 2001/29/EC (*Infosoc*), artikkel 6 (3)

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Rognstad, *Opphavsrett*, 490-491

¹³⁰ Se Urs Gasser og Michael Girsberger, «Transposing the Copyright Directive: Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States – a Genie Stuck in the Bottle?», *Berkman Publication Series* 2004-10 (2004): 13-17, avlest 15.05.2021 på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=628007

¹³¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) om lov om endringer i åndsverksloven m.m., 115

¹³² Se Generaladvokaten i sak C-392/19 (*VG Bild-Kunst*), avsnitt 129

fremgå helt åpenbart for den som benytter seg av lenking.¹³³ Forbud gjennom kontraktsvilkår kan åpne for uklarhet, og det må dermed kreves at beskyttelsessystemet automatisk forhindrer embedding med mindre det gjennomføres spesifikke tiltak.¹³⁴

Konsekvensen for søkemotorer er at «new public»-vilkåret vil være oppfylt dersom lenkene omgår effektive tekniske beskyttelsessperrer mot embedding av verk. Forutsatt at dette unngås, medfører ikke VG Bild-Kunst noen innskrenkning i søkemotorers adgang til å generere lenker til fritt tilgjengelige verk.

6.1.3 Betydningen av skillet mellom ulike typer lenker for «new public»-vilkåret

6.1.3.1. Generelt

VG Bild-Kunst-saken illustrerer hvordan opphavere kan ha interesse av å motsette seg embedding. Som nevnt i punkt 2 kan det oppstilles et skille mellom ulike typer lenker ut fra hvordan de berører opphaverens interesser. Det kan dermed stilles spørsmål ved om skillet har betydning for vurderingen av «new public»-vilkåret.

Ut fra et samtykkesynspunkt er det mindre nærliggende å legge til grunn at opphaverne har sett for seg embedding av eget verk enn «ordinær lenking», særlig dersom verket plasseres i en villedende kontekst. Vederlagsbetraktninger står imidlertid mer sentralt. Ved bruk av embedding kan nettbrukeren miste oppfordringen til å klikke seg inn på primærkilden. Konsekvensen for opphaveren kan bli tapte inntekter i form av royalty, reklame, o.l. Slik kan embedding forhindre at opphaveren får en rimelig kompensasjon ved å overføre verk til nettet. For å beskytte opphaverens interesser og økonomiske insentiv til å overføre verk til internett, kan det hevdes at embedding burde være en del av eneretten.

Kontroversen rundt embedding illustreres av diskusjonene som oppsto da Google introduserte innebygde lenker i bildesøkeresultatet. Etter å ha klikket på et bilde fikk brukeren tidligere opp en «frame» som viste bildet i konteksten av kildenettsiden. Endringen førte til at brukerne kun

¹³³ Se domstolen poengtere at det ikke burde være vanskelig for brukere å forstå at opphaveren har motsatt seg framing i sak C-392/19 (*VG Bild-Kunst*), avsnitt 46

¹³⁴ Se støtte for at kontraktsvilkår ikke er tilstrekkelig for å utgjøre en tilgangsbegrensning i Quintais sin gjennomgang av indirekte samtykke i «Untangling the hyperlinking web», 19-20, og i Savola «EU Copyright Liability for Internet Linking», 149

fikk opp bildet, i større versjon og bedre kvalitet.¹³⁵ Selv om bildet ikke er lagret på Googles server, kan brukeren lagre det direkte fra deres nettsider i god kvalitet. Den nye utformingen ble kritisert for å fjerne brukerens insentiv til å gå inn på nettsiden hvor verket ligger lagret. Opphavere har hevdet at så mye som rundt 80 % av trafikken forsvant etter at Google implementerte endringen.¹³⁶ Kritikken underbygges av at de innebygde lenkene ikke er nødvendige for bildesøkefunksjonen. Retten til å drive virksomhet settes dermed ikke på spissen. Det kan også hevdes at en monopolsituasjon hvor nett-trafikken hopper seg opp på Googles nettsider, er lite ønskelig for mangfoldet på internett. Informasjons- og ytringsfriheten oppstiller dermed ikke nødvendigvis noen skranke mot å innskrenke adgangen til å «embedde» verk.

6.1.3.2. Rettskildemessig grunnlag for å skille mellom ulike typer lenker

EU-domstolen har så langt ikke tillagt skillet mellom ulike typer lenker betydning i vurderingen av «new public»-vilkåret. I Svensson-saken ble det på generelt grunnlag uttalt at publisering av lenker utgjør en overføring til allmennheten.¹³⁷ I BestWater-saken ble det eksplisitt konstatert at det er irrelevant om lenken gir inntrykk av at verket gjengis på tredjepersonens nettside.¹³⁸ Det klare utgangspunktet er dermed at alle lenker behandles som ett.

Interessant nok gikk Generaladvokaten i VG Bild-Kunst inn i en dyptgående vurdering av hvordan skillet mellom ulike typer lenker har betydning for «new public»-vilkåret. Han konkluderte med at bruken av *klikkbare lenker* utgjør del av den offentligheten opphaveren så for seg i beslutningen om å laste opp verk på nettet.¹³⁹ Bruken av *automatiske lenker* derimot, kunne ikke anses som del av den offentligheten opphaveren så for seg.¹⁴⁰ Begrepet automatiske lenker ble brukt synonymt med embedding, men kun embedding via innebygde lenker. Framing-teknikken ble altså sidestilt med klikkbare lenker.¹⁴¹ Etter Generaladvokatens syn

¹³⁵ Se mer om hvordan Google gradvis gjorde bildene mer og mer som del av sin egen nettside i Jane C. Ginsburg & Luke A. Budiardjo, «Embedding Content or Interring Copyright: Does the Internet Need the "Server Rule"?, *Columbia Journal of Law & The Arts* 42 (2019): 433-434, avlest 15.05.2021 på https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2322/?utm_source=scholarship.law.columbia.edu%2Ffaculty_scholarship%2F2322&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

¹³⁶ Ginsburg, & Budiardjo, «Embedding Content or Interring Copyright», 435

¹³⁷ Se sak C-466/12 (*Svensson*), avsnitt 27 og 29

¹³⁸ Sak C-348/13 (*BestWater*), avsnitt 17-18

¹³⁹ Generaladvokaten i sak C-392/19 (*VG Bild-Kunst*), avsnitt 85

¹⁴⁰ *Ibid.* avsnitt 105

¹⁴¹ *Ibid.* avsnitt 86-91

burde bruken av automatiske lenker utgjøre en «communication to the public» omfattet av opphaverens enerett.¹⁴²

Generaladvokaten mente at uttalelsene i BestWater-saken måtte sees bort fra som følge av Cordoba-saken.¹⁴³ Saken gjaldt ikke lenking, men lovligheten av å kopiere og publisere et bilde som lå fritt tilgjengelig på nettet med opphaverens samtykke.¹⁴⁴ Domstolen kom til at opphaverens tilsiktede publikum kun utgjorde brukerne av nettsiden hvor verket var publisert.¹⁴⁵ Konklusjonen ble dermed at bildet nådde en «new public» ved å ha blitt publisert på en annen nettside uten samtykke.¹⁴⁶ Utgangspunktet om at opphavere tar alle internettbrukere i betraktning ved nettoverføring, gjelder altså ikke for alle typer overføringer. Modifikasjonen var viktig for å fremheve at samtykket til å overføre verk til internett, ikke innebærer at verk kan spres videre uten begrensning. Opphavere kan dermed sikre seg vederlag for den faktiske bruken av verket, noe som styrker det økonomiske incentivet til å overføre verk til internett.

Generaladvokaten i VG Bild-Kunst mente at tilsvarende konklusjon burde gjelde for automatiske lenker. Standpunktet er imidlertid ikke åpenbart som følge av den tekniske ulikheten mellom lenking og selvstendige gjengivelser av et verk.¹⁴⁷ I motsetningen til slik situasjonen er ved selvstendige gjengivelser, beholder opphaveren kontrollen over originalverket ved lenking. Opphaveren kan bryte forbindelsen til lenken ved å fjerne originalverket eller implementere tilgangsbegrensninger, og på den måten opphøre krenkelsen. Beskyttelsesbehovet er dermed ikke like sterkt som for selvstendige gjengivelser, og det er tvilsomt om Cordoba-saken kan tas til inntekt for å behandle automatiske lenker annerledes enn klikkbare lenker.

Støtte for Generaladvokatens standpunkt om å skille mellom ulike lenker, kan finnes i teorien. Ginsburg og Budiardjo har foreslått at simple hyperlenker ikke burde være omfattet av eneretten i det hele tatt, og at det kun er dype lenker, innebygde lenker og framing som er opphavsrettslig relevant.¹⁴⁸ Leistner mener at Svensson-sakens utgangspunkt om at «new public»-vilkåret ikke er oppfylt for lenking, er treffende for simple hyperlenker, dype lenker, og identifiserbar

¹⁴² Ibid. avsnitt 119

¹⁴³ Ibid. avsnitt 68-72, se sak C-161/17 (*Cordoba*)

¹⁴⁴ Altså en selvstendig gjengivelse av verket, se punkt 2

¹⁴⁵ Sak C-161/17 (*Cordoba*), avsnitt 35

¹⁴⁶ Ibid. avsnitt 46

¹⁴⁷ Se EU-domstolen uttrykke forskjellen til lenking i sak C-161/17 (*Cordoba*), avsnitt 28-31 og 40

¹⁴⁸ Ginsburg & Budiardjo, «Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content», 171

framing. Han argumenterer imidlertid for at innebygde lenker og villedende framing som hovedregel burde innebære en «act of communication».¹⁴⁹

Leistners standpunkt står i en viss kontrast til Generaladvokaten i VG Bild-Kunst som valgte å behandle innebygde lenker og framing ulikt.¹⁵⁰ Valget er velbegrunnet, da framing kan benyttes på flere måter som er uproblematiske i et opphavsrettslig perspektiv. Sammenliknet med innebygde lenker vil det ofte være enklere for brukeren å se at verket i realiteten befinner seg på en annen nettside. Framing er dermed generelt sett mindre problematisk for opphavere enn det innebygde lenker er.¹⁵¹ De ulike posisjonene blant teoretikere illustrerer likevel at det ikke er noen enstemmig oppfatning om hvordan skillet burde trekkes, noe som fremhever et viktig poeng: den underliggende teknologien bak lenking er komplisert, og et skille mellom ulike typer lenker kan åpne for vanskelige retts tekniske vurderinger.

Domstolen i VG Bild-Kunst bygde ikke videre på Generaladvokatens skille. Saken gjaldt framing og ikke innebygde lenker, slik at skillet var uten betydning for sakens utfall. Det at diskusjonen ikke ble nevnt taler likevel mot at skillet har relevans for «new public»-vurderingen. Domstolen valgte heller å fokusere på «effective technological measures»-vilkåret. Det ble lagt til grunn som utgangspunkt at samtykket til å overføre verk til internett omfatter alle internettbrukere, med mindre det iverksettes tekniske tiltak som beviser det motsatte.¹⁵² Det virker dermed som om domstolen benyttet en slags «regulert indirekte samtykke»-løsning for å løse problemet med hvordan embedding berører opphaverens interesser.¹⁵³ Ut fra et slikt standpunkt vil lenking kun være en del av eneretten dersom opphaveren aktivt motsetter seg lenking ved bruk av «effective technological measures».

Sammenliknet med å ta utgangspunkt i hvordan lenken teknisk sett er utformet, fremstår en «regulert indirekte samtykke»-løsning som retts teknisk enkel. Lenkeproblematikken er allerede komplisert, og et skille mellom ulike typer lenker vil trolig medføre en ytterligere kompliserende faktor. Konsekvensen av å tillegge skillet betydning kan dermed bli sprikende praksis og manglende harmonisering mellom EU-medlemsstatene,¹⁵⁴ noe som er lite ønskelig

¹⁴⁹ Leistner, «Copyright Law on the Internet in Need of Reform», 2-3 og 5

¹⁵⁰ Se begrunnelsen for dette i Generaladvokaten i sak C-392/19 (*VG Bild-Kunst*), avsnitt 88-90 og 114-118

¹⁵¹ For en nærmere gjennomgang av skillet mellom innebygde lenker og framing se Ginsburg, & Budiardjo, «Embedding Content or Interring Copyright», 435-434

¹⁵² Sak C-392/19 (*VG Bild-Kunst*), avsnitt 38 og 43

¹⁵³ Se Savola «EU Copyright Liability for Internet Linking», 148-149, og Quintais problematisere et slikt standpunkt i «Untangling the hyperlinking web», 18-20

¹⁵⁴ Leistner problematiserer også dette i «Copyright Law on the Internet in Need of Reform», 6

ut fra forutberegnelighets- og rettssikkerhetsbetraktninger. EU-domstolens avklaring i VG Bild-Kunst-saken innebærer også trolig at opphaverens interesser ivaretas i tilstrekkelig grad, da opphaveren kan beskytte seg mot ulempene av embedding ved å implementere tekniske beskyttelsestiltak.

Samlet sett foreligger det ikke tilstrekkelig med holdepunkter for å skille mellom ulike typer lenker i relasjon til «new public»-vilkåret. Det avgjørende er ifølge VG Bild-Kunst-saken om lenken omgår tekniske beskyttelsestiltak implementert av opphaveren. EU-domstolens rettspraksis må dermed forstås som at «new public»-vilkåret som klart utgangspunkt ikke er oppfylt ved søkemotorers lenking til verk publisert på internett med opphaverens samtykke.

6.2 Lenking til verk publisert på internett uten samtykke

6.2.1 GS Media-saken og kravet om vinnings hensikt

For lenking til verk publisert på internett uten samtykke, følger det av GS Media at «new public»-læren må suppleres med et kunnskapskrav. Det gjelder en presumsjon for at kunnskapskravet er oppfylt for lenker publisert med vinnings hensikt. Begrepe domstolen benyttet var «carried out for profit»¹⁵⁵, «persuing financial gain»¹⁵⁶ og «pursuit of financial gain».¹⁵⁷ Formålet nevnes i relasjon til selve postingen av lenken, noe som taler for at den spesifikke lenken må publiseres med vinnings hensikt. Samtidig utelukker ikke ordlyden at mer indirekte former for fortjeneste kan omfattes, f.eks. dersom lenkingen utgjør en viktig del av forretningsmodellen til et selskap.

Senere rettspraksis støtter en tolkning om at indirekte fortjeneste er tilstrekkelig for å oppfylle kravet om vinnings hensikt. I Filmspeler var kravet var oppfylt da prisen kundene betalte for mediespilleren, bygde på en forutsetning om at de ville få tilgang til åndsverk gjennom lenkene.¹⁵⁸ Selgerne av mediespilleren tjente dermed indirekte på lenkene. I Ziggo var det tilstrekkelig at det generelle formålet med å drifte plattformen TPB var å oppnå en

¹⁵⁵ Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 51

¹⁵⁶ *Ibid.* avsnitt 53

¹⁵⁷ *Ibid.* avsnitt 55

¹⁵⁸ Sak C-527/15 (*Filmspeler*), avsnitt 51

fortjeneste.¹⁵⁹ Fortjenesten var muliggjort gjennom reklameinntekter fra nettsiden. Tilsvarende forståelse har blitt lagt til grunn i juridisk teori¹⁶⁰ og rettssaker i medlemsland som Tyskland, Sverige, Tsjekkia og Storbritannia.¹⁶¹ «Vinnings hensikt» er dermed formulert vidt nok til å inkludere indirekte fortjeneste.

Bakgrunnen for Googles suksess er utviklingen av søkemotoren. Mesteparten av inntektene stammer fra reklame som presenteres til brukeren i søkeresultatene.¹⁶² Gjennom annonsesystemet «Google Ads» kan selgere og annonsører betale for produktplassering slik at deres nettsider blir mer tilgjengelig for brukeren.¹⁶³ Ut fra ordlyden av «for profit» er det nærliggende å inkludere lenker som gir Google inntekter gjennom Google Ads. Utover dette er det tvilsomt om hver enkelt lenke genererer inntekter. Samtidig er det klart at selskapets samlede fortjeneste muliggjøres som følge av lenkene. Enhver bruk av søkemotoren bidrar til å forbedre selskapets stilling i markedet, og dermed skape ytterligere fortjeneste. Google tjener dermed indirekte på lenkene, slik at kravet om vinnings hensikt er oppfylt.

6.2.2 Kunnskapspresumsjonen og forventningen om å foreta undersøkelser

Da Google genererer lenker med vinnings hensikt, gjelder det en presumsjon om at selskapet har kunnskap om autorisasjonen til lenkede verk. Bevisbyrden snus dermed til fordel for opphaveren.¹⁶⁴ En bokstavelig tolkning av «kunnskap» tilsier at lenkeren, ut fra de faktiske omstendigheter, må bevise manglende kunnskap. I Ziggo-saken ble det lagt til grunn at operatøren «could not be unaware» om at TPB ga tilgang til ulovlig publiserte verk, da en stor del av torrent-filene relaterte seg til verk publisert uten opphaverens samtykke.¹⁶⁵ Som allerede nevnt kan det umulig bevises at Google ikke har kunnskap om at søkemotoren vil generere lenker til ulovlig publiserte verk. Situasjonen er uunngåelig da søkemotoren lenker til alt

¹⁵⁹ Sak C-610/15 (*Ziggo*), avsnitt 46

¹⁶⁰ Se vilkåret blir diskutert nærmere i Quintais, «Untangling the hyperlinking web», 21-23, og i Savola, «EU Copyright Liability for Internet Linking», 145-146

¹⁶¹ Tyskland: Distriktsretten i Hamburg, 18.11.2016, sak nr. 310 O 402/16, og føderaldomstolen (Bundesgerichtshof (BGH)), 21.09.2017, I ZR 11/16. Sverige: Distriktsretten i Attunda, 13.10.2016, FT 11952-15. Nederland: Tingretten i Nord-Nederland, 31.10.2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8077. Tsjekkia: Distriktsretten i Praha (Obvodní soud pro Prahu 4). Storbritannia: High Court of Justice, *FAPL v BT* [2017] EWHC 480 Ch.

¹⁶² Google, «How our business works», avlest 25.04.2021, <https://about.google/how-our-business-works/>

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Se sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 51

¹⁶⁵ Sak C-610/15 (*Ziggo*), avsnitt 45

materiale som ligger fritt tilgjengelig på nettet. Kunnskapskravet fremstår derfor i utgangspunktet å være oppfylt.

Begrunnelsen for kunnskapspresumsjonen er at det er «expected that the person who posted such a link carries out the necessary checks to ensure that the work concerned is not illegally published on the website to which those hyperlinks lead».¹⁶⁶ En bokstavelig tolkning tilsier at det gjelder en plikt om at lenkeren må undersøke det aktuelle verkets autorisasjon før lenken publiseres. Domstolen oppstiller på den måten en streng aktsomhetsplikt for lenkerens handlinger *ex ante*. Googles søkemotor håndterer billioner av søk hvert år, og presenterer søkeresultater som dekker de hundrevis av nettsidene som opprettes hvert sekund.¹⁶⁷ En forpliktelse til å undersøke en så stor datamengde ville vært praktisk umulig å overholde.¹⁶⁸ Alternativet om å inngå lisensavtaler med alle nettets opphavere er samtidig lite aktuelt. Kunnskapspresumsjonen kan på den måten tolkes som en objektiv ansvarsnorm.

En annen tolkning av GS Media er at kunnskapspresumsjonen og forventningen om å foreta undersøkelser, uttrykker en fleksibel aktsomhetsnorm. Ordlyden av «necessary checks» kan leses som at kravene til lenkerens aktsomhet må vurderes konkret, slik at det er rom for å vektlegge subjektive momenter. Tilbakevisningskravet kan dermed tenkes oppfylt dersom lenkeren beviser at de gjorde det de kunne for å undersøke autorisasjonen til det lenkede verket.¹⁶⁹

6.2.3 Rettskildemessig grunnlag for å legge til grunn en fleksibel aktsomhetsnorm

Domstolen opererer hele tiden ut fra et premiss om at kunnskapspresumsjonen skal kunne tilbakevises.¹⁷⁰ Meningen kan dermed ikke ha vært å oppstille et objektivt ansvarsgrunnlag. Konsekvensen av en slik tolkning ville vært drastisk for viktige aktører som Google, som baserer sin virksomhetsmodell på å generere lenker. Hensynet til informasjons- og ytringsfrihet og retten til å drive virksomhet, tilsier at aktsomhetsnormen ikke kan være så streng. Dersom avgjørelsen tolkes som å uttrykke en fleksibel aktsomhetsnorm, er det imidlertid rom for å finne løsninger som på en bedre måte kan balansere rettighetene til opphaveren, internettbrukeren og

¹⁶⁶ Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 51

¹⁶⁷ Google, «Det finnes mange typer nyttige svar», avlest 05.05.2021, <https://www.google.com/search/howsearchworks/responses/>

¹⁶⁸ Se Leistner, «Copyright Law on the Internet in Need of Reform», 5

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 51 og sak C-527/15 (*Filmspeler*), avsnitt 49

søkemotoren. Løsningen har god støtte i teorien.¹⁷¹ For å ikke fravike den autorative teksten i dommen og ivareta hensynet til opphaveren, må imidlertid innholdet av den konkrete aktsomhetsnormen ha grunnlag i det øvrige rettskildebildet på området.

Oppsummert må kunnskapspresumsjonen og forventningen om å foreta undersøkelser som fremkommer i GS Media, tolkes som en fleksibel aktsomhetsnorm. Søkemotorers opphavsrettslige ansvar for lenking til ulovlig publiserte verk, avhenger dermed av om aktsomhetsnormen fra GS Media overholdes. Det nærmere innholdet av aktsomhetsnormen må avklares på bakgrunn av rettskildene på området.

¹⁷¹ Se Jan Bernd Nordemann, «Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?», *Policy Department A – Economic and Scientific Policy* (2018): 16, avlest 21.05.2021 på: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA\(2017\)614207_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA(2017)614207_EN.pdf), Leistner, «Copyright Law on the Internet in Need of Reform», 5-6, Quintais, «Untangling the hyperlinking web», 24, og Savola, «EU Copyright Liability for Internet Linking», 147

7 Nærmere om kunnskapskravet fra GS Media-saken

7.1 Generelt

Kunnskapskravet fra GS Media har ulikt innhold avhengig av om lenken ble publisert med vinnings hensikt eller ikke. For sistnevnte må opphaveren bevise at lenkeren visste eller burde ha visst at det lenkede verket manglet autorisasjon.¹⁷² Kunnskapskravet vil blant annet være oppfylt dersom opphaveren notifikerte lenkeren.¹⁷³ Domstolen fokuserer dermed på en *reaktiv* måte å oppnå kunnskap på, som et resultat av informasjon gitt av skadelidte.¹⁷⁴ For godtroende aktører vil det dermed være tilstrekkelig å vente på notifikasjon. Deretter må lenkeren sørge for å stanse krenkelsen, f.eks. ved å fjerne lenken (også kalt en «notice and take down»-prosedyre). Aktsomhetsplikten knytter seg altså til lenkerens handlinger *ex post*.

I teorien har det blitt foreslått å benytte tilsvarende aktsomhetsplikt for søkemotorer.¹⁷⁵ Rettslig grunnlag for dette kan finnes dersom GS Media tolkes som at kunnskapspresumsjonen kun gjelder for manuelt publiserte lenker.¹⁷⁶ Da søkemotorer genererer lenker automatisk ville det i så fall være opp til opphaveren å bevise at kunnskapskravet var oppfylt, evt. ved notifikasjon. En viss støtte for tolkningen kan finnes i «Thumbnails III»-avgjørelsen («Vorschaubilder III») fra den tyske føderaldomstolen.¹⁷⁷ Føderaldomstolen la til grunn at kunnskapspresumsjonen ikke gjaldt for søkemotorer, selv om «vinnings hensikt»-kravet var oppfylt.¹⁷⁸ Skillet mellom manuelt og automatiske genererte lenker ble vektlagt i begrunnelsen,¹⁷⁹ noe som vil undersøkes nærmere i det følgende.

¹⁷² Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 49

¹⁷³ *Ibid.* avsnitt 53

¹⁷⁴ Hoboken, Quintais, Poort & Eijk, «Hosting Intermediary Services and Illegal Content Online», 39

¹⁷⁵ Se f.eks. Leistner, «Copyright Law on the Internet in Need of Reform», 5, og Rognstad, *Opphavsrett*, 248

¹⁷⁶ Se Savola ta til orde for en slik løsning i «EU Copyright Liability for Internet Linking», 150, og Quintais, «Untangling the hyperlinking web», 30

¹⁷⁷ BGH, 21.09.2017, I ZR 11/16 («*Vorschaubilder III*»). Tilgjengelig på <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=80322&pos=0&anz=1>

¹⁷⁸ *Ibid.* avsnitt 63

¹⁷⁹ *Ibid.* avsnitt 61

7.2 Skillet mellom manuelt og automatisk genererte lenker

Kunnskapspresumsjonen er basert på et premiss om at lenkeren har en oppfordring til å undersøke innholdet av nettsiden det lenkes til. Ved manuell lenking er det en person som utfører handlingen. Det vil normalt være enkelt å undersøke nettsiden, og på bakgrunn av nettsidens innhold fatte en beslutning om å publisere lenken eller ikke. I slike situasjoner vil kunnskapspresumsjonen være godt egnet til å fange opp aktører som kan klandres for lenkingen. For automatisk generte lenker er prosessen bak publiseringen styrt av algoritmer. Prosessen er gjennomgående teknisk, og ikke basert på verdimeslige vurderinger av hva som er rett og galt i en konkret situasjon. En antagelse om at algoritmene har *kunnskap* om at et verk er ulovlig publisert fremstår som anstrengt. Kunnskapspresumsjonen virker dermed ikke å være helt passende for automatisk publiserte lenker.

En undersøkelsesplikt får også forskjellig utslag avhengig av om lenken er publisert manuelt eller automatisk. Det er praktisk umulig å programmere algoritmer som kan undersøke om verk på en gitt nettside er publisert med eller uten autorisasjon. Det er imidlertid muligheten til å gjennomføre raske prosesser basert på objektive standarder som gjør algoritmer attraktive som tekniske hjelpemidler på internett. Det kan dermed stilles spørsmål ved om domstolen mente at kunnskapspresumsjonen med den tilhørende undersøkelsesplikten også skulle gjelde for automatiske lenker.

7.3 Et eksempel fra tysk rettspraksis

Den tyske føderaldomstolen tok i 2017 stilling til hvordan vilkårene fra GS Media skulle forstås for søkemotorer.¹⁸⁰ Bakgrunnen for saken var at nettsiden AOL hadde publisert thumbnails av verk som lå allment tilgjengelig på nettet uten opphaverens samtykke. Minibildene ble generert som et søkeresultat på AOLs nettsider, som brukerne fikk tilgang til gjennom nettsidens samarbeid med Googles søkemotor. Opphaverne av verkene saksøkte AOL for brudd på deres rett til å gjøre verk tilgjengelig til allmennheten etter tysk rett, men vant ikke frem.

Domstolen konkluderte med at kunnskapspresumsjonen fra GS Media ikke gjaldt for søkemotorer, selv om de opererer med vinnings hensikt.¹⁸¹ Situasjonen ble skilt fra EU-

¹⁸⁰ BGH, 21.09.2017, I ZR 11/16 («*Vorschaubilder III*»)

¹⁸¹ Ibid. avsnitt 63

domstolens rettspraksis ved at søkemotorer genererer lenker gjennom en automatisert prosess.¹⁸² Kunnskapspresumsjonen ville dermed ha pålagt en generell plikt til å undersøke indeksens innhold.¹⁸³ Innholdet av en slik aktsomhetsnorm ville ha vært praktisk umulig å overholde, og risikoen for søksmål fra et stort antall rettighetshavere ville sette søkemotorers drift i fare.¹⁸⁴ Kunnskapspresumsjonen og den tilhørende aktsomhetsnormen var dermed i strid med formålet om å tilrettelegge for informasjonssamfunnets utvikling.¹⁸⁵ For å holdes ansvarlig måtte opphaveren bevise at søkemotoren visste eller burde ha visst om fraværet av autorisasjon.¹⁸⁶

Det var tilsynelatende den automatiske prosessen som begrunnet at kunnskapspresumsjonen og den tilhørende aktsomhetsnormen ville vært for streng. Det kan dermed tenkes at standpunktet kan gjøres gjeldende for automatisk genererte lenker som helhet. Interessant nok ble resultatet ansett som tilstrekkelig klart for å ikke sende saken til EU-domstolen for forhåndsavgjørelse. Avgjørelsen har ingen selvstendig rettskildemessig verdi i EU, men har stor autorativ vekt i Tyskland. Som en viktig nasjon i EU-samarbeidet kan det være andre medlemsland vil følge tilvarende linje.

Resultatet må imidlertid sees i lys av Tysklands tidligere rettspraksis tilknyttet den opphavsrettslige relevansen av minibilder. I to andre avgjørelser har føderaldomstolen uttrykt en liberal holdning til bruken av minibilder, uavhengig av GS Media.¹⁸⁷ Avgjørelsen «Thumbnails III» er i stor grad innrettet på å ivareta søkemotorens funksjon.¹⁸⁸ Det kan dermed virke som om avgjørelsen ble basert på det faktum at saken gjaldt søkemotorer og thumbnails spesifikt, og ikke nødvendigvis ut fra et standpunkt om at kunnskapspresumsjonen fra GS Media kan fravikes for automatisk genererte lenker.

¹⁸² Ibid. avsnitt 61

¹⁸³ Ibid. avsnitt 61

¹⁸⁴ Ibid. avsnitt 62

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Ibid. avsnitt 63

¹⁸⁷ BGH, 29.04.2010, I ZR 69/08 («Vorschaubilder I»), og BGH, 19.11.2011, I ZR 140/10 («Vorschaubilder II»)

¹⁸⁸ BGH, 21.09.2017, I ZR 11/16 («Vorschaubilder III»), avsnitt 61-62

7.4 Rettskildemessig grunnlag for å fravike kunnskapspresumsjonen

EU-domstolen har ikke eksplisitt tatt stilling til om kunnskapspresumsjonen fra GS Media gjelder for automatisk genererte lenker. Avgjørelsene har omhandlet manuelle lenker, men domstolen har hele tiden uttalt seg om lenking på generelt grunnlag. Det krever ytterligere holdepunkter for å innfortolke et slikt skille i domstolens premisser.

Undersøkelsesplikten er basert på hensynet til opphaveren i en situasjon hvor verket klart benyttes i strid med opphaverens samtykke. For automatisk genererte lenker kan det være vanskelig for opphaveren å bevise at kunnskapskravet er oppfylt, da forbindelsen mellom det spesifikke verket og selskapets handlinger er fjern. Poenget illustreres i den tyske Thumbnail III-avgjørelsen, hvor opphaverne ikke kunne bevise at kunnskapskravet var oppfylt som følge av den automatiserte prosessen.¹⁸⁹ Standpunktet er en relativt stor overgang fra det GS Media i utgangspunktet legger til grunn for lenker publisert med vinnings hensikt.¹⁹⁰ Det er dermed tvilsomt om opphavernes interesser vil ivaretas i tilstrekkelig grad.

Dersom kunnskapspresumsjonen kun gjelder for manuelle lenker, kan det oppstå en situasjon hvor det lønner seg å implementere automatiske systemer for lenking. Lenkene publisert av nyhetssiden i GS Media kunne like gjerne ha blitt publisert ved hjelp av algoritmer. Skillet er i seg selv dårlig egnet til å si noe om det klanderverdige ved lenkerens handlinger. Det er lite ønskelig med en rettslig situasjon som gjør det enklere for personer i ond tro å skjule seg bak algoritmer. Hensynene som taler mot at kunnskapspresumsjonen burde gjelde for *søkemotorer*, gjelder dermed ikke nødvendigvis enhver bruk av automatiske lenker.

Hensynet til opphaveren tilsier også at graden av beskyttelse ikke avhenger av teknisk gjennomføringsmåte dersom disse resulterer i tilsvarende krenkende handling. For det første fjernes fokuset fra virkningen den aktuelle handlingen har for opphaveren. For det andre kan det åpne for vanskelige retts tekniske vurderinger. Standpunktet underbygges av hvor raskt utviklingen av teknologien på internett foregår. Konsekvensen kan bli vilkårlige avgjørelser, noe som er lite ønskelig ut fra rettssikkerhets- og forutberegnelighetshensyn innenfor opphavsrettsområdet i Europa.

¹⁸⁹ Ibid. avsnitt 66

¹⁹⁰ Se punkt 6.2.2.

I tillegg til å motbevise kunnskapspresumsjonen kan lenkeren inngå lisensavtaler med opphaverne. Normalt vil det være mulig å handle i tråd med gjeldende rett. Standpunktet gjelder særlig i den grad GS Media kan tolkes som en fleksibel aktsomhetsnorm.¹⁹¹ På generelt grunnlag er det vanskelig å argumentere for at kunnskapspresumsjonen vil gripe inn i retten til å drive virksomhet, og informasjons- og ytringsfriheten, mer enn for manuelle lenker. I lys av dette fremstår behovet for å fravike den normative teksten fra EU-domstolens rettspraksis som liten.

Samlet sett foreligger det ikke tilstrekkelig med rettskildemessige holdepunkter for å fravike kunnskapspresumsjonen for automatisk genererte lenker. Standpunktet kan ikke utledes fra EU-domstolens rettspraksis, og er dessuten dårlig egnet til å balansere hensynet til opphaveren på den ene siden, og ytrings- og informasjonsfrihet og retten til å drive virksomhet på den andre. Hvilke krav som stilles til søkemotorer ved lekning til ulovlig publiserte verk, må dermed vurderes innenfor rammen av den fleksible aktsomhetsnormen fra GS Media.

¹⁹¹ Se punkt 6.2.3.

8 Betydningen av E-Commerce-direktivet for søkemotorers aktsomhet

8.1 Forholdet mellom E-Commerce-direktivet og Infosoc-direktivet

E-Commerce-direktivets artikkel 12-14 gir regler om ansvarsfritak for internett-tjenester som regnes som en «information society service» (på norsk «tjenestetilbyder»¹⁹²). Begrepet er autonomt, og definert som «any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services»¹⁹³. Ordlyden omfatter de fleste mellomaktører på internett, inkludert søkemotorer. E-Commerce-direktivet var tidligere det eneste direktivet som harmoniserte mellomaktørers ansvar. Som følge av EU-domstolens avgjørelser i *GS Media*, *Svensson* og *Ziggo*, har imidlertid mellomaktørers ansvar i praksis blitt harmonisert etter Infosoc-direktivet.¹⁹⁴

For spørsmålet om søkemotorers opphavsrettslige ansvar for lenking, er artikkel 14 mest relevant. Bestemmelsen gjelder «hosting», som er en tjenestetilbyder bestående av «storage of information provided by a recipient» av tjenesten (også kalt en hosting-plattform). Det typiske eksempelet er YouTube, hvor brukerne selv kan laste opp materiale på plattformen. Anvendelsen av ansvarsfritaket forutsetter at tjenestetilbyderen ikke har «actual knowledge» om, eller er «aware of the facts or circumstances» rundt, den ulovlige aktiviteten. For å ta stilling til om ansvarsfritaket gjelder, må det avgjøres om tjenestetilbyderens rolle er «neutral, in the sense that its conduct is merely technical, automatic and passive, pointing to a lack of knowledge or control of the data which it stores»¹⁹⁵. Aktsomhetsnormen som gjelder for hosting-plattformer er en «notice and take down»-prosedyre.¹⁹⁶

Ved å oppstille kunnskapskravet i *GS Media* har EU-domstolen beveget seg mot å sammenblande vurderingselementene for opphavsrettslig ansvar og ansvarsfritak for

¹⁹² Se direktiv 2000/31/EC (*E-Commerce*)

¹⁹³ Ibid. fortalens avsnitt 17

¹⁹⁴ Se punkt 3.2.2.-3.2.3.

¹⁹⁵ Sak C-236-238/08 (*Google Adwords*), avsnitt 114

¹⁹⁶ Se direktiv 2000/31/EC (*E-Commerce*), artikkel 14 (b)

tjenestetilbydere.¹⁹⁷ En ulikhet er at bevisbyrden etter E-Commerce-direktivets art. 14 ligger hos tjenestetilbyderen. Etter Infosoc-direktivets artikkel 3 er det rettighetshaveren som må bevise skyld hos den saksøkte. For lenker publisert med vinnings hensikt snur imidlertid kunnskapspresumsjonen fra GS Media bevisbyrden til fordel for opphaveren. Både artikkel 14 og GS Media legger dermed opp til at lenkeren må bevise at de manglet kunnskap om krenkelsen.¹⁹⁸

Den tilsynelatende sammenblandingen av vurderingselementene reiser spørsmål om hvilken aktsomhetsnorm som gjelder for tjenestetilbydere som publiserer lenker med vinnings hensikt.¹⁹⁹ Det klare utgangspunktet er at Infosoc-direktivet artikkel 3 og E-Commerce-direktivet artikkel 14 gir uttrykk for to ulike regelsett som må vurderes uavhengig av hverandre. For tjenestetilbydere som faller innenfor artikkel 14 gjelder dermed «notice and take down»-prosedyren.²⁰⁰ Rettssituasjonen blir imidlertid mer komplisert der det er uklart om en tjenestetilbyder som genererer lenker er omfattet av artikkel 14. Begrunnelsen er at det ikke er åpenbart at aktsomhetsnormen i artikkel 14 og GS Media tilsvare hverandre.

8.2 Søkemotorer og E-Commerce-direktivet artikkel 14

Det har lenge vært omdiskutert om søkemotorer omfattes av artikkel 14.²⁰¹ Ordlyden av «storage of information provided by a recipient» tilsier at nettsidens innhold hovedsakelig er bestemt av dens brukere. Søkemotorer genererer imidlertid lenker basert på informasjonen i indeksen, samlet inn og lagret av selskapet selv. Det er ikke en plattform i tradisjonell forstand, og ordlyden fremstår ikke som helt passende.

I Google AdWords-saken tok domstolen stilling til om den spesifikke tjenesten Google AdWords (i dag Google Ads) var omfattet av artikkel 14.²⁰² Tjenesten lar Google tilby økt eksponering til annonselenker i søkeresultatene gjennom avtaler med kommersielle aktører.

¹⁹⁷ For en nærmere sammenlikning av kunnskapskravene se Ginsburg & Budiardjo, «Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content», 173-177

¹⁹⁸ Se nærmere om likheten i Ginsburg & Budiardjo, «Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content», 173-177

¹⁹⁹ Se Quintais, «Untangling the hyperlinking web», 28

²⁰⁰ Se Savola, «EU Copyright Liability for Internet Linking», 150

²⁰¹ Se Rognstad & Bing, «Søkemotorer på Internett i opphavsrettslig belysning», 370, og Ginsburg & Budiardjo, «Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content», 172-173

²⁰² Sak C-236-238/08 (*Google Adwords*)

Konklusjonen ble at AdWords i utgangspunktet omfattes av artikkel 14. Det var opp til medlemsstatene å foreta den nærmere kunnskapsvurderingen. Flere har tatt saken til inntekt for at EU-domstolen anser Googles søkemotor som omfattet av artikkel 14.²⁰³ Det er imidlertid ingen samstemt oppfatning om dette, da det er visse vesensforskjeller mellom Google Ads og vanlige søketjenester.²⁰⁴

Uavhengig av om Google søkemotor kan anses som en hosting-plattform eller ikke, kan det argumenteres for at søkemotorens rolle er «merely technical, automatic and passive».²⁰⁵ E-Commerce-direktivet uttrykker at «notice and take down»-prosedyren anses som en passende aktsomhetsnorm for slike mellomaktører. Det kan dermed stilles spørsmål ved om søkemotorers rolle som mellomaktør, tilsier at «notice and take down»-prosedyren må legges til grunn som aktsomhetsnorm.

8.3 Rettskildemessig grunnlag for å samsvare søkemotorers aktsomhetsplikt med E-Commerce-direktivets artikkel 14

8.3.1 Harmonisering av søkemotorers opphavsrettslige ansvar

En fordel med å anvende tilsvarende aktsomhetsnorm som etter E-Commerce-direktivets artikkel 14, er at det ville bidra til å harmonisere hvordan søkemotorer er behandlet i opphavsrettslig forstand innad i EU. Søkemotorers ansvar for krenkelser begått av internettbrukere har tradisjonelt sett vært lite harmonisert på tvers av medlemsstater.²⁰⁶ Noen medlemsstater har operert med egne ansvarsfritak for søkemotorer.²⁰⁷ Også i medlemsstatene uten ansvarsfritak, har det imidlertid vært relativt stor enighet om at søkemotorer er verneverdige i et ansvarsperspektiv.²⁰⁸ Ansaret har ofte blitt vurdert etter en «notice and take down»-prosedyre.²⁰⁹ I mangel på rettskilder som eksplisitt regulerer søkemotorers ansvar, kan det hevdes at den rimeligste løsningen vil være å legge til grunn aktsomhetsnormen som anses

²⁰³ Se Quintais, «Untangling the hyperlinking web», 29, og rettspraksis fra Tyskland i BGH, 29.04.2010, I ZR 69/08 («*Vorschaubilder I*»), avsnitt 39

²⁰⁴ Se Ginsburg & Budiardjo, «Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content», 173

²⁰⁵ Sak C-236-238/08 (*Google Adwords*), avsnitt 114

²⁰⁶ Se Verbiest & Spindler & Riccio, «Study on the Liability of Internet Intermediaries», 86

²⁰⁷ *Ibid.* 88

²⁰⁸ *Ibid.* 88-93

²⁰⁹ *Ibid.* 88-91

som *status quo* for mellomaktører.²¹⁰ Løsningen ville vært retts teknisk enkel og bidratt til forutberegnelighet for analysen av søkemotorens opphavsrettslige ansvar.

For tjenesteytere som omfattes av artikkel 14, forbyr E-Commerce-direktivets artikkel 15 medlemsstatene å pålegge «a general obligation [...] to monitor» informasjonen de håndterer.²¹¹ Det har blitt diskutert om aktsomhetsnormen fra GS Media er i strid med forbudet i artikkel 15, da den kan tolkes som å oppstille en generell undersøkelsesplikt.²¹² «Notice and take down»-prosedyren fra artikkel 14 oppstiller kun krav til tjenestetilbyderens handlinger *ex post*. Dersom søkemotorens ansvar behandles i tråd med E-Commerce-direktivets artikkel 14, ville forholdet til artikkel 15 vært uproblematisk. Rettssystematiske betraktninger taler dermed for at aktsomhetsnormen fra E-Commerce-direktivets artikkel 14 burde legges til grunn innenfor rammen av GS Media. Det er imidlertid tvilsomt om dette vil gi en god løsning ut fra hensynet til opphaverne, noe som vil drøftes i det følgende.

8.3.2 Kritikk av E-Commerce-direktivet

Ansvarsfritakene har spilt en viktig rolle for tjenestetilbyderes frihet til å utføre essensielle oppgaver til informasjonssamfunnets fordel. I senere tid har imidlertid artikkel 14 vært gjenstand for kritikk på opphavsrettens område.²¹³ Problemet med «notice and take down»-prosedyren er at ansvaret for å unngå krenkelses tillegges opphaveren alene. På notifikasjonstidspunktet kan verket ha ligget tilgjengelig for misbruk over lang tid. Etterfølgende fjerning kan ha liten betydning for det tapet opphaveren allerede har lidt. Fra opphaverens synsvinkel er det problematisk at tech-giganter som YouTube og Facebook har kunnet vokse seg store, uten å kompensere for den omfattende bruken av åndsverk plattformene legger til rette for. Dette kan svekke opphaverens insentiv til å overføre verk til internett, noe som er lite ønskelig ut fra det samfunnsmessige behovet for kulturell produksjon og distribusjon av åndsverk.

²¹⁰ Se f.eks. Quintas ta til orde for en slik løsning i «Untangling the hyperlinking web», 29. Løsningen ville også harmonisert med den tyske tilnærmingen i «Thumbnails III»-avgjørelsen, se punkt 7.3.

²¹¹ Direktiv 2000/31/EC (*E-Commerce*), artikkel 15

²¹² Se Quintais, «Untangling the hyperlinking web», 23-24

²¹³ Christina Angelopoulos, «On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market», *Greens/EFA Group in the European Parliament* (2017): 2-3, avlest 15.05.2021 på: <https://ssrn.com/abstract=2947800>

Et av formålene med det nyere DSM-direktivet var å tilrettelegge for en mer hensiktsmessig verdifordeling mellom opphavere og plattformer.²¹⁴ Ansvarsfritaket i E-Commerce-direktivets artikkel 14 gjelder ikke for «online content-sharing service provider[s]» som omfattes av DSM-direktivets artikkel 17. Ordlyden inkluderer plattformer som YouTube og Facebook. Ifølge direktivet gjennomfører plattformene automatisk en «act of communication to the public» dersom de gir tilgang til åndsverk opplastet av sine brukere.²¹⁵ Utgangspunktet er at plattformene må inngå lisensavtaler med opphaverne for slik bruk.²¹⁶ Utenom lisenstilfellene gjelder det en «notice and take down»-prosedyre, bare utvidet til å omfatte forhindring av fremtidige krenkelser.²¹⁷ I motsetning til E-Commerce-direktivets artikkel 14, knytter DSM-direktivet dermed krav til plattformenes handlinger *ex ante*.

DSM-direktivet har i likhet med GS Media-avgjørelsen blitt kritisert for å oppstille for strenge krav til mellomaktører.²¹⁸ Kritikken nyanseres imidlertid av utviklingen mot å tilrettelegge for kollektive ordninger for forvaltning av opphavsrett.²¹⁹ Slike ordninger gjør det enklere for mellomaktører å inngå avtaler med et stort antall opphavere, og utgjør et rimelig kompromiss mellom opphavernes og brukernes interesser.²²⁰ Det kan dermed hevdes at en strengere aktsomhetsnorm enn «notice and take down»-prosedyren er ønskelig, dersom den presser mellomaktører til å inngå lisensavtaler.

Søkemotorer er ikke omfattet av DSM-direktivets artikkel 17. Direktivet illustrerer likevel en utvikling mot å nyansere mellomaktørers ansvar der de tilrettelegger for ustrakt bruk av åndsverk. Googles søkemotor gir tilgang til verk ved å generere lenker. Fra et opphavsrettsperspektiv er særlig bruken av de innebygde lenkene i «Google Bilder» problematisk.²²¹ Biledesøkefunksjonen minner om en plattform i den forstand at bildene er opplastet av internettets brukere. På samme måte som YouTube, tjener Google på vise åndsverk på sin nettside. Målsetningen om å oppnå en bedre fordeling av ressurser mellom opphavere og

²¹⁴ Se direktiv 2019/790 (DSM), fortalens avsnitt 61

²¹⁵ Ibid. artikkel 17 1.

²¹⁶ Ibid. artikkel 17 1. (2)

²¹⁷ Ibid. artikkel 17 4. (c)

²¹⁸ Se f.eks. Senftleben, Martin, «Bermuda Triangle – Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market», *SSRN Electronic Journal* (2019): 3, avlest 04.04.2021 på <https://ssrn.com/abstract=3367219>

²¹⁹ Se direktiv 2019/790 (DSM), artikkel 12

²²⁰ Se mer om kollektive ordninger i Rognstad, *Opphavsrett*, 368, og Leistner, «Copyright Law on the Internet in Need of Reform», 17-18

²²¹ Se punkt 6.1.3.1.

plattformer, taler dermed mot å anvende «notice and take down»-prosedyren for søkemotorers bruk av innebygde lenker.

Selv om en aktsomhetsnorm basert på systemet i E-Commerce-direktivets artikkel 14 ville gitt en retts teknisk god løsning, er det tvilsomt om løsningen ivaretar opphavernes interesser i tilstrekkelig grad. Dette illustreres særlig av kritikken mot E-Commerce-direktivet på opphavsrettens område, og nyanseringen av mellomaktørers ansvar i DSM-direktivet. EU-domstolen har heller ikke konkludert med at søkemotorer er omfattet av E-Commerce-direktivets artikkel 14. Det er dermed usikkert, *de lege lata*, om aktsomhetsnormen fra E-Commerce-direktivets artikkel 14 kan legges til grunn for søkemotorer innenfor den fleksible aktsomhetsnormen fra GS Media.

9 En konkret vurdering av søkemotorers aktsomhet ved lenking til ulovlig publiserte verk

9.1 Generelt

Gjennomgangen så langt har illustrert hvordan søkemotorer har en verneverdig rolle som en viktig mellomaktør på internett. Samtidig kan visse aspekter ved søkemotorer anses som problematiske i et opphavsrettsperspektiv, slik som bruken av innebygde lenker i Googles bildesøkeresultater. I det følgende vil det drøftes om aktsomhetsnormen kan tilpasses de ulike lenkene søkemotoren genererer.

Ifølge GS Media er utgangspunktet for aktsomhetsvurderingen innholdet av begrepet «necessary checks».²²² Hva som er *nødvendig* må vurderes konkret ut fra lenkerens mulighet til å undersøke verkets autorisasjon, eller på andre måter forhindre krenkelsen. I kontrast til hvordan «new public»-vilkåret tolkes ved lenking til lovlig publiserte verk,²²³ er det relevant å gå nærmere inn på subjektive forhold hos lenkeren. Skillet mellom ulike typer lenker *kan* dermed ha betydning for søkemotorers aktsomhet.²²⁴

9.2 Betydningen av skillet mellom ulike typer lenker for søkemotorers aktsomhet

Søkemotorers kjernefunksjon er å generere klikkbare lenker som veileder brukeren til ønsket informasjon. For denne funksjonen vil en *ex ante*-forpliktelse til å undersøke det lenkede verkets autorisasjon, være praktisk umulig å gjennomføre. Mangelen på lovlige alternativer gjør at en slik aktsomhetsplikt truer søkemotorers eksistens slik vi kjenner dem i dag. Av hensyn til informasjons- og ytringsfriheten og retten til å drive virksomhet, må dermed innholdet av aktsomhetsplikten knytte seg til selskapets handlinger *ex post*. For å sikre sammenheng i regelverket må det legges til grunn en «notice and take down»-prosedyre tilsvarende som etter

²²² Sak C-160/15 (*GS Media*), avsnitt 51

²²³ Se punkt 6.1.2.

²²⁴ Se Leistner ta til orde for en slik løsning i «Copyright Law on the Internet in Need of Reform», 5-6

E-Commerce-direktivet og hvordan søkemotorer tradisjonelt har blitt behandlet av EU-medlemsstater.²²⁵

Retten til å drive virksomhet og hensynet til informasjons- og ytringsfriheten, veier ikke like tungt for bruken av innebygde lenker.²²⁶ Google ble riktignok kritisert av brukerne da de fjernet funksjonen som gjorde det mulig å åpne bilder i fullversjon i en av selskapets egne nettsider.²²⁷ Det er imidlertid lite som tilsier at selskapet ville lidt truende tap ved å opphøre eller modifisere bruken av innebygde lenker. Kritikken illustrerer heller hvordan det foreligger en generell oppfatning om at tilgang til verk kan oppnås hos Google, uavhengig av kildesiden. For at Google Bilder ikke skal anses som en «frisone» for bruk av verk, kreves det økt bevissthet blant brukerne om verkenes opprinnelige tilhørighet. Bruken av innebygde lenker gjør det vanskeligere å oppnå slik bevissthet. Økt trafikk mellom ulike nettsider kan også legge opp til mer spredning av informasjon, noe som er ønskelig ut fra hensynet til informasjons- og ytringsfriheten. En forpliktelse til å undersøke verkenes autorisasjon fremstår dersom som rimelig, selv om det i praksis kan innebære at de innebygde lenkene må fjernes fra søkeresultatet.

Alternativt kan Google inngå lisensavtaler med opphaverne. Slik avtaleinngåelse vil være enklere enn for de klikkbare lenkene, da de innebygde lenkene gjelder en bestemt type verk; bilder. Det vil dermed være enklere å finne frem til de aktuelle opphaverne. Slik kan aktsomhetsplikten fungere som et insentiv til å inngå lisensavtaler, uten at det vil føre til motstrid med retten til å drive virksomhet og hensynet til informasjons- og ytringsfriheten.

9.2.1 Kort om «thumbnails» og «snippets»

To tilgrensede områder til lenkeproblematikken er den opphavsrettslige relevansen av «thumbnails» og «snippets». Thumbnails er gjengivelser av bilder i liten versjon, og snippets er små tekstutdrag fra en lengre tekst. Google benytter thumbnails og snippets i søkeresultatene for å gi et inntrykk av hva den lenkede nettsiden inneholder. Snippets kan være omfattet av

²²⁵ Se punkt 8.3.1.

²²⁶ Se punkt 6.1.3.1.

²²⁷ Se Ginsburg, & Budiardjo, «Embedding Content or Interring Copyright», 436-437

opphaverens enerett dersom utdraget er langt nok.²²⁸ For thumbnails har det vært stor grad av enighet om at bildene utgjør en eksemplarframstilling omfattet av opphaverens enerett.²²⁹

Det rettslige grunnlaget for Googles bruk av thumbnails måtte tidligere hjemles i de ulike unntakene fra eneretten, blant annet sitatretten.²³⁰ Rettspraksis fra medlemsstatene omkring dette var sprikende.²³¹ Tyskland har hele tiden vært liberalt innrettet mot Googles bruk av thumbnails.²³² Tilnærmingen samsvarer med den rettslige situasjonen i USA, hvor Googles bruk av thumbnails har blitt ansett som lovlig under «fair use»-doktrinen.²³³ Andre medlemsstater har vært mer restriktive. Frankrike fremmet f.eks. et lovforslag i 2016 om at Google Bilder må betale for bruken av thumbnails.²³⁴ Bakgrunnen for at loven ikke ble vedtatt var usikkerhet tilknyttet om det var i overensstemmelse med EU-rett.²³⁵ Da DSM-direktivet i økt grad anerkjenner kollektive ordninger, kan det imidlertid tenkes at lovforslaget tas opp igjen.²³⁶

I senere tid har bruken av thumbnails og snippets i Google Nyheter vært gjenstand for kritikk.²³⁷ Nyhetssøkeresultatene viser en samling av nyheter, inkludert snippets og thumbnails, uten å kompensere eierne for bruken. Her vil DSM-direktivet innebære en innskrenkning i Googles adgang til å gjengi nyheter. Artikkel 15 gir utgivere av pressepublikasjoner enerett til tjenestetilbyderes bruk av deres verk på internett. Ifølge tredje og fjerde ledd avgrenses eneretten for bruk av hyperlenker og «very short» snippets. Bestemmelsen innebærer i praksis at Google må inngå lisensavtaler med nyhetsutgivere for bruk av thumbnails og lengre

²²⁸ Se sak Sak C-5/08 (*Infopac I*), avsnitt 47 og 48, hvor et utdrag på 12 ord var tilstrekkelig for å regnes som en eksemplarframstilling av verket

²²⁹ Se Rognstad & Bing, «Søkemotorer på Internett i opphavsrettslig belysning», 358

²³⁰ Ibid.

²³¹ Ibid. 358-360

²³² Se de tidligere siterte «Thumbnails»-avgjørelsene i punkt 7.3.

²³³ Se *Perfect 10 v. Amazon*, 508 F.3d 1146, 1159 (9th Cir. 2007)

²³⁴ Se Kluwer Copyright Blog, «New French Act: Google Images will have to pay royalties», avlest 28.03.2021. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/10/17/new-french-act-google-images-will-pay-royalties/>

²³⁵ Se Pierre Sirinelli & Sarah Dormont, «Services automatisés de référencement d'images, Rapport et proposition de modification législative», *Conseil Supérieur De La Propriété Littéraire Et Artistique* (2019): 7, avlest 15.04.2021 på <https://www.usopav.org/documents/docutheque/1-Rapportservicesautomatiseesrefimages.pdf>

²³⁶ Ibid. 7-8

²³⁷ The Wall Street Journal, «Facebook, Google and Publishers Are Fighting Over News. What You Need to Know.», avlest 09.05.2021, <https://www.wsj.com/articles/google-facebook-and-the-contest-over-paying-for-news-11614107023>

tekstutdrag, og kan sees som et eksempel på at opphavsretten fikk prioritet over ytringsfriheten.²³⁸

Reguleringen av thumbnails og snippets i DSM-direktivets artikkel 15, illustrerer en utvikling mot å vektlegge hvordan Googles søkeresultater berører eneretten. For søkemotorer er det en nær forbindelse mellom thumbnails og innebygde lenker. En innskrenkning i adgangen til å benytte thumbnails, vil ha lite funksjon dersom de kan erstattes med innebygde lenker. For å oppnå sammenheng i regelverket burde dermed søkemotorer underlegges en strengere plikt til å unngå krenkelser ved bruk av innebygde lenker, enn klikkbare lenker.

9.2.2 Rettskildemessig grunnlag for en aktsomhetsplikt tilpasset lenkens karakter

Gjennomgangen ovenfor illustrerer hvordan Googles mulighet til å unngå opphavsrettskrenkelser som følge av lenking, varierer avhengig av om det gjelder klikkbare lenker eller innebygde lenker. Lenkene berører også opphaverens og brukernes interesser på ulik måte. Ved å skille mellom de ulike lenkene søkermotoren genererer, kan aktsomhetsnormen tilpasses på en måte som gir en hensiktsmessig balansering av rettighetene til opphaveren, allmennheten og søkermotoren.

Et motargument er at skillet mellom ulike lenker «snikes inn bakdøra».²³⁹ Løsningen innebærer også en fragmentert regulering av søkemotorers ansvar, noe som kan hevdes å være lite ønskelig for rettssikkerhet og forutberegnelighet i informasjonssamfunnet. Samtidig har det vært en utvikling mot å skille mellom de ulike delene av søkeresultatene ut fra hvordan de berører eneretten, illustrert ved reguleringen av thumbnails og snippets i DSM-direktivet. Tilnærmingen gjør at tech-giganter som Google presses til å endre virksomheten på en måte som bedre ivaretar opphaverens interesser, eventuelt gjennom å inngå flere lisensavtaler. Slik kan intensjonen om å tilrettelegge for en bedre fordeling av ressursene mellom opphavere og mellomaktører, ivaretas.²⁴⁰ Samlet sett syntes det å være rettskildemessig grunnlag for å oppstille en ulik aktsomhetsnorm for de klikkbare og de innebygde lenkene innenfor den fleksible aktsomhetsnormen fra GS Media-saken.

²³⁸ Google har allerede begynt å inngå lisensavtaler med Franske nyhetsutgivere, se Voa News, «Google Seals Content Payment Deal with French News Publishers», avlest 09.05.2021, <https://www.voanews.com/silicon-valley-technology/google-seals-content-payment-deal-french-news-publishers>

²³⁹ Sml. gjennomgangen i punkt 6.1.3.2.

²⁴⁰ Se punkt 8.3.2.

10 Konklusjon

Oppgaven har drøftet i hvilken grad søkemotorer kan holdes opphavsrettslig ansvarlig for lenking, ut fra en tolkning av EU-domstolens rettspraksis. For å holdes ansvarlig må lenkingen utgjøre en «communication to the public» av åndsverk etter Infosoc-direktivets artikkel 3. Søkemotorer foretar en «act of communication» til en «public» ved lenking til åndsverk. Det følger imidlertid av Svensson-saken at kravet om «new public» også må være oppfylt.

For lenking til verk publisert på internett *med* samtykke, følger det av EU-domstolens rettspraksis at «new public»-vilkåret er oppfylt dersom lenken omgår tilgangsbegrensninger eller tekniske beskyttelsessperrer mot lenking. Et omdiskutert spørsmål er om skillet mellom ulike typer lenker også har betydning for «new public»-vilkåret. Det foreligger imidlertid ikke tilstrekkelig med rettskildemessige holdepunkter for en slik løsning. Ut fra en tolkning av EU-domstolens rettspraksis kan dermed søkemotorer, slik de er utformet i dag, ikke holdes opphavsrettslig ansvarlig for lenking til lovlig publiserte åndsverk.

For lenking til verk publisert på internett *uten* samtykke, supplerte EU-domstolen «new public»-læren med et kunnskapskrav i GS Media-avgjørelsen. Da søkemotorer genererer lenker med vinnings hensikt gjelder det videre en kunnskapspresumsjon. Oppgaven problematiserer om kunnskapspresumsjonen kan fravikes for automatisk genererte lenker. Det rettskildemessige grunnlaget for å skille mellom manuelt og automatisk genererte lenker er imidlertid svært tvilsomt. Derimot foreligger det grunnlag for å tolke kunnskapskravet som en fleksibel aktsomhetsnorm. Ut fra en tolkning av EU-domstolens rettspraksis avhenger dermed søkemotorers opphavsrettslige ansvar for lenking til ulovlige publiserte verk, av om aktsomhetsnormen fra GS Media overholdes.

Det nærmere innholdet av aktsomhetsnormen for søkemotorer er uklart, *de lege lata*. Oppgaven drøfter om E-Commerce-direktivet og skillet mellom ulike typer lenker, kan ha betydning for aktsomhetsvurderingen. Søkemotorers stilling som mellomaktør taler for at «notice and take down»-prosedyren fra E-Commerce-direktivets artikkel 14 burde legges til grunn. Det er imidlertid usikkert om søkemotorer omfattes av bestemmelsen, og om aktsomhetsnormen i tilstrekkelig grad ivaretar opphaverens interesser. Den beste balanseringen av opphaverens, eieren av søkemotorens og nettbrukernes interesser, kan oppnås ved å tilpasse aktsomhetsnormen til de ulike lenkene søkemotoren genererer. Det syntes dermed å være rettskildemessig grunnlag for å legge til grunn en «notice and take down»-prosedyre for de

klikkbare lenkene, men å oppstille strengere krav til søkemotorers handlinger *ex ante* for *innebygde lenker*. Slik kan rettstilstanden bidra til å oppnå en bedre fordeling av ressursene mellom opphavere og mellomaktører på internett – en intensjon som blant annet fremkommer av det nyere DSM-direktivet.

Lenkeproblematikken illustrerer hvordan digitaliseringen har komplisert reguleringen av opphavsrettslig ansvar etter Infosoc-direktivet. For å oppnå forutberegnelighet i informasjonssamfunnet foreligger det et behov for avklaring fra EU-hold. Begrepet «new public» burde redefineres slik at de rettslige vurderingsmomentene fremgår klarere. Usikkerheten rundt lenking kan skyldes at det er uklart *hvorfor* lenking burde eller ikke burde omfattes av eneretten. Innholdet av kunnskapskravet og kunnskapspresumsjonen fra GS Media burde også klargjøres, slik at kommersielle aktører kan innrette seg på en måte som ivaretar informasjonssamfunnets behov for lenking og opphaverens behov for beskyttelse.

Økt forutberegnelig er særlig ønskelig for vurderingen av søkemotorers opphavsrettslige ansvar for lenking. Begrunnelsen er at det store antallet lenker søkemotorer genererer, spiller en viktig rolle for informasjonssamfunnet som helhet. En avklaring fra EU-domstolen når det gjelder spørsmålet om søkemotorer omfattes av E-Commerce-direktivets artikkel 14, ville dermed hatt stor betydning. Det kan hevdes at den beste løsningen, *de lege ferenda*, er å regulere søkemotorers opphavsrettslige ansvar for lenking særskilt. En mulighet er å innføre et unntak fra eneretten for lenker generert av søkemotorer, supplert med en forpliktelse til å betale et rimelig vederlag. Slik ville den opphavsrettslige relevansen av søkemotorers lenking avklares og harmoniseres på EU-nivå. Samtidig ville et vederlagssystem sørge for at opphaverne kompenseres for hvordan lenkene berører eneretten. Før retts situasjonen avklares er det imidlertid opp til medlemsstatene å sørge for rimelige løsninger innenfor den fleksible aktsomhetsnormen fra GS Media.

Litteraturliste

Bøker

Fredriksen, Halvard Haukeland & Mathisen, Gjermund. *EØS-rett*. Oslo: Vigmostad & Bjørke AS, 2018

Rognstad, Ole-Andreas. *Opphavsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019

Artikler

Angelopoulos, Christina. «On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market». *Greens/EFA Group in the European Parliament* (2017). Avlest 15.05.2021 på: <https://ssrn.com/abstract=2947800>

Gasser, Urs & Girsberger, Michael. «Transposing the Copyright Directive: Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States – a Genie Stuck in the Bottle?». *Berkman Publication Series* 2004-10 (2004). Avlest 15.05.2021 på:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=628007

Ginsburg, Jane C & Budiardjo, Luke A. «Embedding Content or Interring Copyright: Does the Internet Need the "Server Rule"?». *Columbia Journal of Law & The Arts* 42 (2019).

Avlest 15.05.2021 på:

https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2322/?utm_source=scholarship.law.columbia.edu%2Ffaculty_scholarship%2F2322&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

Ginsburg, Jane C & Budiardjo, Luke A. «Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives». *Columbia Journal of Law & The Arts* 41 (2018). Avlest 16.04.2021 på:

https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2063

Hoboken, Joris van & Quintais, João P & Poort, Joost & Eijk, Nico van. «Hosting Intermediary Services and Illegal Content Online: An analysis of the scope of article 14 ECD in light of developments in the online service landscape». *Publications Office of the European Union* (2019). Avlest 14.05.2021 på: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7779caca-2537-11e9-8d04-01aa75ed71a1/language-en>

Karapapa, Stavroula. «The requirement for a “new public” in EU copyright law». *European Law Review* (1) (2017). Avlest 15.05.2021 på: <https://ssrn.com/abstract=3047062>

Leistner, Matthias. «Copyright Law on the Internet in Need of Reform: Hyperlinks, Online Platforms and Aggregators». *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2017). Avlest 03.04.2021 på: <https://ssrn.com/abstract=3245950>

Nordemann, Jan Bernd. «Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?». *Policy Department A – Economic and Scientific Policy* (2018). Avlest 21.05.2021 på: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA\(2017\)614207_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA(2017)614207_EN.pdf)

Perse, Karine. «The Economic and Social Role of Internet Intermediaries». *OECD Digital Economy Papers* (2010). Avlest 10.05.2021 på: <https://www.oecd.org/digital/ieconomy/44949023.pdf>

Quintais, João P. «Untangling the hyperlinking web: In search of the online right of communication to the public». *Journal of World Intellectual Property* (2018). Avlest 14.05.2021 på: <https://ssrn.com/abstract=3199733>

Rognstad, Ole-Andreas & Bing, Jon. «Søkemotorer på Internett i opphavsrettslig belysning». *Nordisk Immateriellt Rättsskydd* 4 (2012).

Rosati, Eleonora. «GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture». *Common Market Law Review* 54(4) (2017). Avlest 16.04.2021 på: <https://ssrn.com/abstract=2943040>

Savola, Pekka. «EU Copyright Liability for Internet Linking». *JIPITEC* 8 (2017). Avlest 28.05.2021 på: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-2-2017/4563/JIPITEC-8-2-2017-139-Savola>

Senftleben, Martin. «Bermuda Triangle – Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market». *SSRN Electronic Journal* (2019). Avlest 04.04.2021 på: <https://ssrn.com/abstract=3367219>

Sirinelli, Pierre & Dormont, Sarah. «Services automatisés de référencement d’images, Rapport et proposition de modification législative». *Conseil Supérieur De La Propriété*

Litteraire Et Artistique (2019). Avlest 15.04.2021 på:

<https://www.usopav.org/documents/docutheque/1-Rapportservicesautomatiseesrefimages.pdf>

Verbiest, Thibault & Spindler, Gerald & Riccio, Giovanni Maria. «Study on the Liability of Internet Intermediaries». *Markt/2006/09/E; Service Contract ETD/2006/IM/E2/69* (2007).

Avlest 04.04.2021 på: <https://ssrn.com/abstract=2575069>

Norske lover og forarbeider

Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

EØS-avtalens vedlegg XVII om opphavsrett av 1. januar 1994

EØS-avtalens vedlegg XI om elektronisk kommunikasjon, audiovisuelle tjenester og informasjonssamfunnstjenester av 1. januar 1994

Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven) av 23. mai 2003 nr. 35

Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Traktater og konvensjoner

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (*EØS-avtalen*).

Charter of Fundamental Rights of the European Union (*EU-pakten*). 2012/C 326/02

Den europeiske menneskerettskonvensjonen (*EMK*). Vedtatt av Europarådet i Roma 4. november 1950. Tilgjengelig på: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf

EU forordninger og direktiver

Regulation 2016/679 (*GDPR*) of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Official Journal L 119, 04.05.2016, p. 1–88

Directive 2000/31/EC (*E-Commerce*) of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). Official Journal L 178, 17.07.2000, p. 1–16

Directive 2001/29/EC (*Infosoc*) of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Official Journal L 167, 22.06.2001 p. 10–19

Directive 2019/790 (*DSM*) of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC. Official Journal L 130, 17.05.2019 p. 92–125

Rettspraksis fra Norges Høyesterett

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rettspraksis fra EU-domstolen

Sak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA. ECLI:EU:C:2006:764

Sak C-403/08 (*Football Association Premier League*), Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others (C-403/08) and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd (C-429/08). ECLI:EU:C:2011:631

Sak C-236-238/08 (*Google Adwords*), Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL v Viaticum SA and Luteciel SARL (C-237/08) and Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others (C-238/08). ECLI:EU:C:2010:159

Sak C-5/08 (*Infopac I*), Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening. ECLI:EU:C:2009:465

Sak C-466/12 (*Svensson*), Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB. ECLI:EU:C:2014:76

Sak C-348/13 (*BestWater*), BestWater International GmbH v Michael Mebes and Stefan Potsch. ECLI:EU:C:2014:2315

Sak C-201/13 (*Deckmyn*), Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen and Others. ECLI:EU:C:2014:2132

Sak C-117/15 (*Reha Training*), Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH v Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA). ECLI:EU:C:2016:379

Sak C-160/15 (*GS Media*), GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others. Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Wathelet. ECLI:EU:C:2016:221

Sak C-160/15 (*GS Media*), GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others. ECLI:EU:C:2016:644

Sak C-527/15 (*Filmspeler*), Stichting Brein v Jack Frederik Wullems/Filmspeler. ECLI:EU:C:2017:300

Sak C-610/15 (*Ziggo*), Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV. ECLI:EU:C:2017:456

Sak C-161/17 (*Cordoba*), Land Nordrhein-Westfalen v Dirk Renckhoff. ECLI:EU:C:2018:634

Sak C-392/19 (*VG Bild-Kunst*), VG Bild-Kunst v Stiftung Preußischer Kulturbesitz. Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Szpunar. ECLI:EU:C:2020:696

Sak C-392/19 (*VG Bild-Kunst*), VG Bild-Kunst v Stiftung Preußischer Kulturbesitz. ECLI:EU:C:2021:181

Utenlandsk rettspraksis

Den føderale ankedomstolen i USA. *Perfect 10 v. Amazon*, 508 F.3d 1146, 1159 (9th Cir. 2007)

Den tyske føderaldomstolen (Bundesgerichtshof (BGH)). 29.04.2010, I ZR 69/08
(«*Vorschaubilder I*»)

Den tyske føderaldomstolen (Bundesgerichtshof (BGH)). 19.11.2011, I ZR 140/10
(«*Vorschaubilder II*»)

Den tyske føderaldomstolen (Bundesgerichtshof (BGH)), 21.09.2017, I ZR 11/16 («*Vorschaubilder III*»). ECLI:DE:BGH:2017:210917UIZR11.16.0. (Engelsk oversettelse av Allison Felmy. «*Thumbnails III (Vorschaubilder III)*»). *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 49 (2018): 357–367. Tilgjengelig på: <https://doi.org/10.1007/s40319-018-0691-5>)

Distriktsretten i Hamburg, Tyskland. 18.11.2016, sak nr. 310 O 402/16

Distriktsretten i Attunda, Sverige. 13.10.2016, FT 11952-15

Tingretten i Nord-Nederland. 31.10.2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8077

Distriktsretten i Praha, Tjekkia (Obvodni soud pro Prahu 4). 33 T 54/2016

High Court of Justice i Storbritannia: FAPL v BT [2017] EWHC 480 Ch.

Nettsider

Google. «Det finnes mange typer nyttige svar». Avlest 05.05.2021.

<https://www.google.com/search/howsearchworks/responses/>

Google. «How our business works». Avlest 25.04.2021. <https://about.google/how-our-business-works/>

Google. «Slik fungerer søkealgoritmer». Avlest 20.02.2021.

<https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/>

Google. «Slik organiseres informasjonen av Søk». Avlest 05.05.2021.

<https://www.google.com/search/howsearchworks/crawling-indexing/>

Statista. «Worldwide desktop market share of leading search engines from January 2010 to January 2021». Avlest 05.05.2021. <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/>

Kluwer Copyright Blog. «New French Act: Google Images will have to pay royalties». Avlest 05.05.2021. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/10/17/new-french-act-google-images-will-pay-royalties/>

Norwaco sin hjemmeside. Avlest 31.05.2021. <https://norwaco.no>

Wikborg Rein. «Copyright protection of algorithms – impossible or just a question of definition?». Avlest 27.03.2031. <https://www.wr.no/en/news/copyright-protection-of-algorithms-impossible-or-just-a-question-of-definition/>

ICANN. «What Does ICANN Do?». Avlest 05.05.2021. <https://www.icann.org/resources/pages/what-2012-02-25-en>

The Wall Street Journal. «Facebook, Google and Publishers Are Fighting Over News. What You Need to Know». Avlest 09.05.2021. <https://www.wsj.com/articles/google-facebook-and-the-contest-over-paying-for-news-11614107023>

Voa News. «Google Seals Content Payment Deal with French News Publishers». Avlest 09.05.2021. <https://www.voanews.com/silicon-valley-technology/google-seals-content-payment-deal-french-news-publishers>