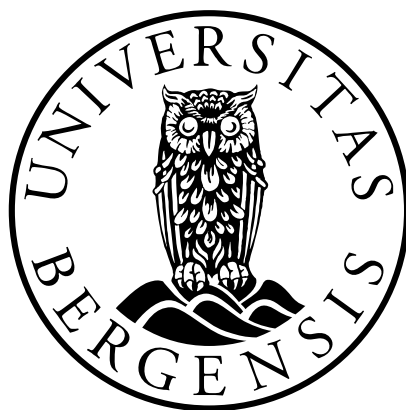


”New public” som vurderingstema om lenking krenker opphavsmannens enerett

Kandidatnummer: 134

Antall ord: 14 964



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.juni 2015

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1. Innledning.....	3
1.1 Emne/Problemstilling.....	3
2. Opphavsretten.....	4
2.1 Hensyn.....	4
2.2 Åndsverkloven.....	5
2.3 Internasjonale traktater.....	5
3. Teknisk terminologi.....	6
3.1 Generelt.....	6
3.2 Internett.....	6
3.3 Lenking.....	7
4. Aktuelle lovbestemmelser.....	8
4.1 Åndsverkloven § 1.....	8
4.2 Åndsverkloven § 2.....	9
4.2.1 "Tilgjengeliggjøring for allmennheten".....	9
4.2.1.1 Spredningsretten.....	9
4.2.1.2 Visningsretten.....	9
4.2.1.3 Fremføringsretten.....	10
5. Rettstilstanden før EU-dommene om lenking.....	12
5.1 Rettstilstanden i Norge før EU-dommene om lenking.....	12
5.2 Rettstilstanden internasjonalt før EU-dommene om lenking.....	14
6. Vurdering av "new public"-kriteriet.....	14
6.1 "New public".....	14
6.1.1 Dommer om "new public".....	14
6.1.1.1 Rafael Hoteles-dommen.....	14
6.1.1.2 Tannlege-dommen.....	15
6.1.1.3 Svensson-dommen.....	15
6.1.1.4 BestWater-dommen.....	17
6.1.2 Begrensninger i bruken av "new public".....	17
6.1.2.1 Åndsverk bak beskyttelsesmur.....	18
6.1.2.2 Åndsverk fjernet fra internett.....	18
6.1.2.3 Åndsverk lag ut for en begrenset gruppe, ligger åpent annet sted.....	19
6.1.2.4 Ulovlig utlagt materiale.....	19
6.1.3 Avveining av hensyn i EU-dommene om lenking.....	20
6.1.3.1 Profitthensynet.....	20
6.1.3.2 Hensynet til internett.....	21
6.2 Konsumsjonsprinsipp?.....	22
6.3 Betalingsmurer åpne for abonnenter.....	23
6.4 Begrensning for å unngå lenking.....	24
6.5 Lenking til krenkende sider.....	25
7. Analyse av gjeldende norsk rett.....	26
7.1 Innledning.....	26
7.2 EU-domstolen sin tolkning.....	26
7.3 Fastleggelse av den norske regelen.....	27
7.4 Den norske rettsregelen.....	28
7.4.1 Innledning.....	28
7.4.2 Lovtekst for forarbeider.....	28

7.4.3 Rettspraksis.....	29
7.4.4 Reelle hensyn.....	30
7.4.5 Manglende differensiering i EU-retten.....	31
8. Veien videre/konsekvenser.....	33
9. Avslutning.....	35
Litteraturliste.....	36

1. Innledning

1.1 Emne/problemstilling

Emnet for denne oppgaven er "new public" som kriterium for vurderingen om lenking på internett er "tilgjengeligjøring for allmennheten" etter åvl. § 2.

Åndsverkloven gir opphavsmannen enerett til å råde over sine åndsverk, dette gjelder eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten, jf. åvl. § 2. Det har vært ulike oppfatninger i den juridiske litteraturen om lenking til andres materiale på internett kan utgjøre tilgjengeliggjøring for allmennheten. Høyesterett har behandlet temaet i Napster.no-dommen, der de kom med noen avklaringer, men dommen holder mange ulike typetilfeller av lenking åpen og det er usikkert hvor stor prejudikatsverdi dommen har. Det skal drøftes i oppgaven om det å lenke til andres materiale på internett er tilgjengeliggjøring for allmennheten i norsk rett.

Det norske rettskildebildet har vært uklart og det har kommet flere dommer fra EU-domstolen som har gjort bildet enda mer uklart. De norske rettskildefaktorene på lenkingsområdet må vurderes i lys av rettspraksisen fra EU-domstolen.

I dommene fra EU-domstolen er "new public" brukt som kriterium for om lenking er en tilgjengeliggjøringshandling. Dette går kort ut på at for at lenking skal være tilgjengeliggjøring for allmennheten må lenkingen ha ført til at åndsverket har nådd ut til en "new public". Kriteriet er ikke helt uproblematisk og det skaper en rekke problemstillinger som må vurderes i lys av norsk rett. I oppgaven skal disse problemstillingene løftes frem og innholdet i "new public" skal klarlegges ut fra EU-domstolens egne kriterier og deretter skal det avgjøres hvilken betydning dette får for norsk rett.

Begrepets enkelthet kan føre til at norske rettskildefaktorer får mindre vekt. Kriteriet er lite differensiert og i norsk rett kan det tyde på at det har vært en større differensiering mellom lenkingstypene. Denne forskjellen gjør at det skapes en spenning mellom den internasjonale rettsregelen og den norske retten og det vil vurderes hvilke typetilfeller regelen kan gjelde på.

Opprinnelig oppstod problemer rundt tilgjengeliggjøring av andres åndsverk på andre områder enn lenking, noe en ser i blant annet Morningtondommen¹. En kan dra paralleller til områder også utenfor lenking når en skal vurdere tilgjengeliggjøringshandling. "New public"-kriteriet oppstod på en annen type tilgjengeliggjøringsspørsmål enn lenking og blir nå brukt på ulike områder innenfor fremføringsretten.

Først vil opphavsretten gjennomgås i punkt 2, der det særlig legges vekt på hensynene bak opphavsretten for å sette en ramme rundt tematikken. Videre vil det kort gås inn på det tekniske rundt internett og lenking i punkt 3. Punkt 4 omhandler den norske lovgivningen på opphavsrettens område, da med særlig fokus på fremføringsretten.

¹ NJA 1980 s. 123

I punkt 5 analyseres rettstilstanden før EU-dommene. Der analyseres både rettspraksis og juridisk litteratur. Punkt 6 går inn på selve "new public"-kriteriet og EU-dommene på området analyseres. Videre vil kriteriet vurderes i lys av de ulike tilnærmingene og den kritikken som er kommet mot begrepet. I punkt 7 skal den gjeldende norske rettstilstanden drøftes og da brukes den internasjonale rettsregelen som en tolkningsfaktor når de ulike norske rettskildedefaktorene tolkes. Det er den juridiske metoden som Eckhoff utledet som brukes, med særlig vekt på rettskildedefaktorer som lov, forarbeid, rettspraksis og juridisk litteratur.

2. Opphavsretten

2.1 Hensyn

Det er flere forskjellige hensyn som begrunner opphavsrettsreglene og hvorfor det er fornuftig med vern for den skapende innsatsen. Hensynet til opphavsmannen står opp mot hensynet til allmennheten.

Hensynet til allmennheten går ut på at folk skal kunne ta del i åndsverkene som er skapt og skal kunne bruke disse. Hadde ikke allmennheten kunne tatt del i verkene ville incentivet til å skape åndsverk vært lavere, da den kommersielle utnyttelsen hadde vært sterkt begrenset.

Hensynet til opphavsmannen går ut på at et vern skal bidra til å verne og oppmuntre åndsproduksjon². Det er samfunnsøkonomisk gunstig at folk får lyst til å skape åndsverk og det er også rettferdig og rimelig at en skal få igjen for den innsatsen en har lagt ned³. At folk kan få igjen økonomisk for å skape åndsverk kan føre til større skapelse ved at opphavsmannen kan utnytte verkene til sin gunst. For opphavsmannen sin del vil han kunne tjene på å legge ut verk og at det til en viss grad lenkes til åndsverket. Blir det lenking i for stor grad og i for stort omfang vil dette kunne gå ut over opphavsmannens inntjening på åndsverk. Det går altså en grense der omfanget av lenkingen vil bli negativ for opphavsmannen.

Et hensyn mot at opphavsmannen skal ha full råderett over åndsverket er hensynet til ytringsfriheten. Dette hensynet tilsier sitering⁴ og det er dermed en siteringsrett fra åndsverk.

Hensynet til internett og dets effektivitet vil ha betydning ved lenking. Internettets funksjonalitet er et hensyn som kan vektlegges grunnet viktigheten av lenking for at internett skal fungere. Uten lenking er det vanskelig å bli kjent med nye nettsider og artikler og internett vil være mer tungvint å bruke om en ikke kunne lenke til andres åndsverk. Dette hensynet er noe EU-domstolen trolig har lagt ganske stor vekt på, noe som det skal gås mer inn på senere.

² Knophs Oversikt over Norsk Rett, 13. utgave, 2009 s. 473

³ Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 2009, s. 31

⁴ Erik Vold, *Napster.no til Høyesterett, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, s 546

Disse hensynene vil behandles mer inngående i punkt 6.1.3, der de vil drøftes i lys av dommene fra EU-domstolen.

2.2 Åndsverkloven

Loven som regulerer opphavsretten i Norge er Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. lov av 12.mai 1961 (heretter åvl). Loven fastsetter rettighetene til opphavsmannen og gir beskyttelse mot at andre skal råde over hans åndsverk. Loven beskytter "litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform", jf. åvl. § 1.

Loven gjelder uavhengig av hvilken måte og form verket er blitt til i og gir opphavsmannen eneretten til å råde over verket. De aktuelle rådighetsformene gjennomgås i punkt 4.

Loven inneholder også nærstående rettigheter, dette gjelder for utøvende kunstnere, plateselskaper og lignende. Disse rettighetene er viktig fordi en del prestasjoner kan ha stor betydning for utnyttelsen av åndsverket, uten at disse prestasjonene i seg selv er skapende åndsverk⁵. Det vil ikke bli gått nærmere inn på disse rettighetene.

Åndsverkloven kom i en tid der teknologien var en helt annen og er ikke tilpasset dagens samfunn. For å tilpasse seg teknologien kom NOU 1983:35, som førte til endringer i loven. Loven er teknologinøytral og den vil fange opp de aller fleste tilfeller av bruk av internett og andre teknologiske løsninger som er en del av dagens samfunn.

Det har blitt gjort en rekke endringer i loven opp gjennom tidene, mye grunnet internasjonale konvensjoner som Norge har blitt en del av. Den siste store revisjonen kom i 2005 og den gjorde at flere begreper i åndsverkloven ble endret, blant annet i § 2. Påvirkningen fra internasjonale konvensjoner har gjort at den norske åndsverkloven får mindre betydning som rettslig grunnlag for vurderingen av lenking. EU-domstolen gjør seg gjeldende på området og fører til at en må følge dens avgjørelser i norsk rett. Dette er noe en vil se i gjennomgangen av gjeldende norsk rett i punkt 7.

2.3 Internasjonale traktater

Norge tiltrådte Bernkonvensjonen allerede i 1896 og konvensjonen har hatt vesentlig innflytelse på den norske opphavsrettslovgivningen og ført til flere endringer i den norske loven i takt med at konvensjonen selv har blitt endret.

Etter et par mindre revisjoner grunnet EØS-avtalen og EU-direktiv kom det en stor revisjon i 2005 ved lov nr. 97/2005, blant annet grunnet databasedirektivet og direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunn, det såkalte "Infosoc-direktivet", direktiv 2001/29/EF.

Infosoc-direktivet er mer fullstendig enn tidligere direktiv og er ment å ruste opphavsretten til å tåle de teknologiske utfordringene som er kommet de siste tiårene. Direktivet er et harmoniseringsdirektiv og bestemmelsene i direktivet skal tolkes

⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 7

direktivkonformt, noe som får den konsekvens at det skal tolkes etter EU-domstolens praksis⁶. Dette gjør at dommene fra EU-domstolen om lenking får innvirkning på norsk rett.

Lovgivningen fra EU, sammen med direktiver som Infosocdirektivet og avgjørelsene fra EU-domstolen, kan få stor innflytelse på norsk rett. Selv om dette er regelverk og dommer som i utgangspunktet er utenfor vårt nasjonale rettssystem. Dette forholdet har skapt den problemstillingen som er temaet for oppgaven. En vil se i punkt 7, der den gjeldende norske retten blir drøftet, at rettskilder utenfor vårt nasjonale rettssystem får stor betydning.

Åndsverkloven er kommet til etter nordisk samarbeid. Det er store likheter mellom den norske, svenske, danske og finske opphavsretten. De andre landenes rettspraksis og forarbeider vil kunne ha betydning for tolkningen av de norske reglene. Dette er noe som en ser i rettspraksis⁷. Juridisk teori fra andre nordiske land er også noe som kan ha rettskildemessig vekt og det vises til dette senere i oppgaven.

3 Teknisk terminologi

3.1 Generelt

Det vil videre gis en kort oppsummering av internettets historie, deretter bli skrevet om hva internett er og så gitt en liten innføring om lenking.

Internett oppstod så smått på 1960-tallet ved at universiteter samarbeidet om et sikkert transportnettverk for informasjon. Det var institusjoner som arbeidet for det amerikanske forsvaret som startet nettverket⁸. Grunnlaget for vårt internett ble lagt på 70-tallet da det ble laget systemer for å koble sammen lokalnett⁹.

Først ut på 90-tallet ekspanderte internett, da det ble åpnet for kommersielt bruk. Etter WWW sitt inntog, utviklet av CERN¹⁰, eksploderte bruken av internett. WWW gjorde det lettere for privatpersoner å ta i bruk nettet. Internett hadde gått fra å være et verktøy som ble brukt i forskningskretser til å bli brukt kommersielt.

3.2 Internett

Tidligere var det stasjonære datamaskiner som tok inn internett. Det siste drøye tiåret har flere forskjellige teknologiske produkter, som nettbrett og mobiltelefoner, tatt inn internett. Dette betyr enda større utbredelse av nettet og de opphavsrettslige spørsmålene forekommer enda oftere og på nye måter i dag enn bare for 7-8 år siden.

⁶ Rafael Hoteles-dommen C-306/05 premiss 31

⁷ Napster.no-dommen Rt. 2005 s. 41 premiss 24 og Electric Circus-dommen Rt. 1985 s. 883

⁸ Store norske leksikon, Internettets historie https://snl.no/Internettets_historie

⁹ Store norske leksikon, Internettets historie

¹⁰ Knut Martin Tande, *Lenker til andres materiale på www som selvstendige krenkelser av åvl. § 2, åvl. § 43 eller mfl. § 1*, s. 31.

Internett er en viktig del av det informasjonssamfunnet vi lever i og brukes både av myndighetene og privatpersoner til viktige tjenester, men også til rene fornøyelsesformål.

Det sentrale ved internett er nettlesere, som leser av kodene som gis og som en følge av dette viser frem nettsider. Disse kodene som leses av skrives i HyperText Markup Language (forkortet HTML), som da kan sies å være internettets språk. En internettadresse kalles URL, der "http" betyr at det dreier seg om et dokument som er skrevet i HTML, navnet på siden kalles domenenavnet, for eksempel "vg.no", som da viser til hvilken server siden er plassert på.

3.3 Lenking

Lenking bidrar til at folk kan oppdage nye nettsider og enkelt navigere fra en side til en annen. Det kan kalles for en del av internetts infrastruktur¹¹. Det finnes forskjellige typer lenker og den juridiske litteraturen har argumentert for at det skal skilles mellom forskjellige lenkingstyper når det vurderes om lenking er tilgjengeliggjøring.

Det finnes to hovedtyper av lenking, dette er hyperlenker eller forflytningslenker¹² og hentelenker¹³ eller "embedded links". Ingen av lenkingstypene har fått et festnet navn i norsk litteratur. Jeg vil bruke forflytningslenker og hentelenker, fordi ordene forklarer på en enkel måte hvordan disse lenkene fremstår for en bruker av internett.

Ved forflytningslenker flyttes en fra den siden en har lenket fra, til den siden det lenkede materiale er lagt ut på. Disse lenkene kan være to ulike typer, både overflatelenker, som lenker til hovedsiden materialet ligger på, og dyplenger, som lenker direkte til den artikkelen eller den underliggende siden en skal inn på¹⁴. Lenkene skrives inn med HTML-koder. Både foran og bak adressen skrives det inn en "a", som indikerer at en skal flyttes til en side¹⁵.

Forflytningslenker er noe de aller fleste nettsider har. På forsiden til en nettavis vil det kanskje være flere opptil hundretalls slike lenker til artikler og annonser.

Hentelenker gjør at en får det materialet en lenker til direkte opp på den siden som har lenket til materialet, en blir på denne måten ikke forflyttet til en annen side. De aller fleste nettsider har slike lenker ved at eksempelvis bilder, kart eller Youtube-videoer blir lastet inn på siden¹⁶. På engelsk kalles det å laste inn slike videoer "embedding", som på norsk kan oversettes til noe lignende som innbygging. Fordelen med slik lenking er at en fortsatt er på den siden som lenker, dermed vil det gå raskere for brukeren å se det

¹¹ Jon Wessel-Aas/Magnus Ødegaard, *Opphavsrett og lenker til internett*, kan leses på <http://binghodneland.no/artikler/opphavsrett-og-lenker-pa-internett/>

¹² Tande, s. 38

¹³ Tande, s. 37

¹⁴ Erik Vold s. 537

¹⁵ Daniel Westman, *Länkning som upphovsrättslig överföring till allmänheten, SvJT 2012* s. 803

¹⁶ Westman, s. 804

lenkede materialet. For den som lenker unngår han å bruke av sin lagringskapasitet for å utnytte åndsverket, det ligger på den serveren som det lenkes til.

Teknisk sett er det liten forskjell på en hentelenke og en forflytningslenke. For hentelenker legges det inn "OBJECT" og "data" før koden til nettsiden og da blir lenken automatisk hentet inn på nettsiden¹⁷. Det krever ingen annen handling fra brukeren enn at han trykker seg inn på siden som lenker, for at lenkene skal aktiveres.

Det finnes altså to typer lenker som får forskjellig praktisk betydning, men den tekniske forskjellen er liten. I den videre fremstillingen vil lenkingstypene, hvis det ikke blir uttalt noe annet, bli behandlet samlet.

4. Aktuelle lovbestemmelser

4.1 Åndsverkloven § 1

Åndsverkloven § 1 regulerer hva som skal regnes som et åndsverk og hvordan en kan få vern for verket. Det er den som "skaper et åndsverk" som har opphavsretten til det, jf. åvl. § 1. Tre vilkår må oppfylles for at noe skal få vern, det må være en skapelse, på et litterært, kunstnerisk eller vitenskapelig område og det må ha originalitet.

I ordet "skaper" ligger det at det er den som gjør at dette blir et åndsverk som er opphavsmannen og får eneretten til verket. Det må foreligge en form for nyskapning¹⁸ og det er bare mennesker som kan skape et åndsverk. Det er resultatet av åndsinnnsatsen opphavsmannen gjør som har vern, det må ha fått et ytre preg¹⁹.

Det vilkåret som ofte drøftes mest er kravet til originalitet, eller verkshøyde som det gjerne blir kalt i nordisk opphavsrett. I rettspraksis har det blitt uttalt at verket må være resultat av "individuell preget skapende innsats"²⁰. De senere årene kan det synes som at det skal mindre til for at et verk anses å ha verkshøyde enn det som ble krevd tidligere²¹.

Utgangspunktet til den som får vern for et verk er at denne opphavsmannen eller rettsinnehaveren, som kan ha overtatt rettighetene, får enerettene til verket og kan bestemme om, hvor, hvordan og når verket eventuelt skal fremstilles og tilgjengeliggjøres for allmennheten.

Det meste som ligger ute på internett vil oppfylle kravene til åndsverk. Verkshøyden er relativt lav og det skal normalt lite til før noe regnes som åndsverk. I C More-dommen var ikke materialet som ble drøftet åndsverk, men dommen er fortsatt aktuell hva gjelder lenking. Det vil videre i oppgaven forutsettes at det som det lenkes til er åndsverk.

¹⁷ Tande, s. 38

¹⁸ Rognstad, s. 77

¹⁹ Rognstad, s. 79

²⁰ Rt. 2007 s. 1329

²¹ Rognstad s. 82

4.2 Åndsverkloven § 2

4.2.1 "Tilgjengeliggjøring for allmennheten"

Det er åndsverklovens § 2 som regulerer de beføyelsene opphavsmannen til et åndsverk har. De to hovedkategoriene av beføyelser er eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten. I denne oppgaven er det bare sistnevnte beføyelse aktuell.

Begrepet "tilgjengeliggjøring for allmennheten" skal tolkes vidt²². For at noe skal kunne sies å ha blitt gjort tilgjengelig for allmennheten må handlingen føre til at det er noenlunde umiddelbar tilgang til åndsverket, jf. Smartkort-dommen²³. I den saken var det ikke tilstrekkelig nærhet fra det å selge programkort som gjorde at en fikk inn kanaler uten å betale for de, til at det ble brudd på eneretten til opphavsmannen for TV-programmer som ble sendt. "Tilgjengeliggjøring for allmennheten" er et teknologinøytralt begrep, som gjør at loven også er anvendelig på nyere teknologi, som blant annet internett.²⁴

I § 2 er det listet opp flere eksempler på når et verk er gjort tilgjengelig for allmennheten. Denne listen er ikke uttømmende²⁵, men regulerer de aller fleste måter et verk kan tilgjengeliggjøres for allmennheten. I utgangspunktet gjelder opphavsmannens enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten hver gang dette gjøres, ikke bare første gang²⁶.

4.2.1.1 Spredningsretten

Det første alternativet i § 2 er der et verk gjøres tilgjengelig for "salg, utleie eller utlån eller på annen måte frembys til allmennheten", jf. åvl. § 2 tredje ledd bokstav a. Dette alternativet gjelder der fysiske eksemplarer blir gjort tilgjengelig for salg, utleie, utlån eller der åndsverk blir gitt ut gratis. Denne retten omtales gjerne som opphavsmannens spredningsrett²⁷.

Spredningsretten gjelder bare "første gangs spredning", jf. åvl. § 19. Er et verk lovlig solgt til en person kan denne personen fritt selge det videre uten opphavsmannens samtykke. Dette kalles for spredningsrettens konsumpsjonsregel. Spredningsretten vil ikke være aktuell i den senere fremstillingen.

4.2.1.2 Visningsretten

Det neste alternativet er at "verket vises offentlig uten hjelp av tekniske hjelpemidler", jf. åvl. § 2 tredje ledd bokstav b. Denne formen for tilgjengeliggjøring kalles for

²² Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 16

²³ Rt. 1995 s. 35

²⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s.19

²⁵ Høringsutkast 2003 s. 75

²⁶ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 16

²⁷ Rognstad, s. 157

visningsretten og gjelder bare direkte visning da den gjelder fysiske eksemplarer av åndsverk. Også her gjelder det en konsumpsjonsregel, den er gitt i åvl. § 20 og sier at om et verk er "utgitt, eller har opphavsmannen overdratt eksemplarer av et kunstverk, kan eksemplarene vises offentlig".

Ved lenking er det bruk av "tekniske hjelpemidler" og visningsretten vil ikke behandles mer inngående.

4.2.1.3 Fremføringsretten

Det tredje alternativet er fremføringsretten, som er det som er aktuelt for lenking. Dette formuleres som om verket "fremføres offentlig", jf. åvl. § 2 tredje ledd bokstav c. Det er klart at dette gjelder såkalt direkte visning, for eksempel ved et teaterstykke. Fremføringsbegrepet gjelder også indirekte visning, som for eksempel vil være tilfellet der en ser en film på en datamaskin.

For å få fremhevet at fremføringsretten også gjelder teknologiske innretninger er det en presisering i fjerde ledd om hva som regnes som "offentlig fremføring". Denne opplistingen er ikke ment å være uttømmende²⁸. Begrepet "offentlig fremføring" kommer fra opphavsrettsdirektivet artikkel 3 "communication to the public" og gir opphavsmannen enerett til fremføring, der det skjer fremføring et sted og publikum tar del i verket et annet sted enn der den som gjør fremføringen mulig er.

For fremføringsretten er det ingen konsumpsjonsregel. Det betyr at det vil være krenkelse av opphavsmannens enerett hver gang noen fremfører et verk offentlig, med mindre en har samtykke fra opphavsmannen. Vurderingen om lenking er tilgjengeliggjøring for allmennheten ligger tett opptil en slik konsumpsjonsregel, da en vurderer om det å lenke til noe som allerede er fremført vil være en ny tilgjengeliggjøringshandling. Slik fornyet fremføring har vært oppe i domstolen i blant annet Bedriftsmusikk-dommen²⁹. Med kriteriet "new public" kan det synes som om det er innført et konsumpsjonsprinsipp også på fremføringsrettens område, mer om dette i punkt 6.2.

En tilrådighetsstillelse av utstyr kan falle inn under "offentlig fremføring", grensen for dette går ved tilfeller som nevnt i punkt 4.2.1. Dette var blant annet tilfellet i Jukeboksdommen³⁰. Der var det offentlig fremføring å stille opp en jukebok som gjorde at gjestene kunne bestemme musikken. Utplassering av TV-er på hotellrom slik at gjestene kan se på tv vil også være "offentlig fremføring"³¹. En internettkafe eller et bibliotek er ikke ansvarlig for om deres kunder går inn på opphavsrettslig beskyttet materiale, da det ikke er tilstrekkelig nærhet til opphavsrettskrenkelsen som gjesten gjør på internett³².

²⁸ Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 140

²⁹ Rt. 1953 s. 833

³⁰ Rt. 1964 s. 782

³¹ C-306/05

³² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 140

Det er tilstrekkelig at lenken ligger ute på nettet, det er ikke nødvendig at noen har trykket inn på lenken og nyttiggjort seg av åndsverket som det lenkes til, det er potensielle mottakere av åndsverket som kan føre til opphavsrettskrenkelse³³.

For at fremføring skal regnes som en tilgjengeliggjøringshandling må det være en selvstendig fremføring. Det vil nedenfor i vurderingen av norsk rett i punkt 7 vurderes hvorvidt lenking kan regnes som en selvstendig fremføring og da krenkelse av opphavsretten. Hvis lenking bare ses på som en henvisning vil det ikke være den selvstendige fremføringen som er nødvendig for at det skal krenke opphavsretten. I norsk rett har en tidligere differensiert ved lenking, men det kan synes som at EU-domstolen har hatt en mer enten/eller-løsning, noe som drøftes mer nedenfor.

Det følger av ordlyden at fremføring som bryter med eneretten er bare den som utøves "offentlig", jf. åvl § 2 3.ledd bokstav c. Ved innføringen av Infosocdirektivet i norsk rett ble ordlyden endret fra "utenfor det private området" til "offentlig". Dette skulle ikke føre til noen realitetsendring.

"Offentlig" skal nok tolkes videre enn det den naturlige ordlyden skulle tilsi. Det må foretas en konkret vurdering og det vesentlige er om det skjer utenfor det private området eller ikke³⁴.

I norsk rett har "Knophs maksime" vært veiledende for vurderingen av offentlighet. Knoph uttalte at hvis bruk av åndsverket skulle være av privat karakter måtte det skje innenfor "den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps-, eller omgangsbånd skaper"³⁵.

Denne maksimen viser at det kreves noen form for personlige bånd mellom de som deltar i arrangementet. Det er ikke nødvendig at den som fremfører åndsverket har bånd til gjestene³⁶. I Rafael Hoteles-dommen var det nok at det bare var en person som tok del i fremføringen på et tidspunkt, det må altså ikke være en større gruppe samtidig. Det er det samlede antallet personer som får med seg fremføringen som er det vesentlige. For at en lenke regnes som "offentlig" er det altså nok at et større antall personer kan trykke inn på lenken.

Ved vurdering av om noe er "offentlig" kan det også legges vekt på hvorvidt fremføringen har en form for kommersiell verdi³⁷.

I EU-domstolen har det blitt stilt opp tre forskjellige krav for om noe er offentlig. Det vurderes om fremføringen gjøres for et ubestemt antall potensielle personer, et betydelig antall personer og om den som fremfører har en vinning av dette. Det har også vært lagt vekt på formålet med handlingen.

³³ NJA 1980 s. 258

³⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 22

³⁵ Knoph 1936 s. 89

³⁶ Rognstad s. 189

³⁷ C-306/05 premiss 44

Der den som lenker har en side som ligger åpent på nettet er det klart at dette er "offentlig". Det er bare i tilfeller med små lukkede grupper eller der en sender over lenker til personer det kan sies å være på det private området. Det forutsettes da videre at den som lenker gjør det på en måte som gjør at alle brukere på internett kan ta del i lenkingen og at lenkingen da er "offentlig".

5. Rettstilstanden før EU-dommene om lenking

5.1 Rettstilstanden i Norge før EU-dommene om lenking

Lovteksten har ikke gitt noe klart svar på lenkingsproblematikken i norsk rett. Forarbeidene kan tale for at det å lenke skaper tilgang og er tilgjengeliggjøring³⁸. På lenkingsområdet har det vært en dom for norsk Høyesterett, den såkalte Napster.no-dommen³⁹.

En del av den juridiske litteraturen knytter seg til tiden for Napster.no-dommen og den litteraturen vil behandles først.

Ole-Andreas Rognstad mente før Napster.no-dommen at lenking var tilgjengeliggjøring og at både lovtekst og forarbeider ga støtte til dette synspunktet⁴⁰. Han mente likevel at en kunne lenke til materiale, hvis opphavsmannen hadde gitt et implisitt samtykke da han la ut åndsverket. En måtte da vurdere om opphavsmannen hadde gitt et slikt samtykke da han la ut åndsverket. I utgangspunktet ville da lenking ikke være tillatt, med mindre det var gitt implisitt samtykke. Det kan synes som han sondret mellom lovlig og ulovlig utlagt materiale, ved ulovlig utlagt materiale vil det jo ikke være samtykke fra opphavsmannen.

Knut Martin Tande mener det er for enkelt å si at alle former for lenking er tilgjengeliggjøring⁴¹. Han mener det må sondres mellom lenkingstypene og omfanget av lenkingen. Han skisserer en fleksibel løsning der noen lenker har et henvisningspreg, mens andre typer regnes som selvstendig fremføring. Tande sin avhandling kom like før Napster.no-dommen og det kan synes som at oppfatningen i juridisk litteratur var at en eller et fåtall forflytningslenker til en rettighetshaver ikke var tilgjengeliggjøring for allmennheten, men det kunne synes som at hentelenker var det.

Napster.no-dommen gikk ut på at en person hadde opprettet en nettside som la ut lenker til musikk som var lagt ut på internett uten opphavsmannens samtykke. Brukere kunne selv legge inn lenker til mp3-filer til musikk og det ble da opprettet undersider til disse filene eller det ble lagt ut lenker til der musikken lå på internett hvis den var lagt ut tidligere. Trykket en inn på disse lenkene kunne brukerne laste ned musikken som var

³⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)

³⁹ Rt. 2005 s. 41

⁴⁰ Ole-Andreas Rognstad, "Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-saken", *Nordisk immateriell rettsskydd*, nr. 4 år 2005, s.344-370 på side 351

⁴¹ Knut Martin Tande, *Lenker til andres materiale på www som selvstendige krenkelser av åvl. § 2, åvl. § 43 eller mfl. § 1*

lagt ut på nettet. Høyesterett konkludert ikke om lenkingen var tilgjengeliggjøring for allmennheten og avgjorde saken på medvirkningsspørsmålet.

Høyesterett går inn på temaet om lenking og uttaler at det avgjørende er hvordan lenkingen virker og ikke hva slags type lenke det er⁴². Problemstillingen om differensiering mellom lenkingstyper ga de ikke et klart svar på. Videre uttales det at det ville blitt samme konklusjon om lenkingsproblematikken uavhengig om det er lenking til lovlig eller ulovlig utlagt materiale⁴³. Dette kan tyde på at Høyesterett mente lenker var en form for henvisning. Høyesterett hadde en avventende holdning til lenkingsspørsmålet. De kunne avklart gjeldende norsk rett på lenkingsområde, men ved å ikke konkludere, har den norske rettstilstanden på området vært usikker.

Flere teoretikere kritiserte Napster.no-dommen og den førte nok til en liten endring i norsk rett. Rognstad endret sitt standpunkt etter dommen og mente at det var sterkest holdepunkter for at lovtekst og forarbeider tilsa at vanlig lenking ikke var tilgjengeliggjøring, men at det var opp til EU-domstolen å avgjøre spørsmålet⁴⁴.

Olav Torvund mente at lenking var lovlig og la stor vekt på hensynet til internett og hensynet til ytringsfriheten⁴⁵. Han argumenterer inngående for at lenker bare er en form for henvisning, også på bakgrunn av konsekvenshensyn med vanskeligheter mellom å skille mellom lenker og der en bare oppgir nettadressen. Han har også en differensiert holdning ved at han mener at hentelenker er tilgjengeliggjøring⁴⁶. Det kan synes som at Torvund har en lignende tilnærming som EU-domstolen og Høyesterett har i synet på at det er den som legger ut det ulovlige materiale som er den som krenker opphavsretten, ikke den som lenker til dette. Torvund har et syn på lenkingen som både er lik Napster.no-dommen i henvisningssynspunkt, mens han også støtter Tande sin tilnærming med differensiering.

Tande har, som nevnt, et syn med tydelig differensiering mellom de ulike lenkingstypene. Høyesterett stilte løsningen åpen i Napster.no-dommen hva gjelder å sondre mellom de ulike lenkingstypene og det kan da synes som det har vært en differensiering i norsk rett hva gjelder ulike typer lenker.

Det har vært tre forskjellige innfallsvinkler på lenkingsspørsmålet. Rognstad tok en avtalerettslig innfallsvinkel der han mener opphavsmennene har samtykket til lenkingen ved å legge ut materialet på internett.

I Napster.no-dommen tar Høyesterett en innfallsvinkel der en ser på de konsekvenser som lenkingen medførte og ut fra dette ser om det er tilgjengeliggjøring, det blir en form for henvisningssynspunkt. Den siste innfallsvinkelen er den Torvund og Tande argumenterer for, at det skal skilles mellom de forskjellige typene av lenker.

⁴² Premiss 47

⁴³ premiss 44

⁴⁴ Rognstad s. 186

⁴⁵ Olav Torvund, "Enerett til lenking - en keiser uten klær?", *Nordiskt immateriellt rättsskydd*, nr. 5 2008, s. 417-443 på side 436

⁴⁶ ibis s. 443

Gjeldende norsk rett har nok vært at en forflytningslenke ikke var tilgjengeliggjøring. Det har vært mer usikkert på området for hentelenker og der det blir veldig mange forflytningslenker til samme side. Derfor har en avklaring fra EU-domstolen vært ønskelig, selv om avklaringen kanskje ikke var helt som ønsket.

5.2 Rettstilstanden internasjonalt før EU-dommene om lenking

Også internasjonalt har det vært uklart om lenking er en tilgjengeliggjøringshandling. Den tyske Paperboy-dommen omhandlet lenkingsproblematikken⁴⁷.

Saken gjaldt en nyhetstjeneste som folk kunne abonnere på. Abonentene fikk en sammenstilling av lenker til avisartikler som de kunne trykke inn på. Disse lenkene lå åpent ute på nettet, det var da lenking til lovlig utlagt materiale. Domstolen la avgjørende vekt på at de som lenket til materialet ikke var de som hadde lagt det ut. Det ble heller ikke sondret mellom lenkingstypene. Konklusjonen ble at lenking er en form for henvisning og førte da til at åndsverket ikke ble gjort tilgjengelig for allmennheten.

Högsta Domstolen i Sverige kom til motsatt konklusjon i MP3-dommen⁴⁸. Faktum lignet på Napster.no-dommen der en person hadde laget en nettside med lenker til musikkfiler som kunne lastes ned. Det var brukt hentelenker slik at materialet fremstod som at det lå på denne nettsiden. Når filen ble lastet ned ble den lastet fra nettsiden som det ble lenket til. Lenkene var lagt ut ulovlig på nettet og domstolen kom til at lenkingen var en form for tilgjengeliggjøring for allmennheten.

Dette viser at lenkingsproblematikken var usikker også i internasjonal rett. Det var nok kjærkomment for flere lands rettsanvendere at EU-domstolen kom med sine lenkingsdommer, selv om løsningen har blitt kritisert.

6. Vurdering av "new public"-kriteriet

6.1 "New public"

6.1.1 Dommer om "new public"

Første gang EU-domstolen brukte "new public"-kriteriet var i Rafael Hoteles-dommen⁴⁹. Kriteriet dukket da opp på et annet område for tilgjengeliggjøring enn lenking.

6.1.1.1 Rafael Hoteles-dommen

Rafael Hoteles-dommen gjaldt et hotell som hadde plassert ut TV-apparat på hotellrom og i fellesareal, og spilte bakgrunnsmusikk i fellesarealene. De ble saksøkt av organisasjonen som forvalter de immaterielle rettighetene i Spania da organisasjonen

⁴⁷ IIC 2004 s. 1097

⁴⁸ NJA 2000 s. 292

⁴⁹ C-306/05

mente at bruken av TV-apparatene og avspillingen av musikk var overføring til allmennheten og var avgiftspliktig.

Ved avgjørelsen om dette var tilgjengeliggjøring for allmennheten la EU-domstolen vekt på det store antallet personer som kunne ha tilgang til TV-apparatene, at det er hyppig skifte av gjester på et hotell og at gjestene alltid vil være i nærheten av apparatene.

Det ble lagt vesentlig vekt på profittformålet, at hotellet kunne få høyere inntekter av å ha TV-apparat tilgjengelig for gjestene⁵⁰. Det ble konkludert med at TV-signalene ville nå ut til en "new public" som ikke ville ha sett åndsverkene om hotellet ikke hadde stilte TV-apparatene tilgjengelig og dermed var det tilgjengeliggjøring for allmennheten. "New public" ble brukt til å vurdere "public" i Infosocdirektivet art. 3.1, som tilsvarer "offentlig" i åvl. § 2.

6.1.1.2 Tannlege-dommen

Tannlege-dommen gjaldt en tannlege som hadde spilt bakgrunnsmusikk i venterommet på tannlegekontoret sitt⁵¹. EU-domstolen brukte mange av de samme momentene som i Rafael Hoteles-dommen, men nevnte aldri eksplisitt kriteriet "new public". Det ble uttalt at de personene som har tilgang til venterommet hos en tannlege er pasienter og er dermed en stabil og avgrenset gruppe⁵². Det at personene som hadde tilgang til musikken hyppig ble skiftet ut var her et moment som talte mot at det var tilgjengeliggjøring⁵³.

Også her ble det lagt vesentlig vekt på profittformålet. Det ble uttalt at en tannlege ikke kan ha høyere inntjening av å spille musikk i venterommet⁵⁴. Dermed ble ikke dette sett på som tilgjengeliggjøring for allmennheten.

Tannlege- og Rafael Hoteles-dommen gjaldt andre sakstyper enn lenking, men dommene har vært med å forme "new public"-kriteriet og tatt opp momenter som er aktuelle ved vurderingen av tilgjengeliggjøring for allmennheten. Første gang kriteriet ble brukt i vurderingen av lenking som tilgjengeliggjøringshandling var i Svensson-dommen⁵⁵.

6.1.1.3 Svensson-dommen

Dommen gjaldt et søksmål mot Retriever. Retriever var et medieovervåkningsbyrå som tilbød kundene sine lenker til nyhetssartikler som lå ute på Mediarkivets database. Lenkene var dyplenker som gikk direkte inn på den enkelte nyhetssak. Problemstillingen var om lenkingen var et brudd på opphavsmannens rett til å tilgjengeliggjøre åndsverk for allmennheten.

⁵⁰ premiss 43

⁵¹ C-135/10

⁵² premiss 95

⁵³ premiss 96

⁵⁴ premiss 97

⁵⁵ C-466/12

EU-domstolen går først inn og vurderer hvem som var publikummet til opphavsmennene da de la ut artiklene. Etersom artiklene ble lagt åpent ut på nettet uten restriksjoner, mener EU-domstolen at alle potensielle brukere av internett var publikum til disse artiklene.

Videre går de inn på vilkåret "overføring til allmennheten" og deler dette opp i to kumulative vilkår, "overføring" og "allmennheten"⁵⁶. Først går domstolen inn på overføring og kommer til at lenker på nettet kan være en form for overføring som kan være tilgjengeliggjøring for allmennheten⁵⁷. For at opphavsmannen skal ha et tilstrekkelig høyt beskyttelsesnivå for verkene sine må "overføring" tolkes vidt. EU-domstolen uttaler at lenking på internett er tilgjengeliggjøring, men at det må vurderes om det når ut til et nytt publikum. Dette bidrar til å avfeie at lenking bare er henvisning⁵⁸.

Dette bryter da delvis med det Torvund mente og ikke minst det tyske Bundesgerichtshof kom til i Paperboy-dommen.

Det understrekes også at det er tilstrekkelig at lenkene er lagt ut for at det er tilgjengeliggjøring, det må ikke ha vært noen som har trykket inn på disse for at lenkene er tilgjengeliggjøring.

Videre tolkes "allmennhet" og domstolen uttaler da at for at lenking skal kunne sies å være en overføring avhenger det av at det lenkes til et "new public". En forutsetning for å bruke "new public" er at åndsverket er lagt ut med "same technical means" som det opprinnelige åndsverket. Her i oppgaven vil ikke dette problematiseres nærmere.

Hvis lenking skal kunne være tilgjengeliggjøring for allmennheten og krenke åvl. § 2 må lenken føre til at verket rettes mot en annen allmennhet enn det opphavsmannen har ment da han la ut verket. I dette tilfellet var artiklene lagt ut på nettet uten noen begrensninger. Det vil si at publikummet til artiklene var alle som kunne bruke internett og dermed var det ikke overføring til allmennheten og det krenket ikke åvl. § 2⁵⁹.

Løsningen får samme konsekvens som det implisitte samtykke som Rognstad argumenterte for og som Høyesterett var inne på i Napster.no-dommen. Ved å legge verket åpent ut på nettet er konsekvensen for opphavsmannen at det ikke krenker hans opphavsrett at det lenkes til verket.

Domstolen nevner problemet med ulike lenkingstyper og differensieringen mellom disse, men uttaler at det ikke har noen betydning for konklusjonen hvilken type lenker som brukes⁶⁰. I BestWater-dommen kom problemstillingen om ulike lenkingstyper på spissen⁶¹.

⁵⁶ premiss 16

⁵⁷ premiss 19

⁵⁸ premiss 38

⁵⁹ premiss 27

⁶⁰ premiss 30

⁶¹ C-348/13

6.1.1.4 BestWater-dommen

En person hadde lenket til en video på sin egen nettside, som var integrert via hentelenke fra youtube.com. EU-domstolen konkluderte med at lenkingen ikke var tilgjengeliggjøring for allmennheten, da den ikke lenket til noe "new public". Den differensieringen som en hadde sett på opphavsrettens område tidligere, spesielt i norsk rett, er da noe som ikke ble fulgt opp av EU-domstolen.

Domstolen kunne avgjort både hentelenker og lenking til ulovlig utlagt materiale, da dommen også gjaldt dette. EU-domstolen gikk ikke inn på sistnevnte problemstilling, noe som nok delvis skyldes at spørsmålet som ble stilt fra Bundesgerichtshof ikke tok dette opp. Dette har ført til at det er litt usikkert om "new public" også gjelder der det er ulovlig utlagt materiale, dette er noe som skal diskuteres mer inngående nedenfor.

EU-domstolen gikk også her først inn på en vurdering av hvilket publikum åndsverket var lagt ut til og om det lå åpent ute på nettet eller ikke. Hvis åndsverket ikke har noen form for beskyttelsesmur vil en si at det er lagt ut til alle potensielle brukere av internett. Det foretas en objektiv vurdering av hvem verket er lagt ut for å nå.

Hvis det er tilfellet at åndsverket er lagt ut uten noen form for beskyttelsesmur vil det at det lenkes til dette åndsverket ikke føre til at noen potensielle nye brukere får tilgang til åndsverket, da det opprinnelig lå åpent for alle og det er dermed fritt frem å lenke til slikt materiale uten hinder fra opphavsmannens eneretter.

I praksis betyr dette at for at en opphavsmann skal kunne ha kontrollen over hvor åndsverket ligger på nettet og hvem som lenker til det, må åndsverket legges bak en beskyttelsesmur. Det vesentlige ved "new public"-vurderingen er altså om lenkingen har ført til at åndsverket har nådd et nytt publikum som det ikke var tenkt å nå ut til da det ble lagt ut av opphavsmannen.

Det er lite som tyder på at EU-domstolen vil endre sin oppfatning om at "new public" kan brukes på lenkingsområdet, selv om kriteriet har blitt kritisert. De har brukt kriteriet i tre lenkingsdommer som er ulike typer lenking. Formålet med avgjørelsene, spesielt i Svensson-dommen har nok vært å finne en helhetlig løsning som kan fungere på alle typetilfellene av lenking. Domstolen tok opp i Svensson-dommen begrensninger i bruken av "new public"-kriteriet, noe som ikke var nødvendig for å løse den konkrete saken.

6.1.2 Begrensninger i bruken av "new public"

I Svensson-dommen ble det uttalt at det er tre mulige begrensninger som gjør at "new public" ikke kan anvendes som vurderingstema om lenking er tilgjengeliggjøring for allmennheten i) at åndsverket er lagt ut bak en beskyttelsesmur ii) at åndsverket ikke lenger er tilgjengelig på det opprinnelige nettstedet iii) at åndsverket er tilgjengelig for en begrenset antall brukere på det opprinnelige nettstedet, men ligger ute uten opphavsmannens samtykke på et annet nettsted⁶².

⁶² C-466/12 premiss 31

6.1.2.1 Åndsverk bak beskyttelsesmur

At åndsverk blir lagt bak beskyttelsesmurer blir mer og mer vanlig på internett. Tidligere har en kunne kjøpe sanger, filmer og lignende på nettet, mens de senere årene har streaming vokst frem som en stor bransje. Her ligger filmene bak en betalingsmur og en må logge inn og betale for å se åndsverket. Mange aviser har de siste årene fått flere av sine artikler bak slike betalingsmurer. Det må ikke nødvendigvis være en betalingsløsning åndsverket blir beskyttet av for at "new public" ikke skal kunne anvendes. Også der det er en teknisk sperre vil ikke kriteriet kunne anvendes og det vil være tilgjengeliggjøring om en lenker åpent til slikt materiale. Slike tekniske løsninger har for eksempel aftenposten.no som tillater brukere uten abonnement å lese fem saker gratis i løpet av en uke. Det er ikke uttalt hvor effektiv en slik beskyttelsesmur må være, men det må være en form for teknologisk sperre som gjør at åndsverket ikke ligger åpent for alle potensielle brukere av internett.

C More-dommen hadde et faktum som lignet på denne typen begrensning. Dommen gjaldt en person som hadde lagt ut lenker til hockeykamper på sin hjemmeside⁶³. For å få disse lenkene måtte en betale, de lå bak betalingsmurer. Saken kom etter hvert opp for Högsta Domstolen i Sverige og de sendte over spørsmål til EU-domstolen, blant annet om denne lenkingen var tilgjengeliggjøring for allmennheten.

EU-domstolen gikk ikke inn på dette spørsmålet i sin gjennomgang av saken. De sendte over Svensson-dommen til Högsta Domstolen og spurte om de fortsatt ville opprettholde spørsmålene. Högsta Domstolen trakk fire av spørsmålene, blant annet det som gjaldt tilgjengeliggjøring for allmennheten, og EU-domstolen behandlet bare hvorvidt idrettsarrangement hadde opphavsrettslig vern.

Saken gjaldt omgåelse av en betalingsmur og det viser at EU-domstolen står fast på avgjørelsen de kom til i Svensson-dommen med "new public" som vurderingskriterium og at begrensningene som ble listet opp der er gjeldende. For Högsta Domstolen blir nok løsningen klar, lenkingen omgikk en beskyttelsesmur og var da tilgjengeliggjøring for allmennheten.

Hvis en person har omgått en slik beskyttelsesmur og lenker til åndsverket åpent på nettet, vil personen som lenker til dette åndsverket bryte eneretten til opphavsmannen etter åvl. § 2.

6.1.2.2 Åndsverk fjernet fra internett

Det andre alternativet er der åndsverket ikke lenger er tilgjengelig på det opprinnelige nettstedet. Lagringskapasiteten på internett er ikke uendelig og det er ikke unaturlig at en del åndsverk etter hvert blir fjernet av opphavsmannen. Det å lenke til et slikt åndsverk vil være tilgjengeliggjøring for allmennheten. Dette grunnet at opphavsmannen ikke har lagt det ut for å nå noe publikum. At det da blir lenket til materialet vil bidra til at det når et nytt publikum, nemlig alle potensielle brukere av internett.

⁶³ C-279/13

Trolig vil dette alternativet være lite aktuelt da materiale som er fjernet hos opphavsmannen ikke vil vises der folk har lenket til åndsverket om det er fjernet. Ved forflytningslenker, forklart i punkt 3.3, vil lenken vise til en tom side og det er da ikke noe åndsverk som blir tilgjengeliggjort. Ved hentelenker vil den delen av siden som er integrert som en lenke være tom. Det kan ikke regnes som tilgjengeliggjøring for allmennheten å la lenken ligge ute, så lenge innholdet, som er det faktiske åndsverket, ikke viser seg.

6.1.2.3 Åndsverk lagt ut for en begrenset gruppe, ligger åpent annet sted

Det siste alternativet som EU-domstolen lister opp er tilfellet der åndsverk er lagt ut av opphavsmannen, eller med hans samtykke, for et begrenset antall personer, mens det også ligger åpent på nettet uten opphavsmannens samtykke. I disse tilfellene har ikke opphavsmannen ment at åndsverket skal nå ut til et stort publikum, han har lagt ut materiale på en slik måte at han skal kontroll over hvem det skal nå ut til. Ved at det da lenkes til det ulovlig utlagte materialet vil det nå ut til en "new public" og lenkingen vil være tilgjengeliggjøring for allmennheten.

6.1.2.4 Ulovlig utlagt materiale

En begrensning som ikke nevnes i dommen er der åndsverk legges ulovlig ut på nettet, uten at opphavsmannen selv har lagt det ut på en side med beskyttelsesmur. Dette er kanskje den største trusselen for opphavsmennene i dagens samfunn og hele musikkindustrien har blitt endret som følge av nedlastning av ulovlig utlagt materiale. Lenking kan sies å være nettets infrastruktur og det at det lenkes til disse åndsverkene gjør at dette ulovlig utlagte materialet blir kjent betydelig raskere enn om det ikke ble lenket til dette.

Hvis en bruker en subjektiv vurdering av "new public" blir svaret i utgangspunktet ganske enkelt. Ved at opphavsmannen ikke har lagt ut åndsverket i det hele tatt har han ikke ment at det skal nå ut til noe publikum. Det hjelper ikke om åndsverket er gitt ut i bokform eller lignende, da internett ikke er "same technical means" som disse formene for tilgjengeliggjøring.

Samtidig må en se på hvordan "new public" er blitt brukt som kriterium i lenkingsdommene. I Svensson-dommen brukte domstolen en objektiv vurdering der en så på hvordan materialet var lagt ut og ut fra dette så på hvilket publikum åndsverket var ment å nå. Samtidig ser det ut som de foretar en subjektiv vurdering der de nevner begrensninger i bruken av "new public". Der alternativ to nevnes uttales det at det vil nå ut til "new public" der åndsverket fjernes fra internett. Da har ikke opphavsmannen ment at verket skal nå ut til noe publikum og da vil lenking til åndsverket føre til at det er tilgjengeliggjøring for allmennheten. Det kan kanskje tyde på at en slik subjektiv vurdering kan brukes på tilfeller der åndsverket ligger ute på nettet uten opphavsmannens samtykke.

Hvis en skal foreta en subjektiv vurdering må en spørre hver enkelt opphavsmann om hvilket publikum hans åndsverk har og opphavsmannen kan da endre hva som er publikummet en ville nå ut til alt etter hva som gagnar hans enerett. Et objektivt kriterium gjør det da lettere å vurdere hvilket publikum åndsverket var ment å nå ut til.

Denne objektive vurderingen kan bli problematisk der en lenker til ulovlig utlagt materiale som en annen allerede har lagt ut. Har en et objektivt syn på dette har åndsverket ikke nådd noe "new public", da det lå åpent ute på nettet fra før av. Hadde en hatt en subjektiv innfallsvinkel hadde en da spurt seg hvilket publikum opphavsmannen ville nå ut til og da hadde det ikke vært noe publikum, fordi han ikke hadde lagt det ut i det hele tatt.

Samtidig må en nok kunne tolke kriteriet slik at EU-domstolen har ment at lenking til ulovlig materiale skal kunne ses på som en form for tilgjengeliggjøring for allmennheten. Dette grunnet at de lister opp de tre unntakene der "new public" ikke skal gjelde. Dette er tilfeller som i stor grad ikke er like graverende for opphavsmannen som tilfellet der opphavsmannen ikke har ment å legge ut åndsverket på internett i det hele tatt. EU-domstolen gjør det unødvendig vanskelig ved å ikke uttale noe om dette i sakene de har behandlet, men uthulingen av vernet vil bli veldig stort om "new public" gjelder på ulovlig utlagt materiale.

I BestWater-dommen gjaldt det lenking til ulovlig utlagt materiale, men der tok ikke EU-domstolen opp problemet i det hele tatt. Det kan da tyde på at de ikke har hatt interesse av å ta standpunkt til dette og at "new public" kanskje bare passer på lovlig utlagt materiale eller at de rett og slett har vært inkonsekvent med den objektive/subjektive vurderingen og ment at det er en subjektiv vurdering som skal brukes og at denne også får anvendelse på ulovlig utlagt materiale. Trolig gjelder ikke "new public" der materialet er lagt ulovlig ut på nettet og sontringen subjektiv/objektiv vil da ikke ha betydning.

Domstolen tok ikke opp om det skulle være noen volumbegrensningen på hva det kunne lenkes til. I Svensson-dommen var det flere lenker til åndsverk fra samme opphavsmannen og det ble ikke gått noe inn på om mange nok antall lenker kan føre til at opphavsretten blir krenket selv om åndsverket ligger åpent ute. Dette kan potensielt få stor betydning da personer kan tjene penger nærmest utelukkende på andres åndsverk, mer om dette nedenfor. Mangelen på volumbegrensning er med på å vise den manglende differensieringen som avgjørelsene til EU-domstolen på området for lenking har, noe som kan få betydning for hvordan denne rettsregelen skal brukes i norsk rett.

6.1.3 Avveining av hensyn i EU-dommene om lenking

Som nevnt i punkt 2.1 er det ulike hensyn som har gjort seg gjeldende på opphavsrettens området. Hensynet til samfunnet står opp mot hensynet til opphavsmannen. Som det ble nevnt ovenfor vil også hensynet til internettet og dets effektivitet ha betydning i lenkingssaker.

6.1.3.1 Profitt hensynet

Da begrepet om "new public" først oppstod i Rafael Hoteles-dommen ble det lagt vesentlig vekt på profittformålet. Dette ble også vurdert inngående i Tannlege-dommen og syntes nok avgjørende for at musikkspillingen i tannlegers venterom ikke kan anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten. Ved at "new public" brukes på forskjellige

måter åndsverk kan fremføres på vil en kunne bruke de hensynene som er nevnt i dommer på andre områder på saker som gjelder lenking.

I Svensson-dommen blir ikke profittformålet nevnt eksplisitt. Spesielt på forsiden til nettsider vil inntektene til dels kunne være store på annonseinntekter og på antall klikk som genereres fra nettsiden til annonsørens side. Den som lenker vil kunne generere flere antall lesere, og da inntekter, til sine sider ved at de lenker til andres åndsverk. Gjennom hentelenker vil leserne holde seg på den nettsiden som legger ut lenker og en kan da tjene penger på andres åndsverk. Det er klart at profitt hensynet også gjør seg gjeldende på lenking på internett.

Samtidig som personer kan tjene penger på andres åndsverk vil også opphavsmannen kunne tjene mindre på at andre bruker hentelenker. Dette vil kunne føre til færre klikk på siden til opphavsmannen, spesielt på forsiden, og dermed vil opphavsmannen kunne få mindre igjen for sitt arbeid.

Spesielt ved hentelenker vil profitt hensynet kunne ha til dels stor betydning. Det å integrere bilder, musikk og videoer på nettsiden gjør brukeropplevelsen bedre og dette kan igjen føre til flere lesere og større inntekter. Hadde profitt hensynet vært like avgjørende i BestWater-dommen som det er så i Rafael Hoteles-dommen kan det være at utfallet hadde blitt annerledes.

6.1.3.2 Hensynet til internett

Et av de grunnleggende hensynene til opphavsretten, at en skal få igjen for sin innsats og at dette skal motivere til å skape åndsverk, ble nedtonet til fordel for andre hensyn i Svensson-dommen. Det er vanskelig å si om "new public"-kriteriet vil føre til noen praktisk endring i hvordan folk bruker nettet, men det kan som nevnt føre til lavere inntjening for opphavsmannen, som igjen kan føre til mindre produksjon av åndsverk. I ytterste konsekvens kan en si at opphavsmannens vern er blitt uthulet på internett gjennom dommene fra EU-domstolen og at incentivet til å produsere åndsverk er blitt mindre.

Internett blir viktigere og viktigere i dagens samfunn og vil etter hvert kunne ta helt over for papiraviser, blader og post. Det er da nødvendig at vernet til opphavsmannen er sterkt også på internett, da en må opprettholde den potensielle økonomiske vinningen som eneretten til opphavsmannen bidrar til.

Det hensynet som kanskje har gjort seg sterkest gjeldende i lenkingsdommene er hensynet til internett og dets funksjonalitet. EU-domstolen har, nærmest som vanlig, vært knapp i sine uttalelser også i Svensson-dommen og det er ingen hensyn som er nevnt eksplisitt. Det er grunn til å tro at domstolen har lagt vesentlig vekt på at lenking skal kunne gjøres uten at Infosocdirektivet artikkel 3.1 setter skranker for lenkingen. På internett er det vanskelig å oppdage nye sider uten lenking. For funksjonaliteten til internett er lenking viktig og det kan virke som at domstolen har satt dette hensynet høyere enn hensynet til opphavsmannens interesser, og da spesielt hans økonomiske interesser. EU-domstolen har nok ville holde nettet fritt og dermed tillatt lenking i større grad enn det juridisk litteratur har ment er riktig.

6.2 Konsumpsjonsprinsipp?

I en foreløpig upublisert artikkel har Jan Rosén og Claes Granmar tatt opp om EU-domstolen ved sitt "new public"-kriterium har innført et konsumpsjonsprinsipp på området for fremføringsretten⁶⁴.

Både for spredningsretten, punkt 4.2.1.1, og visningsretten, punkt 4.2.1.2, gjelder et konsumpsjonsprinsipp. Dette går ut på at det bare er første gangs spredning eller visning som er en del av opphavsmannens enerett.

For fremføringsretten, punkt 4.2.1.3, gjelder det ingen form for konsumpsjonsprinsipp og hver gang noe blir "offentlig fremført" krever det opphavsmannens samtykke. I Svensson-dommen uttaler EU-domstolen at det bare er tilgjengeliggjøring for allmennheten om en lenker til et nytt publikum. Hvis åndsverket først er gjort tilgjengelig for alle potensielle brukere av internett en gang, vil ikke lenkingen til dette materiale være krenkelse av opphavsretten neste gang dette gjøres.

Det står klart i Infosocdirektivet at på on-demand-tjenester skal det ikke foreligge noe form for konsumpsjonsprinsipp⁶⁵. Ved bruk av "new public"-kriteriet vil konsekvensen bli at om åndsverk er lagt åpent ut på internett tidligere vil det slutte å være en overføring hvis noen lenker til verket senere⁶⁶. Dette virker da som en klassisk form for konsumpsjonsprinsipp, det er da bare første gang en legger ut åndsverket på internett at det vil være en overføring til allmennheten, ikke ved senere lenking.

Det som kan sies mot dette er at lenking ikke i seg selv legger ut materialet, slik en opphavsmann gjør første gangen det legges ut. Lenking kan være en form for henvisning der det vises til det som er lagt ut. EU-domstolen har derimot klart uttalt at lenking ikke bare er en henvisning, men at det er en tilgjengeliggjøringshandling, men denne handlingen opphører når det ikke lenkes til nytt publikum.

Konsumpsjonsprinsipp på lenkingsområdet er problematisk da det bryter direkte med Infosocdirektivet art. 29. Slik det er nå er det nærmest umulig å få overprøvd dette kriteriet og det er noe nasjonale domstoler må følge. Lojalitetsprinsippet gjelder i EU-retten og også for EØS-landene⁶⁷.

Hvis det er et konsumpsjonsprinsipp som også gjelder for lenking på internett vil en bare kunne bruke "new public" når det gjelder lovlig utlagt materiale. Ovenfor har de ulike begrensningene i kriteriet som EU-domstolen selv har uttalt blitt gjennomgått. I de tilfellene vil ikke "new public" kunne brukes. Hvis "new public"-kriteriet brukes som et konsumpsjonsprinsipp vil det fungere dårlig på ulovlig utlagt materiale. Personen som først legger ut materiale åpent for alle potensielle brukere av internett vil krenke opphavsmannens enerett. De som lenker til åndsverket vil lenke til noe som ligger ute

⁶⁴ Jan Rosén og Claes Granmar, "Länkning på internet – EU-domstolen i konflikt med internasjonell rett", *SvjT*, 2015, s. 1-19

⁶⁵ dir. 2001/29/EC artikkel 3 (3)

⁶⁶ Rosén, Granmar s. 6

⁶⁷ Lov 27. November 2011 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) art. 3

for alle. Denne lenkingen vil da ikke føre til at åndsverket når noen "new public". Denne tolkningen av "new public", at det er et konsumpsjonsprinsipp, taler for at kriteriet ikke kan brukes hva gjelder ulovlig utlagt materiale.

6.3 Betalingsmurer åpne for abonnenter

Som nevnt ovenfor i punkt 6.1.2 blir bruken av betalingsmurer mer og mer vanlig, dette gjelder spesielt for nettsidene til aviser. En del av sakene blir lagt bak betalingsmurer som en enten kan få låst opp ved å være abonnent over en bestemt tidsperiode eller ved å kjøpe tilgang til en enkelt sak. De fleste medier som har slike løsninger gjør det mulig for dem som har betalt for å unngå betalingsmuren, å lenke åpent til materialet på sosiale medier, slik at venner/følgere av betalerne kan lese artiklene uten å måtte betale for det. Dette er selvsagt for å få flere klikk på siden og skape blest rundt sakene som mediet legger ut.

Problemstillingen blir om den som lenker videre til denne artikkelen, som nå ligger åpent på nettet, har gjort åndsverket "tilgjengelig for allmennheten", jf. åvl. § 2.

Utgangspunktet synes klart hvis vi legger "new public"-kriteriet til grunn. Den som omgår en beskyttelsesmur, slik betalingsmur er, gjør åndsverket tilgjengelig for allmennheten om en lenker til det. Åndsverket var i utgangspunktet lagt ut for å nå en begrenset gruppe med mennesker, nemlig de som var abonnenter for disse sakene. Samtidig har rettighetshaveren åpnet for at åndsverket skal kunne nå abonnentenes venner, ved at de selv åpent kan lenke til åndsverket. I sosiale medier er det mulig å ha åpne profiler slik at alle kan gå inn på profilene, dermed kan det være mulig for alle potensielle brukere av internett å finne dette, gitt at det har blitt lenket til åndsverket fra en abonnent.

Problemstillingen kan ligne litt på slik faktum var i C More-saken, men en vesentlig forskjell her er at opphavsmennene har ment at det skal være mulig å lenke åpent til dette åndsverket, noe som ikke var tilfellet i C More-saken.

Skyldkravet ved opphavsrettskrenkelser er forsett eller uaktsomhet, jf. åvl. § 54. Det kan da synes som at dette blir et spørsmål som går på skyldkravet. Problemet blir der personen ikke er klar over at åndsverket han lenker til egentlig ligger bak en betalingsmur. Det må da vurderes hvor mye undersøkelser som forventes av en person som lenker.

Fra opphavsmannen sin side er det ønskelig at aktsomhetskravet stilles høyt på tilfeller ved tilgjengeliggjøring av åndsverk for allmennheten. Kravet er nok ikke veldig strengt hva gjelder lenking. Ved å gå inn på hovedsiden til mediet som har lagt ut åndsverket vil en, såfremt en ikke selv er abonnent, enkelt kunne se om artikkelen er åpen for alle. Spørsmålet videre blir da om en kan kreve dette av hver enkelt lenker.

For opphavsmannen eller de som har opphavsmannens samtykke til å legge ut åndsverket vil det være enkelt å legge inn en sperre eller et symbol som tyder på at dette er åndsverk som ligger bak en beskyttelsesmur. Hvis rettighetshaveren ikke har gjort dette har han kanskje ment at åndsverket skal kunne nå ut til alle så lenge en lovlig omgår den muren som er lagt på åndsverket. De er fullt ut klar over problemet og det at

de velger å gjøre det åpent for at abonnenter kan lenke til det, kan det tyde på at de bare vil at den første gangen en er inne på artikkelen skal være lukket, mens det er greit ved senere bruk at alle kan få tilgang til dette. At det lenkes til artikler og at mange kan lese dem er i utgangspunktet bra for opphavsmannen, problemet blir der det blir en systematisk omgåelse av beskyttelsesmuren i stort omfang til samme rettighetshaver.

Videre kan det diskuteres om formålet med begrensningen har betydning. For de fleste nettsider med betalingsmurer er det det økonomiske aspektet og ikke det å ha kontroll over åndsverket som er begrunnelsen bak beskyttelsesmurene. Nå er som nevnt økonomiske rettigheter en av grunnene bak enerettssystemet, men for aviser har det vokst frem en bruk av betalingsmur for å prøve å stanse det inntektstapet de har mistet gjennom nedgang i salg av papiraviser⁶⁸.

Hvis formålet med begrensningen bare er kommersielt begrunnet vil det kunne argumenteres for at det ikke bryter med opphavsretten at personer som ikke er abonnenter lenker til åndsverket. Dette grunnet at opphavsmannen da ikke har lagt en sperre for å verne sitt åndsverk fra tilgjengeliggjøring, men utelukkende for å kunne tjene mest mulig penger.

Selv mener jeg nok at det å lenke til et åndsverk som er lovlig åpnet av en abonnent eller lignende ikke vil bryte med opphavsretten da opphavsmannen selv har lagt dette ut med vitende om at en kan komme i den situasjonen at det kan lenkes åpent til åndsverket fra andre enn abonnenten.

En annen type beskyttelsesmur er der mediet gir brukere tilgang til et gitt antall artikler før en må betale for å lese dem. Aftenposten er et medium som har en slik løsning ved at brukere kan lese fem abonnementssaker gratis i uken. Dette fungerer slik at det registreres hvor mange saker brukeren har lest på hver nettleser. EU-domstolen har som nevnt uttalt at en omgåelse av beskyttelsesmurer ved å lenke åpent til materiale bak slike vil være krenkelse av opphavsretten.

En måte å omgå disse begrensningene på er å gå inn på artiklene i en ny nettleser. Da vil ikke systemet fange opp antall artikler en har lest og en kan dermed få lese flere artikler enn det begrensningen tilsier. Hvis en person da lenker videre fra denne åpne artikkelen vil han ha omgått en beskyttelsesmur og tilfellet vil falle inn under begrensningen i bruken av "new public" som EU-domstolen har listet opp. Ved et slikt tilfelle er det enklere for personen å vite at han omgår en betalingsmur da han med vitende åpner artiklene i en ny nettleser grunnet at han har nådd sin grense på en annen nettleser. Dette blir da en mer systematisk omgåelse, som nok er det EU-domstolen har hatt i tankene da de la inn denne begrensningen.

6.4 Begrensning for å unngå lenking

Som nevnt i punkt 6.1.2 og 6.3 må opphavsmannen legge inn en form for begrensning eller beskyttelsesmur på sitt åndsverk om det skal bryte med opphavsretten å lenke til

⁶⁸ Se medienorges nettsider <http://medienorge.uib.no/statistikk/medium/avis/185> (april 2015)

åndsverket. Legges åndsverket ut på internett uten noen form for beskyttelsesmur kan det fritt lenkes til åndsverket.

Slik begrensning kan gjøres på flere måter, blant annet ved å innføre en betalingsmur slik at det bare er de som betaler som kan få se åndsverket. Andre måter er ved at det deles ut passord til en begrenset gruppe og bare de med passord kan logge seg inn eller det kan være slik at en må få invitasjon for å kunne få åpnet dokumentet der åndsverket ligger. Slik invitasjon kan virke slik at en bare kommer inn på nettsiden hvis noen har sendt deg lenken til siden. Noen medier, som Aftenposten, gir brukerne tilgang til et gitt antall artikler som de kan lese gratis i uken før det kreves betaling. Dette gjøres gjennom kjennskap til IP-adressen og nettleseren til brukeren.

"New public"-kriteriet fører til at argumentasjonen med implisitt samtykke, som har vært tatt opp som en aktuell løsning for at lenking ikke er tilgjengeliggjøring for allmennheten, ikke vil være aktuelt.

For at personer som lenker skal kunne krenke opphavsmannens enerett må opphavsmannen på en klar måte tydeliggjøre at ikke alle potensielle brukere av internett er hans publikum når han legger ut åndsverket på internett. Om opphavsmannen vil unngå dette må han altså legge en form for beskyttelsesmur på åndsverket. Det er trolig ikke nok å ha med en reservasjon i selve åndsverket om at det ikke kan lenkes til materialet. Legger en inn en sãnn reservasjon i form av tekst eller lignende vil dette jo ikke endre på det faktum at åndsverket ligger åpent ute for alle potensielle brukere av internett og det vil ikke nå "new public" om det blir lenket til dette. Det er nok bare en teknologisk sperre som er tilstrekkelig.

6.5 Lenking til krenkende sider

Noe som er litt på siden av oppgaven, men som helt klart kan være aktuelt er der det lenkes fra sider som opphavsmannen finner krenkende. Opphavsmannen har ikke bare eneretten til spredning, visning og fremføring, men han har også ideelle rettigheter i åndsverket, jf. åvl. § 3. Disse rettighetene kan deles opp i navngivelsesretten og respektretten.

Navngivelsesretten innhold er at opphavsmannen til åndsverket skal navngis. Ved forflytningslenker vil en komme inn på siden til opphavsmannen og da står det som regel hvem som er opphavsmannen til verket, gjennom navn på skribenten eller gjennom overskrift på siden/i adressefeltet om hvem sin side en er inne på. Ved hentelenker vil saken stille seg annerledes da materialet kommer frem på siden til den som lenker. Navngivelsesretten er ikke absolutt og skal brukes i den grad "god skikk" krever det, jf. åvl. § 3 første ledd.

Som en hovedregel skal det da angis hvem som er opphavsmannen til verket en lenker til, med mindre dette er vanskelig å få til⁶⁹. På internett vil det være enkelt å legge inn undertekst ved en artikkel eller et bilde om hvem som er opphavsmannen til åndsverket.

⁶⁹ NJA 1996 s. 354

Ved vurderingen av om respektretten er krenket skal det foretas en objektiv vurdering av om det er en krenkelse. Det kan være en krenkelse om noe endres i verket og om verket presenteres i en sammenheng som er krenkende.

Respektretten går ut på at opphavsmannens egenart eller anseelse ikke skal krenkes. Det er klart at sammenhengen verket tilgjengeliggjøres i kan føre til at verket blir krenket⁷⁰. Spesielt ved bruk av hentelenker kan det være krenkende bruk av åndsverk på internett. Ved pornografiske nettsider eller radikale politiske sider vil det å lenke til et åndsverk kunne være krenkende for opphavsmannen. Dette er noe som ikke løses av "new public" og de ideelle rettighetene gjelder uavhengig om opphavsmannen har samtykket til lenkingen eller ikke, jf. åvl. § 3 siste ledd. Det er dermed ikke fritt frem fra opphavsretten sin side at en kan lenke som en vil selv om åndsverket er åpent lagt ut av opphavsmannen.

7. Analyse av gjeldende norsk rett

7.1 Innledning

Det finnes ulike fremgangsmåter for å implementere en internasjonal rettsregel i norsk rett. I *Finanger I-dommen*⁷¹ valgte Høyesterett å presentere den nasjonale regelen, for deretter å vise hvilken betydning den internasjonale regelen vil få på den norske rettsregelen.

I denne fremstillingen velges en motsatt innfallsvinkel. Norsk rett vil tolkes i lys av den rettsregelen som er kommet til uttrykk i EU-domstolen. Grunnen til at denne innfallsvinkelen velges er at en får frem den internasjonale regelen på en bedre måte og en får vurdert denne isolert. Det å presentere den norske regelen først vil være litt unødvendig, da den uansett vil påvirkes av den internasjonale regelen⁷². Når en først kommer frem til den internasjonale regelen vil den kunne brukes som en tolkningsfaktor for de norske rettskildefaktorene som brukes og vektingen av disse⁷³. Den norske regelen blir tolket i lys av den internasjonale rettsregelen.

7.2 EU-domstolen sin tolkning

Når EU-domstolen skal komme frem til en rettsregel legger de vekt på konvensjonsteksten, men de er mye mer dynamisk i sin tolkning enn det som er vanlig i norsk rett.

Den dynamiske tolkningen fører til at ordlyden i konvensjonsteksten ofte får mindre betydning enn lovteksten gjør i norsk rett. Dette er noe som kan forklare det konsumsjonsprinsippet som det kan synes at EU-domstolen har kommet frem til, jf. punkt 6.2. Domstolen har fraveket direktivet for å kunne komme til en løsning som

⁷⁰ Innst. O. XI (1960-61) s. 16

⁷¹ Rt. 2000 s. 1811

⁷² Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, Oslo 2009 s. 66

⁷³ Arnesen, Stenvik s. 67

bedre ivaretar formålet, som har stor betydning i EU-domstolen⁷⁴. Formålet til Infosoc-direktivet er i stor grad å få en ensartet opphavsrett innad i Europa, det er et harmoniseringsdirektiv. Dette kan ha vært med å påvirke avgjørelsen slik at domstolen var mer opptatt av å lage en rettsregel som var lett anvendelig på mange forskjellige type saker enn å følge ordlyden i direktivet.

Når det gjelder klarheten til den internasjonale regelen er den klar hva gjelder det lovlig utlagte materialet. Det er også listet opp klare typetilfeller som skal gjelde som en opphavsrettskrenkelse. Regelen er derimot uklar hva gjelder ulovlig utlagt materiale og det er litt vanskelig å vite hvorvidt regelen gjelder på det området. Dette kan senke vekten på den internasjonale regelen og føre til at den bare brukes på lovlig utlagt materiale.

Problemstillingen videre blir om den internasjonale rettsregelen gjelder på alle typer av saker eller bare de typetilfellene som har vært oppe for EU-domstolen. Det har vært forskjellige typer av saker for EU-domstolen. Svensson-dommen gjaldt flere forflytningslenker til samme rettighetshaver, mens BestWater-dommen gjaldt en video som var integrert på en side. Disse to sakene ble behandlet likt og fikk en lik rettsregel, noe som kan tyde på at domstolen mener at rettsregelen kan brukes på alle lenkingstilfeller, hvert fall så lenge det er lovlig utlagt materiale det lenkes til.

Den manglende differensiering både hva gjelder lenkingstyper og volumbegrensning kan være med å svekke rettsregelen. Løsningen fra EU-domstolen virker litt enkel og det kan være med å påvirke for hvilke typetilfeller den blir brukt.

Den rettsregelen som EU-domstolen kom frem til er at lenking på internett ikke krenker åvl. § 2 med mindre det blir lenket til "new public". For mer inngående om denne regelen og begrensningene vises det til drøftelsene i punkt 6.

7.3 Fastleggelse av den norske regelen

Når en blir med i en konvensjon vil ikke bare konvensjonsteksten ha betydning, også den fremtidige utviklingen i konvensjonspraksis har betydning⁷⁵. EU-domstolen sin tolkning av "tilgjengeliggjøring for allmennheten" vil måtte vektlegges også i norsk rett. Når de norske reglene skal avgjøres må både konvensjonsteksten, formålsbetraktninger og den internasjonale domstolen sine avgjørelser vektlegges⁷⁶.

Slutningene fra de forskjellige norske rettskildedefaktorene påvirkes av den internasjonale rettsregelen.

Det er i hovedsak to prinsipper som gjør seg gjeldende ved fastleggelse av en norsk regel i lys av en internasjonal regel og det er presumsjonsprinsippet og effektivitetsprinsippet. Presumsjonsprinsippet går ut på at der det er flere mulige tolkningsalternativer etter norsk rett, skal det velges det alternativet som er nærmest den internasjonale regelen.

⁷⁴ Arnesen, Stenvik s. 31

⁷⁵ Arnesen, Stenvik s. 130

⁷⁶ Rt. 2005 s. 833

Effektivitetsprinsippet går ut på at en skal tolke den norske regelen slik at virkningen og formålet til den regelen konvensjonen oppstiller, oppnås på nasjonalt nivå. Den norske regelen må ikke føre til at et direktiv mister sin effektive virkning⁷⁷.

Spørsmålet blir hvilken vekt løsningen med "new public" som vurderingskriteriet skal få for lenking på internett som et eventuelt brudd på åvl. § 2.

Når dette skal vurderes kan det ha betydning hvilket rettsområde en er på. I sakene med lenking er det saker stort sett mot private og sjeldent mot staten, da kan det være mindre grunn til å følge konvensjonen. Der det har vært tvil om rettsoppfatningen kan det være større grunn til å legge vekt på den internasjonale regelen⁷⁸. Det vil også ha betydning hvor klar den internasjonale regelen er.

På områder der tolkningen av konvensjonsteksten har vært usikker vil praksis kunne spille en større rolle. På lenkingsområdet er det ganske klart at konvensjonsteksten har vært usikker. Dette er noe en ser både på rettspraksis fra de forskjellige landene, men også uenigheten i juridisk litteratur.

7.4 Den norske rettsregelen

7.4.1 Innledning

Videre vil den norske rettsregelen bli gjennomgått, for å klarlegge hva som er de lege lata i norsk rett. Den norske retten har i utgangspunktet vært mer differensiert enn det EU-retten synes å være og det må da vurderes hvor udifferensiert en kan la den norske retten bli før en må fravike den internasjonale rettsregelen.

7.4.2 Lovtekst og forarbeider

Ved vurdering av en norsk rettsregel skal en alltid begynne i lovteksten. Denne er lite tydelig på området og sier ikke stort mer enn at verk som "fremføres offentlig" er tilgjengeliggjøring for allmennheten og at slik fremføring også kan være trådløst til allmennheten, jf. åvl. § 2.

For at det skal kunne sies å være en slik type handling må allmennheten kunne ha tatt del i åndsverket. Når en lenker ved forflytningslenker kan ikke allmennheten ta del i verket før en forflytter seg til den siden som materialet ligger ute på. Dette viser at lenking har et preg av henvisning. Det er dette henvisningspreget som gjør at en teoretiker som Ole-Andreas Rognstad mener at lenking ikke er tilgjengeliggjøring for allmennheten. Forflytningslenker skaper tilgang til verket, men har et henvisningspreg gjennom at denne passive tilgangen og handlingen utelukkende er basert på åndsverket. For at internett i det hele tatt skal fungere må det nok åpnes for at det kan skapes forflytningslenker uten hindring fra opphavsretten. Ordlyden taler nok for at

⁷⁷ Rt. 2008 s. 453 premiss 52

⁷⁸ Arnesen, Stenvik s. 76.

forflytningslenker ikke er tilgjengeliggjøring for allmennheten. Den norske retten er her lik som den internasjonale rettsregelen.

Der materialet ikke ligger åpent ute og en lenker til åndsverket slik at alle kan ta del i materialet vil det åpne for at allmennheten kan ta del i verket og det vil da være et klarere preg av at den som lenker har åpnet for at allmennheten har kunne tatt del i åndsverket.

Ettersom en har ulike typer lenker vil det kunne fremstå forskjellig der det er forflytningslenker og der det er hentelenker. Hentelenker har et klarere preg av å være rådighet over et åndsverk ved at den som lenker gjør verket tilgjengelig for allmennheten på sin egen side. Samtidig er det opphavsmannen som styrer at verket i det hele tatt vil vises på siden som lenker. Det er opphavsmannen som styrer hvor lenge åndsverket ligger ut og da vil vises på siden en har lenket fra. Ved at åndsverket kan fjernes av opphavsmannen selv vil også denne lenkingstypen ha en form for henvisning. Loven kan da tolkes i begge retninger og det er ikke noe i loven som stenger for at lenking kan ses på som tilgjengeliggjøring.

Forarbeidene til åvl. uttaler at tilgjengeliggjøringsbegrepet skal tolkes vidt⁷⁹. Det er også tilgjengeliggjøring der allmennheten delvis får "adgang til å bli kjent med verket". Ved at det lenkes til verket kan det være personer som ikke ville vært oppmerksom på åndsverket som blir kjent med det. Dette er noe som taler for at lenking kan være tilgjengeliggjøring.

Ved bruk av forarbeider kan en også legge vekt på en "hypotetisk lovgivervilje". Trolig vil lovgiver at norsk rett skal følge EU-retten, slik at den har stilt det åpent etter forarbeidene om lenking kan være en tilgjengeliggjøringshandling.

Som nevnt ovenfor har Rognstad nå et synspunkt der lovtekst og forarbeider tilsier at lenking ikke er tilgjengeliggjøring. Tidligere hadde han ett motsatt synspunkt, mer i punkt 5.1. Det var nok slik norsk rett i utgangspunktet ble tolket hva gjelder lenking, men det kom en endring etter Napster.no-dommen. Tande mener at lovtekst og forarbeider kan tilsi at lenking er tilgjengeliggjøring.

Dette viser den usikkerheten og uklarheten som åvl. og forarbeidene til loven har ført til på området for lenking. Ingen av de norske teoretikerne har kommet med noen uttalelse i lys av den nye praksisen som er kommet fra EU-domstolen og det er mulig at dommene vil føre til at et annet syn blir rådende i norsk rett. Tolker en lovtekst og forarbeidene i lys av den internasjonale regelen taler det nok for at lenking ikke er en form for tilgjengeliggjøring for allmennheten der åndsverket ligger åpent ute på nettet.

7.4.3 Rettspraksis

Den eneste lenkingssaken for Høyesterett i Norge er Napster.no-dommen. Der kom ikke Høyesterett til et klart svar hva gjelder lenking som en tilgjengeliggjøringshandling og de avgjorde spørsmålet på medvirkning.

⁷⁹ Ot.prp. nr.26 (1959-1960) s. 16

Napster.no-dommen skal vurderes i lys av den internasjonale rettsregelen, slik at en ser hvilken konsekvenser regelen får. Det er to ulike måter å se "new public"-kriteriet på hva gjelder lenking til ulovlig utlagt materiale. En kan se vurderingen som objektiv, slik at det å lenke til ulovlig utlagt materiale ikke vil krenke eneretten til opphavsmannen fordi åndsverket allerede har nådd ut til alle. En kan også se på det som at "new public"-kriteriet ikke gjelder i disse tilfellene og at det da vil være tilgjengeliggjøring for allmennheten. Trolig er det sistnevnte løsning EU-domstolen har ment skal være gjeldende.

Napster.no-dommen gjaldt en person som hadde en samleside som inneholdt lenker til musikkfiler som lå på internett uten opphavsmannens samtykke. En kunne selv legge inn filer på denne siden eller en kunne lenke til filer som lå andre steder. Legger en den objektive vurderingen av "new public" til grunn vil det ikke være noen "new public" for sistnevnte tilfelle da lenkene allerede lå ute på andre nettsider som var åpen for alle. For tilfellene der lenkene ble opprettet under napster.no vil det være tilgjengeliggjøring, da åndsverket ikke har nådd ut til allmennheten tidligere. Lenkene som da lå ute på andre nettsider og som napster.no bare lenket til førte ikke til "new public" og er da ikke tilgjengeliggjøring. Dette viser at kriteriet ikke er optimalt hvis det også gjelder på ulovlig utlagt materiale da det vil få store konsekvenser om det ulovlig utlagte materiale har ligget ute på nettet tidligere eller ikke.

Bruker en den andre typen av vurdering, at "new public"-kriteriet ikke kommer til anvendelse vil det klart krenke opphavsretten da en lenker til noe som ikke har opphavsmannens samtykke. Den samme konklusjonen vil en komme til om en bruker et subjektivt vurderingstema av "new public". Opphavsmannen til musikken hadde ikke ment at åndsverket skulle legges ut på nettet, åndsverket hadde da ikke noe tenkt publikum fra opphavsmannens side og det er tilgjengeliggjøring for allmennheten å lenke til disse åndsverkene.

Gjennomgangen av Napster.no-dommen viser at det har stor betydning hvilken type vurdering en gjør "new public"-kriteriet ut ifra og det er nok nødvendig med en tydeligere presisering fra EU-domstolen på området for ulovlig utlagt materiale. Det viser også at ved bruken av "new public"-kriteriet ville vurderingen av dommen for Høyesterett vært ganske annerledes og en hadde ikke trengt å ta vurderingen på medvirkning.

At Høyesterett ikke tok stilling til om lenking var en tilgjengeliggjøringshandling kan tyde på at de har ventet på at det skulle komme en dom fra EU-domstolen på området, noe som det nå har kommet. Den avventende holdningen de tok og at de ikke konkluderte på lenkingsspørsmålet gjør at det er liten grunn til å legge vekt på den sparsommelige norske rettspraksisen på området, da den gir liten avklaring. Dommen kan også belyse at de rettskildene i norsk rett som forelå på det tidspunktet, som lovttekst og forarbeider, ikke talte for noen klar løsning. Dette er med på å styrke vekten av den internasjonale rettsregelen.

7.4.4 Reelle hensyn

Hensynene til forutberegnelighet og innrettelse kan få betydning. Den internasjonale rettsregelen får liten negativ betydning for brukerne av internett, da EU-domstolen er

mindre restriktiv til lenking enn det oppfatningen trolig har vært tidligere. Rettighetshaverne kan ha innrettet seg etter at opphavsmannens enerett også gjaldt lenking til åpent materiale. Samtidig skal de være mer opplyste og oppdaterte da de er profesjonell part, jf. Finanger I. Det har ikke vært noen entydig rettsoppfatning på området i Norge, teoretikerne har vært uenige og rettspraksis har ikke gitt svar. Det er liten grunn til å legge avgjørende vekt på disse hensynene, da heller ikke de gir et klart svar på problematikken.

Løsningen fra EU-domstolen vil nok ikke føre til noen store negative ringvirkninger for opphavsmannen i de aller fleste tilfellene. Han vil fortsatt ha rådigheten over når åndsverkene skal ligge ute på internett, men han vil ikke ha kontrollen over hvor det ligger. Trolig vil opphavsmennene fortsatt få mange klikk på sine sider og da kunne tjene penger på åndsverkene. Hvis omfanget av lenkingen skulle øke og det lages sider utelukkende basert på andres åndsverk vil det derimot kunne bli mer problematisk for opphavsmannen. Det vil nok uansett settes en stopper for dette hvis slike tilfeller kommer opp for domstolene.

7.4.5 Manglende differensiering i EU-retten

Det må videre vurderes når preget av rådighet ved lenking blir så dominerende at det er en selvstendig tilgjengeliggjøring og når det bare henvisning. Dette har delvis vært nevnt ovenfor når det diskuteres forskjellene mellom forflytnings- og hentelenker. Ved forflytningslenker er en så avhengig av opphavsmannens handling og ens egen bruk av åndsverket er så passiv at dette nok bare har et henvisningspreg og en kan ikke si at en tilgjengeliggjør åndsverket for allmennheten. Slik har rettstilstanden vært i Norge tidligere og det vil ikke endres av den internasjonale rettsregelen som kommer til det samme.

Ved hentelenker integrerer en et åndsverk i sitt eget materiale og en bruker det da mer aktivt enn ved forflytningslenker. Denne måten å lenke på fører til at en utnytter et åndsverk. Tilgangen til åndsverket blir mer direkte ved at det ikke kreves annet fra brukeren enn at han går inn på siden som det er lenket fra for å ta del i åndsverket. Både Rognstad, Torvund og Tande har tatt til orde for at en slik type lenking er tilgjengeliggjøring etter norsk rett. EU-domstolen mener i BestWater-saken at denne typen av lenking skal behandles på samme måte som forflytningslenker og at det ikke skal sondres mellom lenkingstypene.

Den norske rettsregelen kan synes å være mer differensiert enn det den internasjonale rettsregelen som EU-domstolen kom til er. Det er spesielt i norsk juridisk litteratur en har ment at det skal differensieres mellom lenkingstyper, men også Høyesterett åpnet for dette i Napster.no-dommen uten å ta noe standpunkt til denne problemstillingen.

Den manglende differensieringen i den internasjonale rettsregelen kan være med på å svekke regelens betydning i norsk rett, da den kan ses på som en "lettvind" løsning som ikke samsvarer med den norske retten. EU-domstolen har behandlet saker med flere ulike typer lenkingstyper og domstolen har nok ment at de er kommet til en løsning som fungerer på både forflytnings- og hentelenker. Differensiering mellom ulike lenkingstyper er ikke aktuelt etter EU-retten.

Det må vurderes hvor langt en kan gå i bruken av en lite differensiert internasjonal rettsregel når den norske rettsregelen synes å være mer differensiert.

Noe som kan få stor betydning for opphavsmennene er hvis lenkingen fra en side er større i omfang enn bare et fåtall lenker. Har en en side der en integrerer videoer, bilder og artikler fra forskjellige sider vil en kunne tjene penger nærmest utelukkende på andres åndsverk. EU-domstolen hadde muligheten til å ta opp denne problemstillingen i Svensson-dommen, som da gjaldt flere lenker fra et nettsted til andres åndsverk. Der ble det ikke nevnt at det var noen form for volumbegrensning på lenking til åpent materiale. Det går et skjæringspunkt der det blir lenket mange nok ganger fra et nettsted til andres åndsverk og det må settes en grense for at lenkingen er tilgjengeliggjøring, selv om åndsverket ligger åpent ute på nettet. Preget av henvisning vil komme i bakgrunnen og det går over til selvstendig bruk av åndsverk der en systematisk lenker til mange åndsverk fra samme rettighetshaver for å gjøre sin side bedre.

Det er ikke ønskelig at en skal kunne utnytte andres åndsverk og tjene penger på det. En systematisk lenking til samme rettighetshaver vil kunne bryte med hensynet til at opphavsmannen skal få igjen for den innsatsen han har lagt ned. Etter den internasjonale rettsregelen er det fritt frem å lenke til lovlig utlagt materiale og dette er noe som bryter med den norske oppfatningen. Differensieringen mellom ulike lenkingstyper har ført til at en volumbegrensning nok vil være en naturlig konsekvens av det de norske teoretikerne har ment. Det må dermed vurderes hvor omfattende bruk av hentelenker til en og samme rettighetshaver en kan tillate i norsk rett. Etter EU-retten er det klart at opphavsretten ikke setter noen grense på dette punktet.

Manglende differensiering gjennom omfanget av lenkingen er noe som kan føre til at den internasjonale rettsregelen ikke vil bli anvendt på alle former for lenking i norsk rett. Det blir et spørsmål om hvor lite differensiert den norske retten kan bli på området, der den tidligere synes å ha vært differensiert.

Høyesterett uttalte i Napster.no-dommen at de så på lenkingsproblematikken på samme måte uavhengig om det var lovlig eller ulovlig utlagt materiale. Dette er ikke fulgt opp av EU-domstolen, da det skilles mellom materiale som ligger åpent på nettet og der materialet er lagt ut på annen måte.

Samtidig har ikke EU-domstolen klart sagt hva som gjelder på området for ulovlig utlagt materiale. Det er nevnt begrensninger i bruken av "new public", men her listes ikke ulovlig utlagt materiale opp. Som nevnt ovenfor gjelder nok ikke "new public" på åndsverk som er lagt ut uten opphavsmannens samtykke. Trolig vil nok ikke "new public" bli gjort gjeldende på ulovlig utlagt materiale i norsk rett da det vil skille så voldsomt mellom den som legger ut materialet/lenker til det første gang og de øvrige som lenker. Preget av selvstendig rådighet kan nok kanskje sies å være større der åndsverket er lagt ut uten opphavsmannens samtykke, fordi da bruker en åndsverket på en måte som opphavsmannen ikke hadde planer om. Dette stiller seg annerledes enn tilfeller der opphavsmannen har lagt verket ut på internett, da har han bevisst gitt åndsverket til alle potensielle brukere av internett. Det vil nok bli en endring i norsk rett der en tidligere ikke sondret mellom lenking til lovlig og ulovlig utlagt materiale, noe en trolig må gjøre nå.

Norsk rett er i utgangspunktet mer differensiert enn EU-retten og en holder seg mer til lovteksten enn hva som er tilfellet i EU. Ser en på de norske rettskildene er det bare teoretikerne som differensierer mellom de ulike lenkingstypene, mens volumbegrensningen ikke synes å komme opp som et tema i det hele tatt.

Når en står overfor ulike tolkningsalternativer som i dette tilfelle vil både presumsjons- og effektivitetsprinsippet tale for å ha en norsk rettsregel som er i samsvar med den internasjonale rettsregelen. Ved å følge den internasjonale rettsregelen vil formålet til direktivet om en enhetlig rett på lenkingsområde hos konvensjonslandene opprettholdes. I tillegg vil formålet til den internasjonale regelen om at det skal være en enkel rettsregel på området oppfylles.

Den juridiske litteraturen har vært klar på at det skal sondres mellom ulike lenkingstyper. Dette vil nok få den konsekvens at den internasjonale rettsregelen vil få betydning på de fleste former for lenking til lovlig utlagt materiale, men at det kan komme en begrensning der det blir omfattende bruk av hentelenker til samme rettighetshaver. Det vil nok også bli en begrensning i bruken av "new public"-kriteriet der det er ulovlig utlagt materiale.

Rettsregelen som EU-domstolen kom til i Svensson-dommen følges av norsk rett for enkeltlenker og i tilfeller av lovlig utlagt materiale.

8 Veien videre/Konsekvenser

Som nevnt virker det som om EU-domstolen mener at de har kommet frem til en løsning som står seg for lenking og det er lite trolig at de vil fravike fra "new public" med det første. Kriteriet er nok noe som vil brukes hvis vurderingen av om lenking er en tilgjengeliggjøringshandling kommer opp for norske domstoler. Det har nok blitt større adgang å lenke til åndsverk enn tidligere, spillerommet ved lenking til lovlig utlagt materiale har blitt større enn det som var oppfatningen i norsk rett tidligere. Dette vil få konsekvenser for både brukerne og opphavsmennene og noen av disse konsekvensene skal belyses nærmere her.

For opphavsmennene bidrar "new public" til en vanskelig avveining. Når en legger ut materiale på nettet vil de aller fleste ha flest mulig klikk på sine åndsverk. Får de mange klikk vil dette igjen kunne føre til større inntekter. Ved å legge noe ut på nettet uten noen form for beskyttelsesmur vil opphavsmannen ikke ha kontroll over hvor åndsverket vil kunne lenkes til videre. Ettersom det ikke gjøres forskjell på hentelenker og forflytningslenker vil en da ikke kunne kontrollere hvilke sider som lenker til materialet og en må ta i bruk de ideelle rettighetene i åvl. § 3 om en skal stoppe åndsverket sitt fra å bli tilgjengeliggjort i krenkende sammenhenger. De kan da ikke hindre at andre kan utnytte deres åndsverk og tjene penger på dette.

Hensynet til økonomisk vinning vil måtte avveies mot det å ha mest mulig kontroll over åndsverket. Konsekvensene kan bli at opphavsmannen får mindre kontroll over hvor åndsverket vises og hvem som lenker til åndsverket. Dette vil i ytterste konsekvens kunne føre til at færre vil skape åndsverk eller at færre vil tilgjengeliggjøre åndsverkene sine på internett.

For lenkeren sin del vil "new public" kunne åpne en del muligheter. Som nevnt i punkt 6.5 må de ideelle rettighetene i form av sitat- og respektretten i åvl. § 3 fortsatt respekteres, men angående tilgjengeliggjøring vil en kunne integrere åndsverk på sine egne nettsider i større grad enn det som nok var lovlig tidligere.

En person kan på sin egen side integrere videoer fra andre nettsider. Dette kan både være videoer fra youtube eller lignende, eller nett-tv fra for eksempel NRK som ligger åpent ute på nettet. Videre kan det integreres artikler fra forskjellige nettsider og en kan legge inn radio-feeder eller podcaster fra radiostasjoner. Dette vil kunne føre til at en får mer spesialiserte sider som utelukkende tar inn de sakene og det materialet som er aktuelt for en spesifikk målgruppe. Gjennom dette kan den som har en slik side tjene gode penger på annonser. Annonsørene på nettsiden kan være mer spesifikke og spesialiserte og en kan gjennom dette i noen tilfeller tjene mer penger enn der det er mer generelle annonsører. Siden kan også være enklere å navigere i eller bruke mindre datatrafikk som fører til at den vil være billigere å bruke gjennom 3G- eller 4G-nett. Dette vil kunne føre til at en slik side vil bli foretrukket av brukerne fremfor siden som har opphavsretten til materialet.

Den som oppretter en slik side vil måtte gjøre en jobb med å sette opp siden, men det finnes mange programmer som integrerer de forskjellige åndsverkene automatisk, slik at han selv ikke har en like stor arbeidsmengde som det opphavsmannen til en del av de åndsverkene som det lenkes til har. Dette kan da føre til at vi ser flere multimediasider laget av enkeltpersoner for ulike interesser, da de vil kunne tjene penger nærmest utelukkende på andres åndsverk.

Det negative for den som oppretter slike sider vil være at han ikke har kontroll over åndsverket, da det ikke er han som har lagt det ut. Hvis opphavsmannen velger å fjerne åndsverket fra nettet vil det også fjernes fra den siden som lenker til dette. Opphavsmannen vil fortsatt ha en viss kontroll over hvor lenge åndsverket kan ligge på nettet, men altså i liten grad hvor på nettet det ligger. Fjerner opphavsmannen åndsverket som er lagt ut kan ingen lovlig lenke til dette og opphavsmannen kan da få full kontroll over åndsverket. Dette kan særlig være aktuelt der andre enn opphavsmannen tjener på åndsverket. Det kan da legges ut på nytt igjen, da bak en beskyttelsesmur slik at ingen kan lenke til åndsverket uten opphavsmannens samtykke.

Opphavsrettslig sett kan en også lage sider som ligner på andre nettsider og har helt det samme innholdet. Det er som nevnt ikke lagt noen begrensning i omfanget på lenking fra EU-domstolen sin side. Dermed kan en opprette en side lignende for eksempel VG som lenker til alle VG sine artikler. Den som lenker kan skreddersy siden til å være mer brukervennlig og raskere å navigere på enn en vanlig side, gjerne uten så mye reklame eller reklame i det hele tatt. I sistnevnte tilfelle vil det være en ikke-kommersiell side og da vil heller ikke konkurranseretten komme inn og sette grenser for hva en som lenker til åndsverket kan gjøre. Dette viser hvor store konsekvenser manglende volumbegrensning på lenkingen kan ha.

I verste fall kan "new public"-kriteriet og bruken av det være med på å uthule opphavsretten. Mer og mer vil bli lagt ut på nettet og den oppvoksende generasjonen vil bli vant med at lite er igjen på papir og det meste vil komme ut digitalt. For å få regulert

området kan konkurranseretten spille en viktig rolle og den må kanskje verne mer om åndsverk der de brukes på en kommersiell måte av den som lenker til åndsverket.

I en konkurranserettslig vurdering vil en kunne ha en bredere drøftelse der flere hensyn og momenter kan vektlegges. En kan ha en "fair use"-vurdering, som er vanlig i amerikansk opphavsrett. Hvert enkelt tilfelle kan bli vurdert konkret og dette kan kanskje bidra til å stimulere produksjon av åndsverk, ved at opphavsmannen får mer vern for den økonomiske inntjeningen av verket. Samtidig vil ikke dette gi like klare regler og det kan fort bli mange tvilstilfeller på hva som er lovlig lenking.

Det er helt klart uheldig at vurderingen må tas på bakgrunn av konkurranseretten. Typetilfellene som er nevnt i dette punktet viser at det kan være nødvendig med større differensiering slik at en ikke kan nyttiggjøre seg utelukkende av andres åndsverk på internett uten vern fra opphavsretten.

9 Avslutning

Avgjørelsene i EU-domstolen om lenking har bidratt til delvis avklaring på området om lenking er tilgjengeliggjøring for allmennheten etter åvl. § 2. Det er fortsatt uklart hva som gjelder ved lenking til ulovlig utlagt materiale og hvor langt kriteriet gjelder i tilfeller der omfanget på lenkingen er stort. Der en de siste årene har sett at opphavsmannen har fått sterkere vern har kriteriet om "new public" bidratt til det motsatte og det er grunn til å tro at det vil bli en videre utviklingen på opphavsrettens område hva gjelder lenking.

Litteraturliste

Lover:

Lov 12. mai 1962 nr.2 om opphavsrett til åndsverk m.v.

Lov 27. November 2011 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)

Direktiv:

dir. 2001/29/EC

Forarbeider:

Forarbeid til åndsverkloven av 1930 Innst. 1925

Ot.prp. nr. 26 (1959-1960)

Innst. O. XI (1960-61)

Høringsutkast 2. April 2003: om forslag til endringer i åndsverkloven m.m

Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)

Norsk rettspraksis:

Rt. 1940 s. 327

Rt. 1953 s. 833

Rt. 1964 s. 782

Rt. 1985 s. 883

Rt. 1995 s. 35

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2005 s. 41

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2007 s.1329

Rt. 2008 s. 453

EU-praksis:

Sak C-306/05, Sml. 2006 s.I-11519

Sak C-135/10, *Societa Consortile Fonografici (SCF) mot Marco del Corso*, publisert elektronisk

Sak C-466/12, *Nils Svensson og andre mot Retriever Sverige AB* (ennå ikke i Sml.)

Sak C-279/13, *C More Entertainment AB v Linus Sandberg* (ennå ikke i Sml.)

Sak C-348/13, *BestWater International GmbH mot Michael Mebes og Stefan Potsch* (ennå ikke i Sml.)

Utenlandsk rettspraksis:

NJA 1980 s. 123

NJA 1980 s. 258

NJA 1996 s. 354

NJA 2000 s. 292

UfR 2004 s. 2134

IIC 2004 s.1097

Bøker:

Knoph, Ragnar, *Åndsretten* (Oslo 1936)

Knoph, Ragnar, *Knophs Oversikt over norsk rett*, 13.utgave (Oslo 2009)

Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett* (Oslo 2009)

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, (Oslo 2009)

Sejersted, Fredrik m.fl., *EØS-rett*, 3.utgave (Oslo 2011)

Avhandlinger:

Tande, Knut Martin, *Lenker til andres materiale på www som selvstendige krenkelser av åvl. § 2, åvl. § 43 eller mfl.§ 1* (Bergen 2005)

Artikler:

Vold, Erik, "Napster.no til Høyesterett", *Nordiskt immateriellt rättsskydd*, 2004 s. 536-552

Rognstad, Ole-Andreas, "Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-saken", *Nordiskt immateriellt rättsskydd*, nr. 4 2005 s. 344-370

Torvund, Olav, "Enerett til lenking - en keiser uten klær?", *Nordiskt immateriellt rättsskydd*, nr. 5 2008, s. 417-443

Westman, Daniel, "Länkning som upphovsrättslig överföring till allmänheten", *SvJT*, 2012 s. 800-823

Rosèn, Jan og Granmar, Claes, "Länkning på internet – EU-domstolen i konflikt med internasjonell rett", *SvJT*, 2015, s. 1-19

Internett:

Store norske leksikon, Internetts historie se https://snl.no/Internetts_historie (april 2015)

Wessel-Aas, Jon, Ødegaard, Magnus, *Opphavsrett og lenker til internett*, kan leses på <http://binghodneland.no/artikler/opphavsrett-og-lenker-pa-internett/> (april 2015)

Medienorge <http://medienorge.uib.no/statistikk/medium/avis/185> (april 2015)