

OPPHAVSRETTLIGE SYNSPUNKTER PÅ LENKER TIL UTLAGTE ÅNDSVERK PÅ INTERNETT



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 507
Leveringsfrist: 25.11.11

Til sammen 17438 ord

23.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Mål for avhandlingen/Problemstilling	2
1.1.1	Begrepsbruk	3
1.2	Avgrensning	3
1.3	Rettskildebildet	4
1.3.1	Napster.no-dommen	4
1.3.2	Internasjonale rettskilder	5
1.4	Debatten hittil	6
1.5	Den videre fremstillingen	7
<u>2</u>	<u>ENERETTEN TIL Å RÅDE OVER VERKET</u>	<u>8</u>
2.1	Enerettsbegrepet	8
2.2	Eksemplarframstilling	11
2.3	Tilgjengeliggjøring	12
2.3.1	Spredning	14
2.3.2	Visning	15
2.3.3	Fremføring – en introduksjon	15
2.4	...for allmennheten	16
<u>3</u>	<u>FREMFORINGSRETTENS INNHOLD</u>	<u>17</u>
3.1	Eksemplarubundet tilgjengeliggjøring	19
3.2	Offentlig fremføring	19
3.2.1	Direkte fremføring (Live fremføring)	20
3.2.2	Indirekte fremføring (Fremføring med tekniske hjelpemidler)	20

4	<u>OVERFØRING TIL ALLMENNHETEN (FJERDE LEDD)</u>	20
4.1	Aktive overføringer	23
4.2	Tilrådighetsstillelse	24
5	<u>LENKER TIL UTLAGTE ÅNDSVERK PÅ INTERNETT</u>	24
5.1	Kan lenking være eksemplarframstilling?	25
5.2	Det tekniske bakteppet	26
5.2.1	Forskjellige måter å lenke på	29
5.2.2	Analog virkelighet vs. Digital verden	30
5.3	Fremføring og internett	31
5.3.1	Fremføring/overføring/tilgjengeliggjøring – valg av ordbruk	31
6	<u>SYNSPUNKTER</u>	32
6.1	Allerede gjort tilgjengelig av utlegger?	32
6.1.1	Er lenking en videre tilgjengeliggjøring?	33
6.2	Umiddelbar tilgang?	38
6.3	Ren henvisning?	39
6.4	Opphavsmannens legitime interesser	40
6.4.1	Økonomiske interesser	40
6.4.2	Ideelle rettigheter	41
6.4.3	Andre reelle hensyn?	44
6.5	Det implisitte samtykke	46
7	<u>BETRAKTNINGER</u>	48
7.1	Analogisk tolkning	48
7.2	Opphavsrettslovgivningens u/tilstrekkelighet	49
7.3	Konklusjon	51

8	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>52</u>
8.1	Lover og forarbejder	54
8.2	Domsregister	54

1 Innledning

«Som følge av den teknologiske utviklingen kan opphavsrettslig beskyttet innhold formidles i et helt annet omfang enn tidligere. Dette har mange positive sider – blant annet økt tilgang til åndsverk – men innebærer også store utfordringer ved at det blir vanskelig for rettighetshaverne å kontrollere bruken av opphavsrettsbeskyttet innhold og håndheve sine rettigheter. Distribusjon av opphavsrettsbeskyttet innhold på Internett uten samtykke fra rettighetshaverne utgjør en stor trussel mot rettighetshavernes legitime interesser.»

Kulturdepartementets høringsnotat, 2011.

Det er ingen tvil om at opphavsretten er like gyldig på nettet som i den fysiske verden. Behovet for beskyttelse er det samme, men bør grensene trekkes helt likt? Er IRL¹ og URL² også i prinsippet det samme?

I norsk og internasjonal rettspraksis er det stor uenighet om hvorvidt lenking til åndsverk på internett skal anses å være en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Det viser at dette er vanskelige juridiske spørsmål som fortjener oppmerksomhet. Lenking er derfor blitt mye diskutert i opphavsrettslige kretser. Lenking er interessant fordi det ligger et behov for å beskytte åndsverk på internett generelt, og ulovlig opplastede åndsverk spesielt. Samtidig er det et behov for å beskytte allmennhetens bruk og tilgang til åndsverk. I opphavsrettslovgivningen er publikums utnyttelse av verket like mye i fokus som opphavsmannens beføyelser over verket. Både fordi de fleste nettsider på internett inneholder en eller annen form for åndsverk, og fordi lenking er grunnleggende for internetts funksjon, er spørsmålet om lenking aktuelt. Hvor grensene skal gå for hva

¹ IRL – In Real Life, betegnelse på *det virkelige liv*, livet som foregår i den fysiske ikke-digitale verden, også kjent som den analoge verden.

² URL – Uniform Resource Locator, adressesystemet i World Wide Web (www). Se en fremstilling av Internettets fremvekst i Kampen om Internett, Rasmussen 2007.

man skal anse som tilgjengeliggjøring jfr. åndsverkloven § 2 kan være vanskelig å få øye på, særlig i den digitale verden, og det finnes flere synspunkter; det er utgangspunktet for denne avhandlingen. Før EU-domstolen uttaler seg om saken må det kunne hevdes at det ikke er avgjort hvorvidt lenking skal anses som en tilgjengeliggjøring for allmennheten eller ikke.

Mye av problemet rundt opphavsrettslige drøftelser om internettbruk ligger i at begrepsbruken i åndsverkloven stammer fra en tid da det ikke var noe som het internett og digitale transmisjoner. Og selv om det er forsøkt å løse problemet ved å innføre nye begrep som *overføring* (jfr. åndsverkloven § 2 fjerde ledd), vil tolkningen fortsatt måtte basere seg på en teknisk sett utdatert virkelighetsforståelse. "*Hovedpoenget er at forsøk på å løse dagens opphavsrettsproblemer gjennom en anvendelse av de tradisjonelle opphavsrettsbegrepene fort leder til inkonsekvente løsninger, samtidig som vi ikke får stilt det sentrale spørsmålet: Kommer de handlingene det her er tale om i konflikt med rettighetshavernes legitime interesser?*"³

1.1 Mål for avhandlingen/Problemstilling

Hovedmålet for avhandlingen er å gjøre rede for og drøfte de forskjellige opphavsrettslige synspunkter når det kommer til lenkebruk på internett. Jeg vil tilføre noen nye vinklinger, men fokuset ligger på de eksisterende synspunktene. Avhandlingen vurderer lenking innenfor overføringsretten spesielt, og fremføringsretten og tilgjengeliggjøringsretten generelt.

Jeg anser det som nødvendig innledningsvis å ha med en kort redegjørelse av bakgrunnsretten for å gi et inntrykk av problemområdet. Avslutningsvis vil jeg vise problemene rundt begrepsbruken i opphavsretten, og hvordan disse ikke alltid passer inn i den moderne og digitale verden.

Den overordnede problemstillingen er om lenking til andres utlagte åndsverk på internett er en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling, og med det innebærer en krenkelse av opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring av åndsverket, jfr. åndsverkloven § 2.

³ Rognstad 2009b, s. 537.

1.1.1 Begrepsbruk

Jeg bruker gjennomgående ordet *lenke* når jeg snakker om en henvisning eller snarvei til hvor på internett en ressurs (fil, nettside, lyd- eller videostream etc.) finnes, og hvordan den kan nås. Lenke er en forkortelse for hyperlenke, og andre ord som er hyppig brukt er peker eller kobling. Forutsetningen for at en lenke skal fungere er at det finnes et datanett og en egnet tilgangsprotokoll. I *internetts* tilfelle er det TCP/IP. Jeg vil komme tilbake til en nærmere forklaring om lenker under kapittel 5.

Lenkeren er den som legger en lenke til andres utlagte åndsverk på internett. *Utleggeren* er den som først har lagt verket ut på internett på en webside. Det er dette åndsverket lenkeren legger en lenke til. *Brukeren* er den personen som aktiverer lenken ved å klikke på den og dermed får tilgang på åndsverket.

Jeg velger å bruke ordene *åndsverk* eller *verk* når jeg snakker om opphavsrettsbeskyttet materiale. De nærstående rettighetene i åndsverkloven kap. 5 er også beskyttet i form av en enerett til tilgjengeliggjøring for allmennheten, på samme måte som i § 2, og vil i noen tilfeller bli betegnet som åndsverk på grunn av dette.

Jeg vil gjennomgående bruke begrepet *opphavsmann* på den personen som er innehaver av opphavsrettigheten til det aktuelle verket. Det kan være både originær opphavsmann, jfr. definisjonen i åndsverkloven § 1 første punktum, og etterfølgende rettighetshaver. Når jeg snakker om området på internett der åndsverkene befinner seg, bruker jeg enten *nettsted*, og *nettside* eller *webside*.

1.2 Avgrensning

Avhandlingen vil kun konsentreres om de opphavsrettslige problemstillingene vedrørende lenking til utlagte åndsverk på internett.

Avhandlingen vil ikke gå inn på ytringsfrihet i forhold til digital bruk på tross av de aktuelle synspunkter som kan foreligge. Debatten rundt ytringsfrihet i forhold til digital bruk er på et overordnet plan sammenliknet med lenking. Det vil være et altfor stort område, og kunne være grunnlag for en egen avhandling.

Avhandlingen vil ikke vurdere søkemotorer konkret, da spørsmålet rundt disse også dreier seg om eksemplarframstilling. Men lenker som søkemotorer genererer ved søk faller inn under avhandlingens definisjon av lenker.

Det vil ikke være aktuelt eller relevant å gå dypt inn i internettets historie, men der det er nødvendig vil tekniske begreper og historisk relevante hendelser blir redegjort for. Ved behov vil det spesifikt avgrenses mot områder fortløpende i avhandlingen.

1.3 Rettskildebildet

Det rettslige utgangspunktet for all opphavsrettslig analyse må tas i Lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åvl./åndsverkloven). Det finnes ingen direkte regulering i åndsverkloven angående lenking. Derfor vil det i denne avhandlingen særlig være § 2 som skal tolkes. Forarbeidene er heller ikke konkret inne på lenking, hverken de som gjelder revisjon eller de som gjelder endringer. De mest relevante forarbeidene vil brukes i denne avhandlingen. Det finnes et stort antall juridiske bøker og artikler om de aktuelle emnene for avhandlingen.

På bakgrunn av lovsamarbeid med de andre nordiske landene, er det relevant å se på tolkninger av deres respektive lover. Lovsamarbeidet hadde et mål om rettsenhet, selv om det i dag nok foreligger forskjeller innenfor tolkningen av opphavsrettslovgivningen. Så langt det kan bidra til å veilede eller avgrense, vil derfor nordisk lovgivning, forarbeider, rettspraksis og litteratur tas med som rettskilder.

1.3.1 Napster.no-dommen

Den eneste relevante dommen i norsk rettspraksis som dreier seg om lenker til åndsverk på internett er høyesterettsdommen inntatt i Rt.2005.41, den såkalte Napster.no-dommen. Det finnes i tillegg et par underrettsdommer, men de blir uaktuelle i denne sammenheng. Jeg vil her kort gjennomgå bakgrunnen for napster.no-dommen, og den vil videre bli brukt som eksempel og rettskilde gjennomgående i hele avhandlingen. Saksøkte A startet et nettsted for nedlastning av og lytting til musikk, kalt Napster (<http://www.napster.no>). Nettstedet ble brukt til å legge ut lenker til andre nettsider som inneholdt ulovlig opplastede musikkfiler i mp3-format. Nettsidene med mp3-filene ble registrert av brukere av Napster og ikke av A selv. Ved å klikke på lenken fikk brukeren automatisk tilgang til å høre på musikken, eller laste den ned på sin egen datamaskin. Høyesterett tok ikke i klartekst stilling til hvorvidt lenking til utlagte verk på internett skal anses å være tilgjengeliggjøring jfr. åndsverkloven § 2. Men det drøftes enkelte

aspekter ved de opphavsrettslige spørsmålene angående lenking og er derfor interessant. Det antas at dommen tar til orde for at lenking ikke kan være en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling. Tilfellet ble dømt til å være medvirkning til straffbart forhold. Det straffbare forholdet var den ulovlige opplastingen av musikkfilene. A måtte betale erstatning til saksøker for utleggingen av lenkene. Saken må sies å være konkret avgjort, og det er uenighet om hvor langt den vil rekke som prejudikat i en tilsvarende sak senere.

1.3.2 Internasjonale rettskilder

Selv om opphavsretten er territoriell og hver stat har ansvar for fastsettelse av innholdet i lovgivningen, søker norsk rett, på bakgrunn av EØS-avtalen, i stor grad å være harmonisert med EU-retten. EØS-avtalens hoveddel er, som kjent, gjennomført i norsk rett ved inkorporasjon. En konsekvens av dette er de forskjellige direktivene som blir gitt. Opphavsrettsdirektivet er et av disse.⁴ Det regulerer områder innenfor hele opphavsrettsområdet, og har hatt stor påvirkning på norsk lovgivning. Åndsverkloven ble endret for å etterkomme Opphavsrettsdirektivet i 2005. Ved uoverensstemmelse mellom åndsverkloven og EØS-avtalens hoveddel, går altså EØS-reglene foran. Derfor er det naturlig å ha EU-retten i bakhodet når loven skal tolkes. EU/EF-domstolens avgjørelser vil være viktige for tolkningen av norsk opphavsrett ved usikkerhet.

Opphavsretten har alltid hatt et preg av internasjonal rettslikhet. Åndsverk kommer alltid til å deles; vises, spres og fremføres, på tvers av landegrensene. En noenlunde uniform lovgivning vil dermed være ønskelig. Det finnes flere internasjonale konvensjoner på opphavsrettsområdet. *Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verker* (BK), som trådte i kraft allerede i 1887, var den første. Norge tiltrådte med virkning i 1896. Konvensjonen har vært i utvikling og blitt endret frem til 1971. Den regulerer et lands plikter til å verne åndsverk fra opphavsmenn fra andre land som er medlem av den såkalte Bernunionen. Den er relevant fordi andre konvensjoner bygger delvis på den, og den er dessuten aktuell som sammenlikningsgrunnlag for tolking av tekster. Rettspraksis i Norden er lite homogen på det aktuelle området. Det er

⁴ Direktiv 2001/29 av 22.05.01 om opphavsretten i informasjonssamfunnet. Også kalt Infosoc-direktivet.

derfor nødvendig å se hen til internasjonal praksis utover de nordiske landene for å danne et bilde som evner å belyse området videre.

1.4 Debatten hittil

Hensikten med dette punktet er å gi et innblikk i hvordan synspunktene er kommet frem, og å gi en innføring i problematikken. Det vil ikke foretas noen inngående drøftelser, kun en presentasjon av synspunktene.

I skandinavisk litteratur foreligger det for øyeblikket flere artikler og bøker som helt eller delvis tar for seg lenkeproblematikken. Uenigheten er fortsatt stor hva gjelder hvilket resultat som er ønskelig. For meg fremstår det som om forfatterne av juridisk teori kan deles inn to grupper; de som legger vekt på det tekniske i det som skjer når man legger ut en lenke⁵, og de som mener det avgjørende må være resultatet av handlingen⁶. Innad i gruppene er det også noe uenighet om grunnlaget for de forskjellige synspunktene.

Den første gruppen fokuserer mye av argumentasjonen på at lenking kun er en henvisning, på samme måte som en vanlig henvisning i form av en fotnote i en bok eller artikkel, eller som en gjengivelse av en internettadresse (URL) uten hyperkobling. En gjengivelse av en ikke hyperkoblet URL er det enighet om at ikke kan være en tilgjengeliggjøring i noen form. Den er som å gi en adresse til en bygning i en hvilken som helst by. Videre legges det stor vekt på at internett er bygget opp av lenker. Hele funksjonen ligger i at det lenkes til sider, både ved intern lenking og ekstern lenking.

Den andre gruppen med juridiske forfattere har fokus på hva resultatet av en lenkehandling blir. De mener det er en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling som krenker opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring. De mener også at åndsverk skal kunne beskytte seg mot lenking, og at verk har vern mot lenking ut fra lovens ordlyd. Eller at det i det minste burde bli lovfestet.

⁵ De mest fremtredende her er Mads Bryde Andersen, Olav Torvund og Jens Schovsbo.

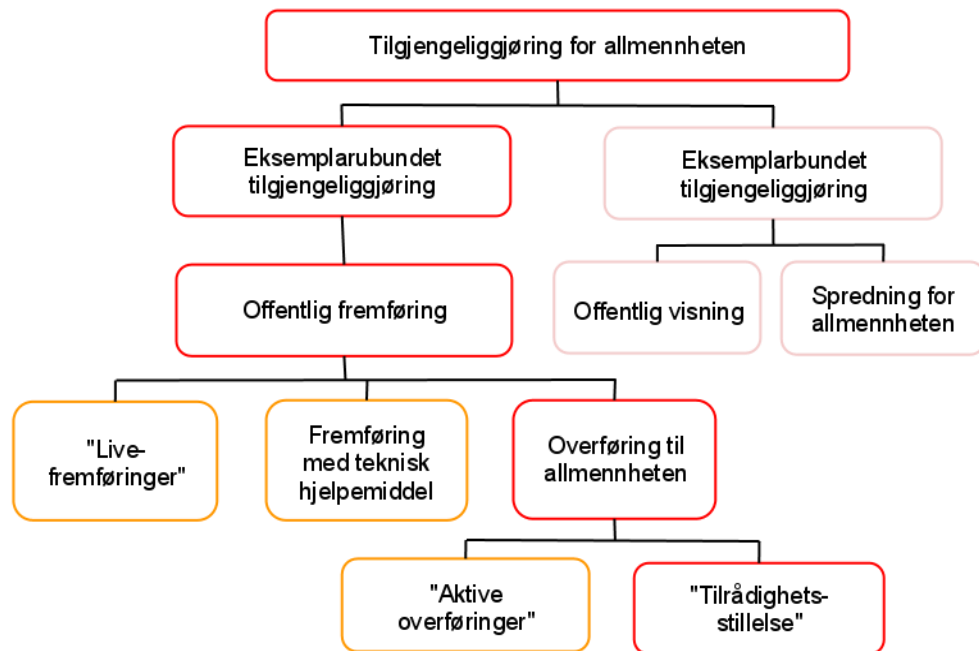
⁶ Aktørene her er blant annet Ole-Andreas Rognstad, Jon Bing, Peter Schønning og Henry Olsson.

Det later til å foreligge en bredere enighet om at såkalte dyplenker kvalifiserer mer til å være tilgjengeliggjøring, enn de såkalte overflatelenkene. Begrunnelsen er at dyplenkene finner frem til åndsverk dypere i nettstedet, og dermed rammer opphavsmannens interesser på en mer inntrengende måte.

1.5 Den videre fremstillingen

I den videre fremstillingen tar jeg først for meg det generelle lovgrunnlaget. Jeg redegjør for det grunnleggende enerettsbegrepet, jfr. åndsverkloven § 2, og innholdet i de forskjellige enerettighetene eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring i kapittel 2. Deretter går jeg nærmere inn på hva fremføringsretten innebærer i kapittel 3, som leder over til den delen av fremføringsretten som er overføringsretten i kapittel 4. I kapittel 5 drøfter jeg problematikken rundt lenkeutleggelse, og kapittel 6 de forskjellige synspunktene som er kommet frem via forskjellige rettskilder. Til slutt, i kapittel 7, vil jeg se nærmere på en eventuell modernisering av opphavsrettslovgivningen rundt avhandlingens aktuelle tema. Som nevnt innledningsvis er det stor uenighet på området, og derfor anser jeg det som nødvendig å gjennomgå bakgrunnsretten for å skape en større forståelse for hva de forskjellige synspunktene bygger sine resonnementer på.

2 Eneretten til å råde over verket



Figur: Ole-Andreas Rognstad.⁷

Figuren gir en god visuell oversikt over eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten og hvilke kategorier den kan deles inn i. De røde boksene leder fra *tilgjengeliggjøring* og ned til *tilrådgighetsstillelse*. Det må være under tilrådgighetsstillelse lenking må henføres hvis det anses å være en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling.

2.1 Enerettsbegrepet

Opphavsmannens enerettigheter som er regulert i åndsverkloven § 2, er økonomiske rettigheter. Eneretten sikrer en eventuell økonomisk gevinst opphavsmannen kan ha. Det vil kunne innebære et økonomisk tap for opphavsmannen om andre kunne benytte hans åndsverk på den, i paragrafen, nevnte måte. I egenskap av å være økonomiske

⁷ Rognstad 2009a, s. 178.

rettigheter, er de i juridisk forstand formuesrettigheter. Det innebærer at rettighetene kan bytte eier, jfr. åndsverkloven kap. 3 om opphavsrettens overgang. I en slags motsetning til de økonomiske rettigheter står de ideelle rettigheter, jfr. § 3. De ideelle rettighetene er også enerettigheter. Disse kan ikke overdras til andre, selv om de økonomiske rettighetene blir overdratt. De ideelle rettighetene vil jeg behandle, noe begrenset, senere i avhandlingen.

At opphavsmannen har eneretten til å råde over verket, innebærer en negativ rett til å forby andre å råde over verket. Videre innebærer det for opphavsmannen en positiv rett til å råde over verket på de måter han selv ser best egnet.⁸

Eneretten til å råde over et verk innebærer etter åndsverkloven § 2 eneretten til «å fremstille varig eller midlertidig eksemplar» av verket, eller «å gjøre det tilgjengelig for allmennheten». Eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring av verket omfatter alle versjoner av verket; «i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunststart eller i annen teknikk.». Andres bearbeidelse av verket slik at det oppstår «nye og selvstendige verk», jfr. § 4 er likevel utenfor opphavsmannens enerettigheter. Det ville ligge for stor begrensning i bruksmuligheten om ikke andre kunne la seg inspirere av verket, og på den måten skape nye verk.

En krenkelse av opphavsmannens enerett foreligger når andre råder over verket som nevnt i § 2 uten opphavsmannens samtykke, og uten at bruken er tillatt etter andre regler, for eksempel «lånereglene» i kapittel 2 i åndsverkloven. Lånereglene er en avgrensning av opphavsmannens enerettigheter til å råde over verket. Lånereglene er rettslig like sterke hensyn for brukeren av åndsverk, som enerettighetene er for opphavsmannen. Bakgrunnen for dette er reelle hensyn som ytringsfrihet, privat bruk, og publikums generelle behov for å kunne benytte seg av verket.

Det opphavsmannen har enerett til å råde over er «åndsverket», jfr. § 2 første ledd. Et åndsverk er i § 1 andre ledd definert som «litterære, vitenskapelige eller kunstneriske

⁸ Rognstad 2009a, s. 356.

verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform». Deretter følger en ikke uttømmende liste over eksempler på verksformer. En tilsvarende liste finnes i Bernkonvensjonen art. 2, men denne listen må derimot anses som uttømmende. Åndsverkloven § 1 bestemmer at det må foreligge et litterært, vitenskapelig eller kunstnerisk *verk*. Litterære verk er skriftlige verk av alle slag, som faglitterære fremstillinger, brev, intervjuer og så videre. Også muntlige fremstillinger inngår i denne kategorien. Kunstneriske verk kan være musikalske verk, kunstverk, sceneverk og så videre. Det er ikke åpenbart hva som kan defineres som et vitenskapelig verk uten at det samtidig er litterært eller kunstnerisk. Vitenskapelige verk er en egen kategori, men må for det meste ses i sammenheng med de to andre kategoriene.⁹

Definisjonen i loven av hvilke verk som gis vern setter grensen mot annen immaterialrett, også kjent som industriell immaterialrett, nemlig patentrett, varemerkerett og designrett.

Fra 1930-loven kunne det, ifølge Knoph, leses tre vilkår for hvilke verk som kan kreve vern; "a) en frembringelse; b) på det litterære, videnskabelige eller kunstneriske område, og c) av den art at det rettelig kan kalles for et åndsverk."¹⁰ I dagens lov vil man finne de samme vilkårene, om ikke i helt samme språkdrakt.

Frembringelse er byttet ut med *skaper*. I dette ligger at det må foreligge noe som kan løsrives fra opphavsmannens person, en ytre manifestasjon av verket. Verket må kunne reproduseres eller på annen måte uttrykkes til andre. Frembringelsen må være et uttrykk for en "virkelig åndsproduksjon"¹¹ for å oppnå vern. Opphavsmannen må ha lagt en del av seg selv i det som er skapt, det må ha vært et resultat av en skapende tankeprosess. Det siste vilkåret Knoph nevner, og som kan finnes igjen i dagens lov, er at det som skal vernes må kunne defineres som et *åndsverk*. Hva som er et åndsverk er et juridisk begrep, og må ikke bestå av en kvalitetsprøving av verket. Et objektivt stygt eller dårlig verk kan ha like stort krav på vern som et objektivt vakkert eller godt verk. Det er

⁹ Se Rognstad 2009a, s. 80 flg. for en drøftelse av betydningen av vitenskapelige verk.

¹⁰ Knoph 1936, s. 62.

¹¹ Knoph 1936, s. 63.

uansett ikke resultatet som fører til vern, men det kommer, ifølge Knoph, an på "den kunstneriske intensjon".¹² Det gjelder også ved de verk som ikke er av kunstnerisk art.

2.2 Eksemplarframstilling

Retten til å fremstille eksemplar er den første av de to grunnleggende enerettighetene opphavsmannen har jfr. åndsverkloven § 2. Det gjelder både den varige og den midlertidige eksemplarframstillingen. Og uansett på hvilken måte eksemplaret fremstilles; "i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur eller kunstart eller i annen teknikk" jfr. § 2 første ledd. Det betyr at en filmatisering av en bok er en eksemplarframstilling, eller at en skulptur som gjengir en skikkelse i et maleri er en eksemplarframstilling. Et eksempel på et varig eksemplar er en kopi av et fotografisk verk. Mens et midlertidig eksemplar er spesielt den midlertidige framstillingen av åndsverk som skjer ved dataoverføringer og behandling av åndsverk i digitale sammenhenger, jfr. Opphavsrettsdirektivet art. 2. Presiseringen kom til ved lovendringen i 2005.¹³ Den avgrenses dog i § 11a.

Eksemplarframstillingsretten gjelder også framstilling av middelbare eksemplar, jfr. andre ledd. Et middelbart eksemplar er et eksemplar der verket ikke kan oppleves direkte, et verk overført til "innretning som kan gjengi verket", jfr. ordlyden. Typiske eksempler er CD'er og DVD'er, men også en USB minnepinne som inneholder et åndsverk er et middelbart eksemplar. For å oppleve verket trengs avspillingsutstyr av passende karakter.

Eksemplarframstillingsretten er generell, i motsetning til tilgjengeliggjøring som gjelder overfor allmennheten. Det betyr at eksemplarframstillingsretten i utgangspunktet gjelder både utenfor og innenfor den private sfære. Men i § 12 er det unntak for privatkopiering av enkelte eksemplar, av lovlig fremstilt eksemplar. Når eksemplarframstillingsretten er gjort generell vil det innebære at opphavsmannens ideelle rettigheter også gjelder ved privat bruk, jfr. § 11 første ledd.

¹² Knoph 1936, s. 65

¹³ Lov om endringer i åndsverkloven m.m. av 17. juni 2005 nr. 97.

I utgangspunktet kan det sies at eksemplarframstilling er den eldste formen for åndsverksbeskyttelse, da opphavsretten til åndsverk historisk bygger på boktrykkerkunstens fremvekst. Det var nettopp ettergjøring, og dermed framstilling av nye eksemplarer av de trykte verkene som skulle hindres. Knoph peker på likheten til det engelske ordet for opphavsrett, nemlig *copyright*. Direkte oversatt betyr det rett til å kopiere.¹⁴

2.3 Tilgjengeliggjøring

Den andre grunnleggende rettigheten opphavsmannen har er eneretten til tilgjengeliggjøring av verket for allmennheten, jfr. åndsverkloven § 2 første og tredje ledd. Tilgjengeliggjøringsretten er en måte for opphavsmannen å kontrollere publikums tilgang til verket på. Begrepet er teknologinøytralt og er ment å favne om ny teknologi. Det innebærer at alle handlinger som gjør verket tilgjengelig for allmennheten skal omfattes av rettigheten, uansett hvilken måte tilgjengeliggjøringen skjer på. Dette bekreftes også i forarbeidene til endringsloven av 2005.¹⁵

Begrensningen "for almenheten" i første ledd tilsier at tilgjengeliggjøring som skjer utenfor allmennheten er lovlig. Det reiser spørsmålet om hva som kan legges i definisjonen av allmennheten. Denne avhandlingen vil ikke gå langt i å definere hva som er allmennheten eller offentlig, men går gjennom hovedpunktene i punkt 2.4.

Tilgjengeliggjøringsretten er altså den andre måten "å råde over" verket opphavsmannen har enerett til, jfr. åvl. § 2 første ledd. Rettigheten blir videre delt opp og definert i tredje ledd. Måten tilgjengeliggjøringen kan skje på er; a) spredning til allmennheten, b) offentlig visning og c) offentlig fremføring. Hva som hører til i kategorien "offentlig fremføring" er videre definert i fjerde ledd. De tre underalternativene må ses i sammenheng med *hovedbegrepet tilgjengeliggjøring*. De kan betraktes som uttømmende, og i lys av dette som en legaldefinisjon. Rognstad uttaler i denne forbindelse: "Forutsetningen er at man legger den naturlige språklige forståelsen av uttrykkene spredning, visning og fremføring på strekk, og tolker dem i

¹⁴ Knoph 1936, s. 88. Fotnote 1.

¹⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 20.

lys av at eneretten omfatter alle slags måter å gjøre verket tilgjengelig på."¹⁶

Forarbeidene er ikke helt klare på hvorvidt alternativene i tredje ledd skal være en legaldefinisjon av hva tilgjengeliggjøring er. Det kan til en viss grad sies å være gitt uttrykk for et ønske om en vid tolkning av underkategoriene i tredje ledd jfr. "Det er så å forstå at et verk «gjøres tilgjengelig for allmennheten» hver enkelt gang det blir utgitt, opplest, fremført, utstilt, kringkastet eller på annen måte gjengitt. De eksempler som her er nevnt, representerer tre hovedgrupper av måter å utnytte åndsverk på, som med hensyn til så vel økonomisk betydning som juridisk karakter er svært ulike." Ved å nevne *ulikhet i de tre hovedgruppene* av utnyttelse av åndsverk kan forarbeidene tolkes dithen at de tre gruppene er nok for å definere tilgjengeliggjøringsbegrepet. Forutsatt at den språklige forståelsen av hovedgruppene "legges på strekk".

Høyesterett ved dommer Gussgard har i Napster.no-dommen avsnitt 42 uttalt: "Det fremgår av forarbeidene, Ot.prp.nr.26 (1959-60), at eneretten til å gjøre verket tilgjengelig omfatter enhver måte å gjøre allmennheten kjent med verket på. Tredje ledd er således ikke ment som noen legaldefinisjon av «tilgjengeliggjøring for allmennheten»." Høyesterett legger her vekt på at det er tilgjengeliggjøringsbegrepet i seg selv som setter grensene. Det er jeg enig i. Men når ordlyden i tredje ledd litra a-c gis en vid språklig forståelse, er det ikke noe i veien for at de tre alternativene skal kunne gi en fullstendig definisjon av begrepet tilgjengeliggjøring. Etter min mening er den mest riktige måten å tolke dette på at enhver handling som anses som en tilgjengeliggjøring for allmennheten må henføres under et av de tre begrepene i litra a-c, og det skal være mulig å fordele alle faktiske tilgjengeliggjøringshandlinger. Hensikten med å dele tilgjengeliggjøringsbegrepet opp i tre underkategorier er at de forskjellige måtene å gjøre et verk tilgjengelig på har forskjellige rettsfølger, jfr. åndsverkloven §§ 19-21. Jeg går ikke nærmere inn på disse i denne avhandlingen.

I forarbeidene til endringsloven i 2005¹⁷ uttrykker departementet behovet for å sette en grense for hva som kan anses å være tilgjengeliggjøring for allmennheten. På side 23 uttaler departementet, med henvisning til Smartkortdommen,¹⁸ at: "Det avgjørende er at

¹⁶ Rognstad 2009a, s. 156.

¹⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)

¹⁸ Rt. 1995 s. 35 – se punkt 6.2 for nærmere innføring og drøftelse av dommen.

ikke enhver handling som øker eller bidrar til allmennhetens tilgang til åndsverk kan ses som en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling." På samme sted sier forarbeidene at det innebærer blant annet at det å stille til rådighet en datamaskin med internettilgang, for personlig bruk, men i et lokale som er åpent for allmennheten, ikke skal anses å være tilgjengeliggjøring. Dette stemmer også overens med Opphavsrettsdirektivets fortale punkt 27.¹⁹ Grunnen er at brukeren av maskinen selv velger hva maskinen skal benyttes til, og dermed er ikke den som stiller utstyret til rådighet ansvarlig for opphavsrettslig beskyttet materialet som kommer frem. Det gis ingen direkte tilgang fra tilrådighetsstillerens side. Med det trekkes en grense for hvor langt eneretten til tilgjengeliggjøring kan rekke. Bakgrunnen for begrensningen er den *umiddelbare nærhet* som bør være mellom allmennhetens tilgang til det tilgjengeliggjorte verket og handlingen som gjør verket tilgjengelig, se mer om dette under punkt 6.2.

2.3.1 Spredning

Begrepet *spredning* i åndsverkloven § 2 tredje ledd litra a omfatter alle måter et fysisk eksemplar av verket kan spres til allmennheten på. Lovens eksempler er salg, utleie eller utlån. Disse eksemplene er ikke uttømmende. Det er ikke slike at et salg eller et utlån må gjennomføres, det holder at det *frembys*, jfr. ordlyden. Det betyr at det er tilstrekkelig at det settes inn en annonse i en avis om salg av et eksemplar for at det skal foreligge en krenkelse av opphavsmannens enerett til spredning. Ordlyden tilsier at det kun er det *fysiske eksemplar* som frembys (eventuelt et eksemplar inkorporert i et fysisk medium) som omfattes av eneretten til spredning, og dette påpekes i forarbeidene til lovendringen i 2005.²⁰ Dette utelukker digitale eksemplar som spres via overføringer i digitale nettverk. Disse tilfellene fanges i stedet opp av eksemplarframstillingsretten og fremføringsretten.

Opphavsmannens enerett til spredning av fysiske eksemplar er likevel ikke absolutt. Retten til spredning *konsumeres* nemlig når opphavsmannen eller noen med hans samtykke for første gang selger eller overdrar et verkseksemplar, avhengig av hva slags verk det gjelder, jfr. åndsverkloven § 19. Dette kalles generelt i immaterialretten for

¹⁹ Se punkt 4.2.

²⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 27.

konsumpsjonsregelen, og har tilsvarende regler innenfor det industrielle rettsvern. Det innebærer at opphavsmannen ikke kan hindre at videresalg og lignende av det fysiske eksemplar av verket finner sted, og er dermed en relativt omfangsrik avgrensning av eneretten, i tillegg til de tidligere nevnte lånereglene.

2.3.2 Visning

Begrepet *visning* i åndsverkloven § 2 tredje ledd litra b omfatter alle måter et fysisk eksemplar av verket kan vises offentlig uten bruk av tekniske virkemidler. Med dette har visningsretten særlig betydning for utstilling av kunstverk i gallerier, på museer og lignende. Det er fordi det kun er det fysiske eksemplar av verket som rammes av visningsretten, jfr. ordlyden, og i likhet med spredningsretten. Det betyr at en bok "vises offentlig" når den settes frem i et butikkvindu eller på biblioteket, på samme måte som når et kunstverk henges opp i en utstilling i et galleri. Visningen må skje direkte for et tilstedeværende publikum, såkalt direkte visning.²¹

Den *alminnelige* forståelsen av ordet visning inneholder blant annet visning av bilder og filmer på skjermer ved hjelp av en DVD-spiller. Men det er utelukket i den juridiske forståelsen av begrepet visning, jfr. ordlyden i tredje ledd litra b; "uten bruk av tekniske hjelpemidler". Visning av en film på en skjerm i et lokale allmennheten ferdes i, for eksempel busstasjoner, kjøpesenter og lignende, såkalt indirekte visning, fanges opp av fremføringsretten.²²

Også retten til visning av fysisk eksemplar begrenses av konsumpsjonsregelen.

Visningsretten konsumeres etter første gangs utgivelse (jfr. åvl. § 8 andre ledd) eller overdragelse av eksemplar, avhengig av verkstype, jfr åndsverkloven § 20.

2.3.3 Fremføring – en introduksjon

Begrepet *fremføring* i åndsverkloven § 2 tredje ledd litra c omfatter alle måter et verk kan fremføres offentlig på. Fjerde ledd gir en nærmere definisjon av det vide innholdet i begrepet fremføring. Av ordlyden i litra c kommer det frem at fremføringsretten ikke er eksemplarbundet på samme måte som spredningsretten og visningsretten. Det gjøres

²¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 24.

²² Op.cit.

tydelig ved at ordet "eksemplar" ikke er med i teksten, i motsetningen til alternativene i litra a og litra b.

I motsetning til de andre enerettsbeføyelsene spredning til allmennheten og offentlig visning skjer det ingen konsumpsjon av opphavsmannens enerett til offentlig fremføring ved første salg, overdragelse eller utgivelse. Et unntak er det dog i åndsverkloven § 21 hvor det tillates at noen utgitte verkstyper kan fremføres offentlig ved gudstjeneste og undervisning, jfr. første ledd. I tillegg finnes unntak i § 21 andre ledd. At fremføringsretten ikke konsumeres, betyr at enhver offentlig fremføringshandling rettet mot allmennheten vil rammes av regelen. En av grunnene til at fremføringsretten ikke konsumeres er at en fremføring per definisjon vil kunne gjentas i det uendelige og det vil være umulig å beregne et passende vederlag for opphavsmannen som ville stå i forhold til den økonomiske fordel den fornyede fremføringen ville kunne gi. Motsetningsvis er sprednings- og visningsretten avhengig av fysiske eksemplarer, og derfor vil det være enkelt å beregne et riktig vederlag for hvert eksemplar.²³

2.4 ...for allmennheten

Opp gjennom årene har spørsmålene rundt tilgjengeliggjøringsbegrepet ofte dreid seg om hva som skal ligge i begrensningen "for allmennheten". 1930-lovens § 1 brukte uttrykket "tilgjengelig for offentligheten". Det sto, i følge Knoph, i motsetning til "privat bruk" i lovens § 4.²⁴ 1961-loven endret uttrykket til "tilgjengelig for almenheten" i ny § 2 første ledd og definerte allmennheten videre til å gjelde det som skjer "utenfor det private området" i § 2 tredje ledd. Rognstad påpeker at det i Innst. O XI (1960-61) s. 15 understrekes at det ikke skal innebære noen endring i forhold til gjeldende rett.²⁵ Siste lovendring i 2005 endret presiseringen i tredje ledd til "offentligheten", og det er det som står i dagens lovtekst. Det var heller ikke nå ment å innebære noen realitetsendring,²⁶ og begrepet "offentlig" kan fortsatt tolkes som "utenfor det private området".

²³ Rognstad 2009a, s. 186.

²⁴ Knoph 1936, s. 89.

²⁵ Rognstad 2009a, s. 187-188.

²⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 22.

Flere dommer er avsagt på området, og for tiden må det anses rimelig avklart hva som defineres som allmennheten. Den viktigste dommen er Bedriftsmusikkdommen.²⁷ Jeg kommer tilbake til faktum i denne dommen under punkt 6.1.1 da den er viktig i en annen sammenheng i avhandlingen. Høyesterett lener seg i domspremissene på en uttalelse fra Knoph; "Hvis gjengivelsen av et åndsverk skal ha privat karakter, må den nemlig skje innenfor den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps- eller omgangsbånd skaper. Det som faller utenfor denne krets er etter lovens mening skjedd offentlig, enten alle og enhver har hatt adgang til gjengivelsen, eller en begrenset forsamling som ikke er valgt ut med private og personlige forhold for øie." Denne uttalelsen er blitt retningsgivende for hva som skal anses å være allmennheten. Dommen er også stadfestet som prejudikat ved at den er tatt med i forarbeidene til 1961-loven.²⁸

3 Fremføringsrettens innhold

I denne delen skal det gjøres rede for hva som ligger i opphavsmannens enerett til fremføring av åndsverk overfor allmennheten, jfr. åndsverkloven § 2 tredje ledd litra c. For oversiktens skyld behandles fjerde ledd for seg i kapittel 4.

Den alminnelig språklige forståelsen av ordet fremføring vil være snevrere enn den juridiske forståelsen av samme begrep. Tanken ledes fort til scenisk fremføring av verk ved teateroppsetninger og konserter, eller til visning av en film på kino. Alt dette er juridisk fremføring av verk, men i tillegg favner begrepet så mye mer.

Historisk har ikke selve begrepet fremføring vært mye brukt i norsk opphavsrettslovgivning. I 1930-loven ble ikke ordet fremføring brukt i enerettsparagrafen § 1 første ledd. Ordlyden var i stedet som følger: "[...] på hvilken som helst måte gjøre det tilgjengelig for offentligheten." Det kan kanskje stilles spørsmål ved om ordlyden i 1930-loven er ennå videre enn den vi har i dagens lov; kan

²⁷ Rt.1953.633

²⁸ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 17 flg.

det være at den fanger opp enda flere tilfeller? Det må, av den lite presise lovteksten, antas at det har vært en enerett til fremføring for opphavsmannen i lang tid. Knoph taler i sin bok om direkte meddelelse av verket, "[...] dets tanke- eller toneinnhold". Og måten meddelelsen ville bli gjort på var gjennom "[...] konserter, teaterforestillinger eller lignende."²⁹ Det stemmer overens med den alminnelig språklige forståelsen av ordet fremføring. Forståelsen av fremføringsbegrepet må i så måte antas å ha vært et annet da enn det er i dag. Det var mer overensstemmende med den alminnelig språklige forståelsen. Behovet for å presisere var ikke like stort i datidens "helanaloge" verden. Det var først i 1961-loven at begrepet fremføring kom inn i lovteksten. Men betydningen var fortsatt ikke like vid som den er i dag. Fremføringsbegrepet gjaldt bare den alminnelig språklige forståelsen av fremføringen av verk. Visning av film og bilder med tekniske hjelpemidler og "fremvisning av eksemplaret gjennom televisjon" falt under begrepet visning.³⁰ Med endringsloven i 2005 ble dette endret. Tilgjengeliggjøring ble i tredje ledd delt opp i tre underbegreper; spredning, visning og fremføring. Visningsbegrepet ble presisert til å gjelde visning "uten bruk av tekniske hjelpemidler", jfr. § 2 tredje ledd litra b. Dermed endret forståelsen av fremføringsbegrepet seg også. All indirekte visning ble nå lagt til under alternativ c – offentlig fremføring.³¹ Med dette fikk vi et begrep som på et vis skulle fange opp all tilgjengeliggjøring som ikke var eksemplarspredning til allmennheten og offentlig eksemplarvisning.

Tradisjonelt har problemet rundt begrepet offentlig fremføring vært hva som kan betegnes som *offentlig*. I dag vil mye av diskusjonen også dreie seg om hva som kan defineres som *fremføring*. Grunnen til dette er den digitale utviklingen som har foregått, også på verksformidlingens område. På internett vil fremføringshandlinger få en helt annen dimensjon enn da 1961-loven ble vedtatt. Naturlig nok, da det i 1961 ikke fantes

²⁹ Knoph 1936, s. 88.

³⁰ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 19.

³¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 24.

noe "internett", bare en gjeng forskere i USA som prøvde å utvikle et middel for kommunikasjon.³²

3.1 Eksemplarubundet tilgjengeliggjøring

Fremføringsretten er, som sagt, ikke bundet til et fysisk eksemplar av verket, i motsetning til spredningsretten og visningsretten. Fremføringsretten er uløselig knyttet til verket, og ikke til eksemplaret. Det betyr ikke at det aldri benyttes et fysisk eksemplar av verket når det fremføres. Det være seg et manuskript som det leses høyt fra, eller en DVD som avspilles. Like fullt er det verket i seg selv som fremføres. Det kan kanskje sies at fremføringen av visse verk er den virkelig åndelige opplevelsen av verket, som er legemliggjøringen av den *åndelige skaperinnsats* Knoph forfekter.³³ Ved å ha et middelbart eksemplar av en film i hånden, for eksempel en DVD, vil man ikke ha noen opplevelse av verket. Så når et middelbart eksemplar av disse verk *vises offentlig* eller *spres til allmennheten* kan det ikke oppleves uten ved hjelp av et teknisk hjelpemiddel som en CD-spiller eller DVD-spiller. På den andre siden vil for eksempel kunstverk og bygningskunst måtte *vises offentlig* for at man skal kunne ha en åndelig opplevelse av dem. Det er da avhengig av at det er et eksemplar av verket som vises, uavhengig av om det er et originalt eksemplar eller en kopi.

3.2 Offentlig fremføring

I åndsverkloven § 2 tredje ledd litra c brukes uttrykket offentlig fremføring. Dette kan ikke leses og tolkes uten at det ses i sammenheng med hovedbetydelsen "å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten". Et verk fremføres offentlig så lenge enhver har adgang til fremføringen. En fremføring kan være offentlig selv om bare én eller noen få er tilstede. Det avgjørende er tilgangen til å oppleve verksfremføringen.³⁴ Dermed er det offentlig fremføring også når en taxi spiller musikk i bilen selv om det bare er en kunde til stede.³⁵ Et viktig element for om fremføringen skal anses å være innenfor det private

³² Se kapittel 5 for en kort innføring i internetts historie. For en mer inngående gjennomgang, se Wagle og Ødegaard 1997, og Rasmussen 2007.

³³ Se henvisning til Knophs argumentasjon under avhandlingens kapittel 2.

³⁴ Wagle og Ødegaard 1997, s 186 flg.

³⁵ NIR-2003-161 (Taximusik) Dom fra den finske Högsta Domstolen (HD 2002:101).

området er at det må foreligge et personlig bånd mellom den eller de som fremfører eller legger til rette for fremføringen.

En offentlig fremføring kan deles inn i tre underkategorier; direkte fremføring, indirekte fremføring og overføring til allmennheten. Overføring til allmennheten gjøres rede for i kapittel 4.

3.2.1 Direkte fremføring (Live fremføring)

En livefremføring er en direkte fremføring av verket med et publikum til stede. Dette er den formen for fremføring som stemmer best overens med den alminnelig språklige forståelsen av ordet fremføring. Eksempler er konserter, dramatiske oppsetninger, forelesninger og så videre.

3.2.2 Indirekte fremføring (Fremføring med tekniske hjelpemidler)

En indirekte fremføring er en fremføring som skjer ved hjelp av tekniske hjelpemidler. For eksempel ved visning av en film på kino eller annen fremføring der middelbart eksemplar av verket benyttes. Filmverk kan ikke fremføres på andre måter enn ved hjelp av tekniske hjelpemidler og det vil dermed ha særlig betydning at filmverk kan omfattes av fremføringsretten.

4 Overføring til allmennheten (fjerde ledd)

Reglene om overføringer til allmennheten er regulert i åndsverkloven § 2 fjerde ledd. Den er, som første del av første setning sier, en del av fremføringsretten, jfr. § 2 tredje ledd litra c, og har de samme rettslige konsekvenser.³⁶ Presiseringen i fjerde ledd er relativt ny, og kom inn i norsk opphavsrettslovgivning ved lovendringen i 2005.³⁷ Den skal likevel ikke innebære noen realitetsendring i hva fremføringsretten gjelder. Med tilføyselsen av fjerde ledd har norsk rett en langt videre forståelse av begrepet fremføring

³⁶ Se for eksempel åndsverkloven § 21.

³⁷ Lov av 17. juni 2005, nr. 97.

enn de fleste andre lands opphavsrettslovgivning.³⁸ Dansk rett anses å ligge like bak.³⁹ Tilgjengeliggjøringsbegrepet har i norsk rett vært ansett å være fleksibelt og dekke nye former for verksformidling. Endringen er i så måte ment som en presisering.⁴⁰ Bakgrunnen for endringen i åndsverkloven er innføringen av Opphavsrettsdirektivet, og dens art. 3 om overføringer til allmennheten (communication to the public). Art. 3 må tolkes i sammenheng med direktivets fortale punkt 23; "Denne ret skal opfattes bredt som omfattende enhver overføring til den del av almenheden, som ikke befinner sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted. Denne ret omfatter enhver sådan form for trådbunden eller trådløs transmission eller retransmission af et værk til almenheden, herunder udsendelse i radio og fjernsyn. Denne ret bør dog ikke omfatte andre handlinger." *Overføringsretten*, slik den er definert i Opphavsrettsdirektivet, kan med dette tas til inntekt for å stadfeste at innholdet i tilgjengeliggjøringsretten skal forstås vidt.

Ordlyden i fjerde ledd fastslår at opphavsmannens enerett til fremføring også omfatter "kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten". Kringkasting er metoden for utsending av signaler som gir lyd og bilde i radio og fjernsyn. Det kreves altså samtykke fra opphavsmannen for å kunne sende et åndsverk på radio eller TV. Annen overføring omfatter eventuelt andre måter å sende ut signaler til allmennheten på. Digitale transmisjoner, altså overføringer av åndsverk på internett eller i andre digitale nettverk er også en overføring i lovens forstand.

I fortalen punkt 23 står det at Opphavsrettsdirektivet art. 3 første ledd gjelder når overføringen skjer til et publikum som ikke er til stede der overføringen finner sted fra. Dette kan kalles et krav om *distanse*.⁴¹ De fremføringer som skjer der publikum er til stede, enten ved en live-opptreden eller ved avspilling av CD eller DVD ved bruk av teknisk hjelpemiddel, vil altså ikke kunne kategoriseres som overføringer til allmennheten i følge Opphavsrettsdirektivet. De faller inn under definisjonen av

³⁸ Sett ut ifra oppregningen i Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 20, punkt 3.2.3.1.1.

³⁹ Basert på Schönning's definisjoner i Schönning 2008, s. 166 flg.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 9 og 20.

⁴¹ Rognstad 2009a, s. 177. Schönning 2008, s. 167.

offentlig fremføring (omtalt som *public performance* i Bernkonvensjonen). I Sverige og Finland har de, i sine respektive opphavsrettslover, valgt å dele *fremføringer og overføringer* inn i to separate handlinger, gitt hver sin definisjon i loven.⁴² Helt i tråd med Opphavsrettsdirektivet. Danmark har valgt samme løsning som Norge ved å legge overføringsretten under fremføringsretten.⁴³ Men inndelingen etter distansekravet kan likevel brukes på samme måte. Når Sverige og Finland velger å bruke dette skillet, må det antas å være av retts tekniske grunner. I Sverige ble det hovedsakelig gjort "för att genomföra direktivet [Opphavsrettsdirektivet] bl.a. eftersom direktivets begreppsapparat i fråga om tillgängliggöranden för allmänheten skilde sig avsevärt från den svenska"⁴⁴. Meningen har også vært å oppklare opphavsmannens beføyelser over åndsverk på internett. Om det er oppnådd, kan det nok stilles spørsmål ved, i det minste vedrørende lenking til andres utlagte åndsverk på internett. Noen ny eller utvidet rett var det derimot ikke snakk om, alt var innenfor rammene av begrepet tilgjengeliggjøring.⁴⁵

Norge og Danmark har, som nevnt, valgt samme løsning for regulering av offentlig fremføring. En løsning som favner alt som kan være tilgjengeliggjøring for allmennheten knyttet til verket i seg selv, og ikke direkte til eksemplarer av verket. Dansk praksis og litteratur vil dermed være særlig interessant i sammenheng med tolkningen. Også danske forarbeider fremhever at tilføyelsen av ordet *overføring* ikke innebærer noen ny rettstilstand.⁴⁶ Dermed må det sies å hvile en rettsenhet over de nordiske landene angående tilføyelsen av *overføringer til allmennheten*, på tross av forskjeller i plasseringen i loven. Tilføyelsen er kun av retts teknisk karakter, og tolkning av tilgjengeliggjøringsbegrepet skal ikke være videre enn før endringen.

Overføring til allmennheten innebærer all overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder kringkasting og *tilrådighetsstillelse*, jfr. åndsverkloven § 2

⁴² Jfr. begge lands opphavsrettslige lovgivning § 2.

⁴³ Jfr. den danske opphavsretsloven § 2 stk. 3 og stk. 4.

⁴⁴ SOU 2011:32, s. 150. Redegjørelse for dagens opphovsrättslag.

⁴⁵ Utredningen slår dette fast i SOU 2011:32, s. 151.

⁴⁶ Jfr. Schønning 2008, s. 166. Hvilke forarbeider det er snakk om utheves ikke, men det henvises til «Kulturministeriet» i det aktuelle avsnittet.

fjerde ledd. Men i seg selv forteller ikke dette så mye om hvor grensene for innholdet i regelen går. Heri ligger det store forskjeller i oppfatningen om hvor tolkningen skal føre. En av de aktuelle diskusjonene er om lenking til åndsverk på internett, og hvorvidt det faller innenfor opphavsmannens enerett. Blir lenking antatt å omfattes av tilgjengeliggjøringsretten må handlingen henføres under overføringsretten i fjerde ledd, da denne gjelder overføringer i digitale nettverk. I norsk rett vil skillet uansett ikke være avgjørende, da overføring i bunn og grunn er en fremføringshandling.

Fjerde ledd kan deles inn i to nye kategorier; aktive overføringer og tilrådighetsstillelse.

4.1 Aktive overføringer

Med aktive overføringer menes overføringer som skjer til allmennheten på senders initiativ. Det mest åpenbare her er de typiske kringkastingssendinger. Men også kringkastingssendinger i digitale nettverk omfattes så lenge de skjer samtidig som den opprinnelige sendingen. Eksempler på det er nettradio, der sendingen simulcastes⁴⁷ på internett samtidig som den sendes over FM-bandet eller DAB-nettet. Også NRKs streaming⁴⁸ av sine sendinger på nrk.no er aktive overføringer. Kodede tv- og radiosendinger omfattes også når dekodere er gjort tilgjengelig for allmennheten av utsenderen. Videre sendinger av nevnte distanseoverføringer omfattes videre av eneretten. Det gjelder i første omgang med tanke på satellitt- og kabelsendinger fra andre enn originalkringkaster, men gjelder også videre sending på andre måter. Videre sending i form av at en radiosending går over høyttaleranlegget i et område der allmennheten ferdes, omfattes dog ikke av overføringsretten, da dette blir ansett å være en egen tilgjengeliggjøringshandling. Teknisk sett faller det under fremføringsretten da det ikke lenger er en overføringshandling, men en fremføring ved hjelp av teknisk hjelpemiddel.⁴⁹ Jeg forklarer mer om videre sending som egen tilgjengeliggjøringshandling under punkt 6.1.1. En aktiv overføring er det også når et

⁴⁷ Simulcasting – forkortelse av Simultaneous broadcast – når sendinger kringkastes på flere medier samtidig.

⁴⁸ Kontinuerlig løpende sending av media, i dette tilfelle kringkastingssendinger. Kan også være tilrådighetsstillelse når det er brukeren selv som velger hvilket og når et medium skal streames.

⁴⁹ Olsson 2009, s.63.

åndsverk sendes med som et vedlegg i en e-post, selve e-posten kan også i sitt innhold være åndsverk og vil dermed være en aktiv overføring.⁵⁰

4.2 Tilrådighetsstillelse

Når et åndsverk er stilt til rådighet for allmennheten er det opp til brukeren selv å bestemme hvor og når overføringen skal finne sted. Overføringen skjer altså på mottakers initiativ. Dette kalles også *on demand*. NRK stiller til rådighet en del av sine sendeberettigede programmer på www.nrk.no. Der er det opp til brukeren selv å bestemme når og hvor han vil se programmene. Disse programmene omfattes av opphavsmannens enerett til overføring, og samtykke fra opphavsmannen kreves for at ikke tilrådighetsstillelsen skal være en opphavsrettslig krenkelse.

Begrepet tilrådighetsstillelse stammer fra Opphavsrettsdirektivet art. 3 første ledd. Fortalens punkt 25 betyr at all uvisshet rundt beskyttelsesnivået når det gjelder tilrådighetsstillelse skal fjernes når Opphavsrettsdirektivet innføres. Dermed må landene innføre en regel som klart oppgir at tilrådighetsstillelse omfattes av opphavsmannen enerett til tilgjengeliggjøring. I åndsverkloven er dette som sagt lagt til i § 2 fjerde ledd. Det skal dog ikke anses som tilrådighetsstillelse av åndsverk å stille til rådighet "fysiske fasiliteter, der muliggjør eller bevirker overføring...", jfr. Opphavsrettsdirektivets fortale punkt 27. Alene det å gi tilgang til en datamaskin med internettilgang er dermed ikke en tilrådighetsstillelse i lovens forstand. Det anses altså ikke å være fremføring av verk hvis en bruker av datamaskinen på egenhånd finner frem til beskyttet materiale på internett. Det må minnes om at det gjelder *digitale eksemplarer* som kan oppnås ved bruk av tekniske hjelpemidler. En tilrådighetsstillelse av det *fysiske verk* omfattes ikke.

5 Lenker til utlagte åndsverk på internett

En lenke er et klikkbart element på en webside, som "forflytter" brukeren over til en annen webside når den blir aktivert, med unntak av de nevnte hentelenkene. Med

⁵⁰ Rognstad 2009a, s. 182. Schönning 2008, s. 166-167.

klikkbart element menes et ikon eller en tekstlinje som inneholder en hyperkobling. Det er hyperkoblingen som gjør at brukeren automatisk flyttes til den tilknyttede websiden. Det klikkbare elementet behøver ikke være en konkret adresse, den kan være et enkelt ord, eller et bilde for den saks skyld. Noe av uenigheten rundt lenking ligger blant annet i om det er noen reell forskjell på en lenke som gir brukeren direkte tilgang til en ny side, og en opplysning om en webadresse som brukeren selv må kopiere og lime inn i adressefeltet. Dette kan i utgangspunktet høres ut som det samme, men jeg skal senere vise til prinsipielle forskjeller som vil ha større eller mindre betydning.

Lenking er den grunnleggende funksjonen for å ha et velfungerende internett. Et annet ord for World Wide Web er Verdensveven, og lenker kan godt sies å være komponenten som "vever" Verdensveven. Med det er det viktig at det ikke skapes en juridisk løsning som ville gå ut over funksjonaliteten. Samtidig må det opprettholdes en viss standard for å beskytte opphavsmenn. Men hvor langt denne linjen skal trekkes er et balansespørsmål. På den ene siden er hensynet til opphavsmannen, på den andre siden er hensynet til funksjon. En mulig løsning på et eventuelt problem ved å anse lenking som en tilgjengeliggjøring er det såkalte implisitte samtykke. Jeg kommer tilbake til det i punkt 6.5.

Hvorvidt et verk er lagt ut på internett lovlig eller ulovlig bør ikke spille noen rolle for om selve *lenkehandlingen* skal anses som tilgjengeliggjøring eller ikke. Noe annet vil det være for *følgen* av å lenke til et lovlig eller ulovlig utlagt åndsverk. Selve handlingen ved å lenke kan ikke være mer eller mindre tilgjengeliggjøring ut i fra hva det lenkes til. Hvis lenking til et åndsverk anses som en tilgjengeliggjøringshandling, vil spørsmålet videre dreie seg om det er henholdsvis en lovlig tilgjengeliggjøring eller en ulovlig tilgjengeliggjøring.

5.1 Kan lenking være eksemplarfremstilling?

Det virker ganske åpenbart på meg at selve handlingen *å legge en lenke til et åndsverk på nett* ikke er eksemplarfremstilling. Det fremstilles ikke et eget eksemplar av verket, heller ikke i annen form, ved å legge ut en lenke til en webside hvor verket befinner seg.

Dette bekrefter Udsen og Schovsbo,⁵¹ hvor de også henviser til Tandes motsatte oppfatning – at lenkingen fremstiller det eksemplar som lagres på brukerens maskin. Tandes oppfattelse må bero på en misforståelse av hva som teknisk skjer når det legges en lenke til et verk på internett, og hvor vedkommende verk "hentes ned" fra. Noen nærmere drøftelse av denne problemstillingen tillater denne avhandlingen ikke, og jeg anser det heller ikke som nødvendig.

Å la tekst eller bilder og lignende være hyperkoblet, kan i seg selv være en eksemplarframstilling da verket vil vises. Eksempler er *thumbnails* som bruker hyperkoblede miniatyrbilder som lenke for å gjengi hvor bilderressursen befinner seg.⁵² Google Images benytter seg særlig av dette. Noen videre utredning faller utenfor avhandlingens tema.

5.2 Det tekniske bakteppet

En del av diskusjonen rundt hvorvidt lenking til utlagte åndsverk på internett er tilgjengeliggjøring ligger på det tekniske planet. Også en del av konklusjonene bunner ut i hvilken betydning man mener den tekniske prosessen har i forhold til transmisjoner i digitale nettverk.⁵³ I denne avhandlingen kommer jeg ikke til å gå dypt inn i det tekniske rundt hva som skjer når man lenker til en annen webside, men jeg skal prøve å forklare enkelt det som er relevant for den videre drøftelsen.⁵⁴

I internetts spede begynnelse var hensikten bak et felles nettverk for datamaskiner at forskere skulle kunne utveksle informasjon elektronisk og benytte seg av ressurser på datamaskiner som befant seg geografisk på andre områder. Det første nettverket som ble skapt var ARPANET.⁵⁵ ARPANET var et vellykket forskningsprosjekt som hadde som mål å sende datasignaler mellom datamaskiner. ARPANET er på mange måter forfaderen til det internettet vi kjenner i dag ved at mange trekk som definerer

⁵¹ Udsen og Schovsbo 2006.

⁵² Schovsbo og Rosenmeier 2011, s. 127.

⁵³ Se for eksempel Rognstad 2005 og Torvund 2008.

⁵⁴ For en mer grundig gjennomgang av teknikken, se Torvund 2008.

⁵⁵ ARPA – Advanced Research Projects Agency. Forskningsavdeling under USAs forsvarsdepartement som finansierte utviklingen av ARPANET, Rasmussen 2007.

internettet først ble definert i ARPANET. Senere er langt flere enn hundretusen nettverk utviklet og koblet sammen i det vi i dag kjenner som Internett.⁵⁶

Under utviklingen av internett lå mye av innovasjonen i at nettet var åpent for videreutvikling for alle som ville og kunne. Det var avgjørende for videreutviklingen i seg selv at ikke opphavsrettigheter ble påberopt og håndhevet. Internett var på en måte et anarkistisk system uten regler og ledere. Det betyr likevel ikke at det ikke gjaldt lover og regler der. Forutsetningen for utviklingen var at disse lovene og reglene ble sett bort ifra i den grad det var nødvendig. Programvare ble gjort allment tilgjengelig, og de som prøvde å stenge noen ute med å ta betalt for programvare falt fort utenfor.⁵⁷ Da Tim Berners-Lee ville utvikle aksessystemet World Wide Web (www/web) var nettopp denne åpenheten viktig for i det hele tatt å gjøre programvaren reell fordi den økonomiske støtten ikke var tilstrekkelig for å nå målene.

World Wide Web henter frem tilgjengelig og aktuell informasjon som ligger lagret i datamaskiner som er koblet til internett. All informasjon er gitt en adresse (URL) som passer med systemet i www. En nettleser henter så frem brukergrensesnittet så det er mulig å lese informasjonen som den er ment for det blotte øye. Ved å legge programvaren tilgjengelig for videreutvikling nådde www høyder som ikke på forhånd kunne forutses med tanke på spredning og bruk. World Wide Web er nå i allment eie og er en av internetts viktigste komponenter.⁵⁸ Med dette som bakgrunn kan det kanskje sies at internett er bygget på en forutsetning om at opphavsrettighetene skal brukes begrenset. Men samtidig bør man ha i bakhodet at dette var en måte å få bygget opp nettet i seg selv ved hjelp av programvare. Og i så måte var det programvaren man skulle la andre ta i bruk. Når det kommer til utlagte åndsverk av andre slag må rettighetsbruken ses i et annet lys.

Det som reelt skjer når man klikker på og aktiverer en lenke er at brukerens datamaskin sender en forespørsel til vertsmaskinen som hevder "eierskap" til åndsverket om å motta den informasjon som ligger på vedkommende webside. Blir denne forespørselen besvart positivt, som den som oftest gjør i løpet av et nanosekund, sendes en kopi av

⁵⁶ Rasmussen 2007.

⁵⁷ Rasmussen 2007, s.86.

⁵⁸ Rasmussen 2007.

informasjonen til brukerens nettleser og websiden vil være lesbar for brukeren. Kopien lagres automatisk midlertidig i maskinens RAM (Random Access Memory) eller cache-minne.⁵⁹ Lenkeren har ingenting med overføringen av kopien til brukerens datamaskin å gjøre. Men han legger til rette for at forespørselen skal kunne skje ved å opplyse om en webadresse (URL), som brukeren kanskje ikke ville funnet frem til på egenhånd.

URLen i seg selv sier ingenting om hva som befinner seg bak webadressen, det blir først klart når nettleseren forsøker å åpne URLen. Når forespørselen blir besvart kan det være avhengig av brukerens IP-adresse hvilken versjon av websiden som vises. Et eksempel her vil være www.amazon.com. Har du handlet på dette nettstedet en gang vil selve siden se annerledes ut neste gang du handler der. Amazon tilpasser utseendet etter hvilke søk og kjøp du har gjort tidligere, og gir dermed ulike versjoner tilpasset forskjellige IP-adresser. Versjonen som vises er ikke avhengig av den som har lagt ut lenken. Med mindre lenkeren har gått til videre skritt og gjort endringen som gir andre samme tilgang som han selv har.

Det er viktig for å forstå sammenhenger at man har en viss innsikt i det teknologiske i lenkeprosessen når man skal analysere opphavsrett og digitale løsninger. Jeg er derimot delvis uenig med Torvund når han påstår at "den rettslige analysen" blir feil når man bygger på "en sviktende forståelse av hva som skjer."⁶⁰ Med dette forstår jeg Torvund som at det viktigste er de tekniske transaksjonene som skjer når en lenke legges ut til bruk. For meg er det også viktig hvilket resultat man ender opp med når en lenke blir lagt til et verk. Han snakker om illusjoner om hva som foregår, og sammenlikner med en tryllekunstners magi. Hvis en tryllekunstner stjeler pengene dine ved å "trylle" de bort, er det da ikke stjeling, men kun trylling? Resultatet er jo at du mangler penger, uansett hva du kaller prosessen. Jeg mener man godt kan ha god innsikt på det tekniske grunnlaget for hvordan lenking skjer, men likevel mene at *resultatet* av at lenking foretas skal være en stor del av den juridiske drøftelsen. Det avgjørende må være hva som er det prinsipielle resultatet av handlingene.

⁵⁹ For mer om minnelagring, Wagle og Ødegaard 1997, s 508 flg.

⁶⁰ Torvund 2008, s. 417.

5.2.1 Forskjellige måter å lenke på

De reelle forskjellene mellom de ulike måtene å lenke på er ikke alltid like tydelige i et opphavsrettslig perspektiv. Og det kan virke som om juridisk teori beveger seg lenger og lenger vekk fra synspunktet om at lenkemåten spiller noen rolle. Når man legger ut en lenke vil det så å si alltid befinne seg et åndsverk på den siden det lenkes til, samme om man lenker til nettstedets forside eller til en webside "dypere" i nettstedet. Åndsverk finnes jo som kjent i mange former og utgaver. Høyesterett ved førstvoterende dommer Gussgard bekrefter den ubetydelige forskjellen i *napster.no*-dommen premiss 47; "For meg står det ikke som avgjørende om det dreier seg om den ene eller den andre av de nevnte lenketyper [dyplenker og overflatelenker] ... Det er vanskelig å se at dette bør være avgjørende for om verket må anses for å være tilgjengeliggjort for allmennheten i åndsverklovens forstand."

Det har vært tatt til orde for at såkalte dyplenker⁶¹ kan være en krenkelse av eneretten, mens såkalte overflatelenker⁶² er opphavsrettslig i orden. Opphavsrettslig er det egentlig ingen grunn til å skille mellom hvor på nettstedet lenken fører. Det må kunne antas at det finnes en eller annen type åndsverk også på forsiden av nettsteder, og dermed blir opphavsrettslovverket kun et skalkeskjul for å kunne tjene mest mulig på nettsidene. Torvund gir en passende sammenligning når han sier at sonndring mellom lenketyper vil gi like lite mening som "å forsøke å trekke et prinsipielt rettslig skille mellom å ringe et sentralbord og å ringe et direktenummer".⁶³ Jeg velger i denne avhandlingen å drøfte lenkeproblemstillingene uten å skille spesifikt mellom forskjellige måter å lenke på fordi jeg anser det som viktigst at det er en webside med et åndsverk som lenkes til, og ikke hvordan det lenkes.

De gangene det faktisk kan være interessant å skille mellom måter det lenkes på er ved tilfeller der det er spørsmål om krenkelse av opphavsmannens *ideelle rettigheter*. Det er mulig å lenke på en slik måte at lenkeren kan inkorporere for eksempel et bilde på sin hjemmeside. Men bildet er ikke kopiert og med det fremstilt som nytt eksemplar. Det

⁶¹ En lenke som bringer deg til en side "dypere" i nettstedet.

⁶² En lenke som bringer deg til et nettstedets forside/startside.

⁶³ Torvund 2008, s. 422.

ligger der via en lenke som oppfattes for det blotte øyet som om bildet faktisk ligger i teksten. Noe det rent teknisk ikke gjør. Bildet ligger fortsatt på sin opprinnelige URL. Når lenken åpnes vil bildet hentes inn fra sin plass, der det er lenket til, og dermed automatisk dukke opp på brukerens skjerm. For brukeren av siden fremstår bildet, som sagt, som om det er kopiert og lastet opp igjen. Men føres musepekeren over bildet vil det dukke opp en URL, og et klikk på bildet vil normalt lede til siden der verket opprinnelig ligger.⁶⁴ Denne formen for lenking kalles gjerne *hentelenke* eller *integrert lenke* og skiller seg fra de andre lenkeformene ved at det ikke kan sies å være "en ren henvisning", brukeren vet i det hele tatt ikke at lenken faktisk aktiviseres. Dette er nok den mest tvilsomme formen for lenking fordi lenkeren kan unnlate å opplyse om hvem som er opphavsmannen til verket. Navngivelsesplikten er en ideell rettighet, jfr. åndsverkloven § 3 første ledd. Så lenge lenking ikke anses å være tilgjengeliggjøring vil han heller ikke ha noen plikt til å oppfylle de ideelle rettigheter. Mer om sammenhengen mellom lenking og ideelle rettigheter kommer under punkt 6.4.2. Hentelenker har også prinsipielt mange likhetstrekk med eksemplarframstilling, men i teknikken er det en lenke, dette gjør vurderingen av den vanskelig.

5.2.2 Analog virkelighet vs. Digital verden

Å skille mellom en analog og digital virkelighet kan være både lett og vanskelig på samme tid. Det er mange forskjeller som er tydelige, samtidig som det er mange nyanser av likhet som må tas i betraktning. Det skal gjelde det samme regelverk på internett som i den fysiske verden, men hvilke handlinger er faktisk analogt og digitalt like? Å lenke til et åndsverk kan ikke uten videre sammenliknes med noe som skjer i den virkelige verden. Noen oppfatter det som en ren henvisning til hvor på nettet en ressurs ligger, andre mener det ligger mer i lenken. Å gi noen en opplysning om adressen til et museum er forskjellig fra å sende noen direkte inn i museet. På samme måte kan en ren henvisning være forskjellig fra en lenke. Det er ikke en helt riktig forklaring på forskjellen, men for å forstå likheten mellom det analoge og det digitale er det kanskje en god nok analogi likevel? Med mindre man finner opp en måte å forflytte mennesker fra et sted til et annet uten at det skjer noen bevegelse er vi begrenset til å

⁶⁴ Wagle og Ødegaard 1997, s. 426 flg.

snakke om lenking uten for mange analogier. Noen eksempler må uansett til for å kunne se den prinsipielle likheten med vår analoge verden.

5.3 Fremføring og internett

At tilgjengeliggjøring av verk i digitale nett er en fremføringshandling kan leses ut fra Opphavsrettsdirektivet art. 3 første ledd. Den gir opphavsmannen enerett til å forby eller tillate "trådbunden eller trådløs overføring til almenheten af deres værker". Regelen ble i endringsloven i 2005 gitt full tilslutning ved vedtakelsen av fjerde ledd i åndsverkloven § 2, jfr. tredje ledd.⁶⁵ Det gir fremføringsbegrepet en vid betydelse, ved at alle tilgjengeliggjøringshandlinger som ikke er eksemplaravhengige, skal falle under fremføringsalternativet. Noe av kritikken som er rettet mot dette er at det faller langt utenfor den alminnelig språklige forståelsen å la begrepet være så vidt. Det har nok mye for seg å ha et kritisk blikk på hvor langt begrepene strekkes, og jeg vil komme tilbake til hvorvidt ordforståelsen er fruktbar under kapittel 7. Det er likevel sånn at begrepet har den vide forståelsen og det må etterfølges under redegjørelser og drøftelser.

5.3.1 Fremføring/overføring/tilgjengeliggjøring – valg av ordbruk

I åndsverkloven § 2 er det hovedbegrepet *tilgjengeliggjøring* for allmennheten som skal veilede hvordan de etterfølgende begrepene spredning, visning og fremføring i litra a-c og fjerde ledd skal forstås.⁶⁶ Høyesterett ved dommer Gussgard bekrefter også dette i Rt. 2005 s. 41, premiss 42 "Det fremgår av forarbeidene, Ot.prp. nr. 26 (1959-1960), at eneretten til å gjøre verket tilgjengelig omfatter enhver måte å gjøre allmennheten kjent med verket på. Tredje ledd er således ikke ment som noen legaldefinisjon av «tilgjengeliggjøring for allmennheten». [...] Jeg er enig i denne lovforståelsen og nevner at i høringsutkastet til endringer i åndsverkloven er begrepet omtalt som et overordnet begrep." Som tidligere nevnt er tilgjengeliggjøringshandlingen eksemplarubundet.

Fremføringsbegrepet passer ikke like godt på alle handlinger som er juridisk definert som fremføringshandlinger. Språklig forståelse begrenser det til å gjelde aktive handlinger. En fremføring forstås først og fremst som noe som skjer der og da. At

⁶⁵ Endringsloven i 2005 søkte for øvrig å etterkomme Opphavsrettsdirektivet.

⁶⁶ Rognstad 2009a, s. 178.

begrepet må forstås så vidt vil skape usikkerhet med hva som faller inn i begrepet, derav diskusjonen rundt lenking. Fordi loven er såpass uklar i ordlyden vil det hele tiden være rom for tolkning. Det gjør loven mulig å tilpasse fremtiden, samtidig som det blir opp til domstolene å fylle ut lovgivers vilje.

I drøftelsene vil jeg bruke begrepene tilgjengeliggjøring, fremføring og overføring om hverandre. Sier jeg tilgjengeliggjøring, så mener jeg i utgangspunktet tilgjengeliggjøring i form av fremføring eller overføring. Drøfter jeg andre tilgjengeliggjøringshandlinger, som spredning eller visning, vil det bli presisert. Noen ganger passer det best å bruke det mer generelle overbegrepet *tilgjengeliggjøring*, fordi det passer bedre overens med alminnelig språklig forståelse. Tilgjengeliggjøring er det ordet som vil bli mest brukt. *Fremføring* er det mest korrekte ordet å bruke, men vil i noen sammenhenger gi gale assosiasjoner, som for eksempel at lenkeren fremfører verket når han legger ut en lenke til det. Tanken leder da fort hen til at lenkeren selv står og proklamerer diktet det er lagt ut en lenke til, og det er jo ikke tilfellet for den juridiske forståelsen. Noen ganger vil et bedre ord være at han *overfører* verket.

6 Synspunkter

6.1 Allerede gjort tilgjengelig av utlegger?

Når et åndsverk legges ut til allmenn forlystelse og bruk på internett er det vel ingen tvil om, ut fra en normal språklig forståelse, at verket gjøres tilgjengelig for allmennheten. Det avgjørende for om et verk er gjort tilgjengelig er ikke om noen faktisk har benyttet seg av tilgjengeligheten, men at det har vært en faktisk tilgang til verket som allmennheten har kunnet benytte seg av. "Verket blir gjort tilgjengelig for allmennheten når allmennheten får adgang til å bli kjent med det."⁶⁷ Når det kommer til utlegging av verk på internett er det, som Torvund sier, ikke markedsføringen av utleggingen som skal avgjøre om noe er gjort tilgjengelig.⁶⁸ Det er fortsatt gjort tilgjengelig selv om det

⁶⁷ Wagle og Ødegaard 1997.

⁶⁸ Torvund 2008, s. 429.

er vanskelig å finne. Det er laget en tilgang til verket. Så svaret må være at utleggeren har gjort verket tilgjengelig så fort det blir lagt ut på nettet, uavhengig av om det er opphavsmannen selv som er utlegger, eller en annen person (med eller uten opphavsmannens samtykke) som legger det ut.

Det er vanskelig å tenke seg tilfeller der utleggingen av et åndsverk på en webside i seg selv ikke er tilgjengeliggjøring, når det er allmennheten som er siktemålet. De filer man sender til folk innenfor sin private sfære, eller gjør tilgjengelig på et nettsted som er åpent kun for en lukket krets kan ikke sies å være tilgjengeliggjort *for allmennheten*. På den andre siden vil *lenker til* slike nettsteder innebære en tilgjengeliggjøring av verket nettopp fordi det ikke allerede er gjort tilgjengelig for allmennheten. Gitt internetts globale struktur, med, i utgangspunktet, tilgang fra alle verdenshjørner må det forventes at utleggeren av verk begrenser tilgangen hvis han ikke vil at allmennheten skal ha tilgang.

6.1.1 Er lenking en videre tilgjengeliggjøring?

Det neste spørsmålet må da være om lenking kan anses som en *videre tilgjengeliggjøring*, altså en handling som viderefører verkstilgangen. Og om det igjen kan ses som en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling som bryter med opphavsmannens enerett. Prinsippet om videre tilgjengeliggjøring bygger på at det ikke finnes noen konsumpsjon av fremføringsretten, og at enhver fremføringshandling er en ny fremføring.

Videre tilgjengeliggjøring er et kjent og brukt begrep i opphavsrettssammenheng, om enn i andre språklige former. Konseptet er særlig aktuelt når kafeer, hoteller og andre videreformidler kringkastingssendinger. En videreformidlet kringkastingssending anses å være en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling. EU-domstolen har bekreftet dette i sak C-306/05 Rafael Hoteles. Det gjaldt en prejudisiell avgjørelse vedrørende fortolkningen av Opphavsrettsdirektivet art. 3 første ledd om overføring til allmennheten. Saken gjaldt utplassering av fjernsynsapparater på hotellrom og om dette var å anse som en "overføring til allmennheten". Apparatene fikk sine signaler via kabel fra en felles mottaker på hotellet, som mottok signalene fra satellitt eller bakkemottaker.

Når sendingene på denne måten ble videreformidlet til hotellets gjester, ble handlingen ansett å være brudd på opphavsmannens enerett til overføring til allmennheten. Det var ansett å være "en overføring utført af en anden retransmissionsorganisation end den oprindelige", altså en videre overføring til allmennheten. En overføring til allmennheten er som kjent en tilgjengeliggjøring etter den norske åndsverkloven § 2 fjerde ledd. Begrunnelsen fra EF-domstolen for å anse videresendingen av kringkastingssendinger som en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling var at videresendingen nådde et nytt publikum.⁶⁹ Et publikum som ikke ville fått med seg sendingen hvis ikke det var for hotellets tilrådighetsstillelse av fjernsynsapparatene.

Også i nordisk rettspraksis er det dommer som bekrefter regelen om videre tilgjengeliggjøring. Først og fremst den norske dommen inntatt i Rt.1953 s. 633 – Bedriftsmusikk. Saken gjaldt bruk av musikk på arbeidsplasser avspilt fra innkjøpte grammofonplater og fra direkte kringkasting. Rettighetsforvalteren TONO gikk til sak mot 5 bedrifter. Bedriftene hadde fra rundt 170-180 ansatte og oppover som faktisk kunne høre musikken direkte fra høyttaleranleggene. Det var et stort antall ansatte som ikke hadde tilgang på musikken også. Hovedspørsmålet dreide seg om hvorvidt musikkavspillingen for de ansatte kunne anses "å gjøre åndsverket «tilgjengelig for offentligheten»" jfr. 1931-lovens § 1,⁷⁰ og det ble svart bekreftende. Høyesterett bemerker innledningsvis at det ikke skal være noen forskjell på de to former for musikkavspilling, altså fra grammofonplater og fra kringkastingssendinger. Bakgrunnen for bemerkelsen er ankemotpartenes (bedriftene) subsidiære krav om at "TONO må ansees for å ha akseptert at vederlagsspørsmålet [...] er ordnet også i forhold til bedriftene" da "...Kringkastingen har betalt for all den musikk den sender ut...".⁷¹ Hovedsakelig bygger Høyesterett sitt resonnement her på avtalen mellom TONO og Norsk Rikskringkasting, og "§ 9 i forskriftene om radiomottageranlegg". Nå som fjerde ledd er lagt til i åndsverkloven § 2 må det likevel ha gyldighet som en bekreftelse av regelen. Kringkasting er jo i dag en del av overføringsretten, og det er ikke behov for

⁶⁹ Premiss 40.

⁷⁰ Sitert fra s. 635 i Rt.1953.633.

⁷¹ Sitat fra s. 634 i Rt.1953.633.

noen særskilt avtale mellom forvalterorganisasjon og kringkastingsselskap for at videreføring av verk fra kringkasting er en krenkelse av opphavsmannens enerett.

Den svenske dommen fra Högsta domstolen i NJA 1980 s. 123 – Mornington er ganske lik Rafael Hoteles i saksgrunnlag, men skiller seg fra nevnte dom på den måten at fjernsynsapparatene ikke fikk sine signaler fra en felles mottaker på hotellet, men direkte til mottaker på rommene. Prinsipielt anså ikke Högsta domstolen at det forelå noen forskjell på denne signalmottakelsen og mottakelsen av signal til en felles mottaker. Det sistnevnte anså de som en åpenbar fremføring i strid med opphavsmannens enerett. Noen særlig nærmere begrunnelse gir domstolen ikke.

Det kan kanskje settes spørsmålstegn ved om de refererte dommene faktisk er oppklarende, eller om de heller øker forvirringen rundt hvor grensene for hva som er tilgjengeliggjøring må settes. Men det må likevel anses som sikker rett at videre tilgjengeliggjøring til allmennheten er ansett å være en krenkelse av opphavsmannens enerett. På tross av domsresultatenes eventuelle godhet. I det følgende skal jeg derfor se på om lenking til åndsverk på internett er en videre tilgjengeliggjøring.

Prinsipielt kan det i utgangspunktet være mange likheter mellom en videresending av kringkasting og lenking til et utlagt åndsverk. For det første er begge allerede gjort tilgjengelig av en annen. For det andre er det fristende å trekke direkte linjer mellom begrunnelsen i Rafael Hoteles-dommen, og utlegging av lenker på internett. Prinsipielt vil man nå et helt *nytt publikum* når man legger en lenke til et verk, et annet publikum enn det utleggeren av verket hadde direkte anledning til å nå. Forutsatt at besøkende på nettsiden der lenken ligger ikke ville funnet frem til verket på egenhånd. De besøkende på Rafael Hoteles kan ha hatt *tilgang* på akkurat samme kanaler i sine egne hjem. Det kan ikke antas at alle besøkende var av internasjonal karakter.

I den norske høyesterettsdommen fra 2005, Napster.no, gjøres hele lenkeutleggelsen til en medvirkning til et straffbart forhold. Det straffbare forholdet er å laste opp og legge ut musikk *ulovlig* på internett. Innledningsvis bekrefter Høyesterett at "Videreføring av en annens tilgjengeliggjøring er å anse som en selvstendig tilgjengeliggjøring." Når Høyesterett ved dommer Gussgard uttaler at "Lenkingen har forsterket virkningen av

opplasternes handlinger ved å øke tilgjengeligheten til musikken" er det først og fremst med tanke på ulovligheten i å laste opp verk uten opphavsmannens samtykke som er tema. Men å øke tilgjengeligheten er kanskje en dårlig valgt frase i denne sammenheng. For ved å øke tilgjengeligheten vil lenkeren strengt tatt gjøre det samme som Rafael Hoteles gjør; å nå et nytt publikum. Høyesterett innrømmer: "A [lenkeren] har selv gitt uttrykk for at brukerne normalt ikke ville funnet musikkfilene uten lenker til disse." Høyesterett tar ikke direkte avstand fra at lenking er en videre tilgjengeliggjøring. Dommen er kritisert fra flere hold.⁷²

Knut Martin Tande hevder i sin doktoravhandling fra 2004 at det skapes en alternativ tilgang til verket når det legges en ekstern lenke til et verk.⁷³ En ekstern lenke er, i følge Tande, en lenke som legges til opphavsmannens verk av en utenforstående person. Mens en intern lenke legges fra opphavsmannens server og ut på www. Den *alternative tilgangen* er i følge Tande også "naturlig å betegne som en tilgjengeliggjøring". Han begrunner dette i den språklige forståelsen av ordet *tilgjengeliggjøring* i § 2 og uttalelser i forarbeidene.⁷⁴ At det skapes en alternativ tilgang er en måte å se det på som kan virke fornuftig. Men det innebærer strengt tatt ikke noe mer enn at tilgangen på et vis blir utvidet. Og det igjen kan kanskje beskrives bedre som videre tilgjengeliggjøring. Lenken lager ikke nye veier til verket, den introduserer den veien som allerede eksisterer til uvitende brukere. Det er allerede en tilgang til verket, lenkeren opplyser bare om denne tilgangen. Det i seg selv er et argument i mot at lenker skal ses på som tilgjengeliggjøring. Jeg er enig i at det finnes momenter som tilsier at det kan være naturlig å anta at lenker er en tilgjengeliggjøringshandling. Men min enighet med Tande stopper også der, da han fortsetter med at den videre vurderingen ligger i om tilgjengeliggjøringen faller inn under enerettighetene etter åndsverkloven § 2 tredje ledd. Etter min mening er ikke avgjørelsen avhengig av at man kan henføre handlingen under et av de tre alternativene i tredje ledd, men at man anser handlingen å være en tilgjengeliggjøring for allmenheten. Og så må man, for å få de riktige følgene, henføre handlingen under et av de tre alternativene i tredje ledd. Jeg har allerede

⁷² Se blant andre Rognstad 2005 og Graasvold 2005.

⁷³ Tande 2004, s. 82.

⁷⁴ Forarbeidene Tande nevner er Ot.prp. nr. 26 (1959-1960), s. 16.

argumentert for at tredje ledd skal forstås vidt nok til at dette kan gjennomføres under punkt 2.1.

Som vist med henvisningene til rettspraksis vil det, ved ikke å anse lenking som en selvstendig tilgjengeliggjøring, finnes en inkonsekvens i forholdet mellom analog og digital lovforståelse. Med tanke på at åndsverkloven skal være teknologinøytral bør det, basert på den prinsipielle likheten i tilfellene, finnes grunnlag for å behandle tilfellene likt.

Likevel er det en forskjell i de konkrete handlingene som er viktig å få med. Når det er snakk om en videre tilgjengeliggjøring vil det nesten alltid være tilgjengeliggjøring på senders initiativ, altså aktive overføringer. For eksempel hotellets utsending av signaler til fjernsyn på rommene, og bedriftens høytaleranlegg som fremfører kringkastingssendinger for sine ansatte. Dette kan anses å være en reell videreføring, da det i utgangspunktet er en jevn strøm av overføring som skjer hele tiden. Mens en lenke helt klart kan sies å være en tilrådighetsstillelse. Det skjer ikke noe før brukeren faktisk aktiverer lenken. Sett bort fra web- og simulcasting, vil det være brukeren som bestemmer når strømmen av overføring skal begynne.⁷⁵ Begge disse handlingene er fremføringshandlinger, men det er en forskjell i hvor initiativet ligger som ikke er helt uvesentlig. Det kan blant annet ha betydning for vurderingen av om det analoge videreføringsbegrepet faktisk kan overføres til den digitale verden.

Det kan etter dette slås fast at det allerede foreligger en tilgang til verket når det først legges ut på internett, men dette i seg selv trenger ikke være et avgjørende argument mot at lenking til åndsverk er en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling. Rettspraksis fra analoge overensstemmende situasjoner tilsier, etter min mening, at lenking kan anses å være en selvstendig tilgjengeliggjøring. Men samtidig er det forskjeller i situasjonene som tilsier at det skal utøves forsiktighet med å være for bastant.

⁷⁵ Her faller åpenbart den nevnte hentelenken utenfor, jeg drøfter dennes særstilling senere i avhandlingen, se punkt 7.3.

6.2 Umiddelbar tilgang?

Etter dommen i Høyesterett, inntatt i Rt.1995.35 - Smartkort, er det til diskusjonene om tilgjengeliggjøring generelt, og etterhvert lenkeutleggelse spesielt, kommet med et element av *nærhet og umiddelbarhet* mellom allmennhetens tilgang til verket og handlingen som gir tilgang.

Dommen gjaldt en mann som hadde markedsført og solgt uautorisert dekodingsutstyr for ulovlig tilgang til betal-tv-sendinger, hovedsakelig film. Han ble frifunnet for å ha bidratt (både direkte og indirekte) til å gjøre åndsverk tilgjengelig for allmennheten, jfr. åndsverkloven § 2. Tiltalte blir innrømmet å ha gitt kjøperne mulighet til å skaffe seg ulovlig tilgang til å se sendingene, men Høyesterett ved dommer Aasland "finner det anstrengt å si at han ved salget – som for øvrig i tid ligger forut for sendingen av filmene – selv har fremført dem." Høyesterett gir dermed uttrykk for at det må foreligge en viss umiddelbarhet mellom handlingen og tilgangen.⁷⁶ I en sidekommentar til dommen sier Erik Wold: "Dommen indikerer at handlingene må gi allmennheten en forholdsvis umiddelbar tilgang hvis det skal bli tale om fremføring."⁷⁷ Med dommen settes altså en grense for hva som skal anses å være tilgjengeliggjøring for allmennheten. Jeg er videre enig med Rognstad⁷⁸ om at Høyesterett bekrefter regelen om umiddelbarhet i Napster.no-dommen når dommer Gussgard uttaler: "Under henvisning til Rt-1995-35, Smartkortdommen, er det i teorien oppstilt et krav om at den metoden det er tale om, må gi allmennheten en noenlunde umiddelbar tilgang til verket for at det skal være tilgjengeliggjøring", og ikke kommer med noen innvendinger mot det.

I forarbeidene til lovendringen i 2005⁷⁹ fremheves behovet for å sette en grense, se punkt 2.3. Denne grensen går altså ved nærheten i brukerens tilgang til åndsverket og handlingen som gjør verket tilgjengelig. Et spørsmål som må stilles i denne

⁷⁶ Rognstad 2009a, s. 181.

⁷⁷ Wold 2005, s. 542, fotnote 22.

⁷⁸ Rognstad 2005, s. 347. "Så lenge Høyesterett ikke kommer med noen innvendinger mot dette synspunktet, er det grunn til å anta at man gir det sin tilslutning, uten at det sies uttrykkelig."

⁷⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 23.

sammenheng er om utlegging av lenker til åndsverk på internett er *nært nok* til å kunne betegnes som en egen tilgjengeliggjøringshandling.

Jeg har allerede slått fast at tilgangen til verket allerede er der. På den måten kan det sies at *lenken i seg selv* ikke gjør det mulig for brukeren å *skaffe* seg tilgang til verket ved å benytte lenken, jfr. Smartkortdommen. Muligheten til tilgang ligger allerede i at verket er tilgjengeliggjort av utleggeren på internett.

Torvund er av den oppfatning at salg av uautoriserte dekodekort, som i Smartkortdommen, har større nærhet til tilgjengeliggjøringshandlingen enn det å legge ut en lenke til et verk på internett.⁸⁰ Han hevder altså at brukeren av piratdekodekortet er avhengig av nettopp kortet, da det gir de nødvendige kodene for tilgangen til betal-TV-sendingene. Det er, etter min mening, et godt argument. En utlagt lenke er altså ikke nødvendig for at brukeren skal få tilgang på verket. Men en lenke *kan*, på lik linje med et piratdekodekort, være nødvendig for å gi brukeren tilgang på verk. I en svensk Hovrättsdom fra 20.06.2011⁸¹ var nettopp dette tilfellet. Saksøkte hadde lagt ut lenker på sin hjemmeside, til ishockeykamper på betal-webTV. Lenken ga direkte tilgang til kampen, uten å måtte betale og omgikk dermed beskyttelsessperren. Forholdet ble dømt som krenkelse av de nærstående rettigheter etter den svenske opphavsretsloven kap. 5 § 46, tilsvarende den norske åndsverkloven kap. 5 § 45. Regelen gjelder tilvirking av (lydopptak og) film, og tinger enerett for tilvirkeren til å gjøre det tilgjengelig for allmennheten, jfr. § 2. Da dommen er delvis anket, er den ikke rettskraftig, og kan ikke tillegges stor rettskildemessig verdi. Likevel er den interessant og bringer opp interessante spørsmål når det gjelder lenker og tilgjengeliggjøring.

6.3 Ren henvisning?

Flere argumenterer for at lenking kun er en henvisning til hvor et verk kan finnes, og et verktøy som bare forenkler forespørselsprosessen.⁸² Det hevdes at en fotnote i en bok er det samme som å legge ut en lenke. Forskjellen på en ren henvisning og en lenke er at opplysningen om en adresse ikke gir "direkte tilgang" på verket. Ved en ren henvisning

⁸⁰ Torvund 2008, s. 435.

⁸¹ Hovrätten för Nedre Norrland, dom av 20.06.2011. Mål nr. B 1309-10.

⁸² Torvund 2008, Udsen og Schovsbo 2006, m.fl.

kreves det i tillegg en egen tilgangshandling. Det kreves rett og slett flere handlinger for å nå det aktuelle verket. I den analoge verden er disse handlingene at du må reise til biblioteket du har fått opplyst adressen til og så gå inn, finne frem i hyllene og slå opp i det aktuelle verket du er ute etter. Med lenke er du direkte inne i verket bare ved å klikke på lenken. En ren opplysning om hvor biblioteket ligger gir deg altså ikke verket i hånden. I forhold til henvisninger på nett er denne forskjellen mindre, de ekstra handlingene er færre. Men mangelen på hyperkobling kan være et element. Du må selv foreta "copy+paste-handlingen" for å nå verket. En lenke har klart karakter av å være en henvisning, men den prinsipielle forskjellen klargjør, etter min mening, at den er noe mer. Det taler for at lenking kan være en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling, men er ikke et avgjørende argument i noen retning.

6.4 Opphavsmannens legitime interesser

Selv om det er grunnlag for å si at lenking til utlagte åndsverk på internett ikke er en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling, kan det foreligge sterke interesser hos opphavsmannen som tilsier at oppfatningen bør være den motsatte. Det kan bygge både på legitime interesser hos opphavsmannen og reelle hensyn. Bakgrunnen for opphavsrettslovgivningen bygger i første omgang på de økonomiske fordelene en opphavsmann bør ha for å ha skapt noe, som videre gir et incentiv til å skape mer. Dette bygger på samfunnets ønske om et rikt kulturliv og de økonomiske tankene om økonomisk vekst i samfunnet. For å kunne ha et rikt kulturliv må noen kunne leve av å skape. Opphavsrettighetene er med på å sikre et økonomisk grunnlag for å drive med immateriell produksjon.

6.4.1 Økonomiske interesser

Det er uten tvil store økonomiske interesser i et åndsverk, derav grunnlaget for opphavsmannens økonomiske enerett til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten. Hva opphavsmannen vil tjene på å legge et verk tilgjengelig på internett vil variere. Det må antas at de fleste opphavsmenn som legger et åndsverk ut på internett har til hensikt å dele verket med så mange som mulig. De vil at flest mulig skal se, høre eller lese verket. Måten et verk spres på internett er ved lenking. Et moment som kan være interessant i denne sammenheng er hva *lenkerens hensikt* var. Hadde han til hensikt å gjøre verket tilgjengelig for så mange som mulig? Hvis det er

tilfelle vil lenkeren kun *forsterke* opphavsmannens hensikt ved å legge en lenke til verket. Er verket lagt ut uten opphavsmannens samtykke står man overfor en litt annen situasjon, hvor viten om den opprinnelige utleggelsens lovlighet vil spille inn. Uansett bør det kunne slås fast at lenkerens hensikt ofte bare er å dele verket med så mange som mulig. Det er vel sjeldent man for eksempel legger ut en lenke til en interessant artikkel på egen hjemmeside, eller på mikrobloggeren Twitter, uten at hensikten er at flest mulig skal lese den?

6.4.2 Ideelle rettigheter

For opphavsmannen er det vel så viktig å få vernet sine ideelle interesser som sine økonomiske interesser. De *ideelle rettighetene* er lovfestet i åndsverkloven § 3 som er en faneparagraf. Bernkonvensjonen art. 6bis pålegger unionslandene⁸³ å fastsette et minimum av rettigheter uavhengig av de økonomiske rettighetene. I norsk rett antas det ideelle vernet å være vidtgående, og det kan, i likhet med BK art. 6bis, negativt avgrenses ved å si at det gjelder alle rettigheter som ikke er økonomiske. Knoph mener begrunnelsen for det ideelle vernet er et utslag av *personlighetens mest elementære rett*: "Har en mann skapt et åndsverk, har han naturlig krav på at dette regnes ham til ære – eller til skam; og han har også rett til å kreve at det ikke blir forvansket og misdannet, så han blir bedømt på falsk grunnlag i samtid og ettertid."⁸⁴ Som en begrunnelse er dette vanskelig å si seg uenig i, og etter min mening må det være et godt utgangspunkt for de bedømmelsene som må gjøres i vurderingen av om noen krenker opphavsmannens ideelle rett.

De ideelle rettighetene har som nevnt en side til opphavsmannen, men også en side til samfunnet. Samfunnets interesse i å få vite opphavet til verket må veie inn når vurderingen av krenkelsen skal gjøres. Det gjelder spesielt når det er snakk om verk som kan være interessante i et historisk perspektiv, og verk som på sin måte deltar i samfunnsdebatten. Krenkelsesvurderingen skal gjøres på et objektivt grunnlag i det subjektive verket.

⁸³ Landene knyttet til Bernkonvensjonen.

⁸⁴ Knoph 1936, s. 149.

De ideelle rettighetene består i stor del av *navngivelsesplikten* og *respektretten*. Navngivelsesplikten innebærer en plikt til å navngi skaperen av verket, i den grad *god skikk* tilsier det, jfr. åndsverkloven § 3 første ledd. God skikk er ikke et nærmere definert begrep, og må vurderes i forhold til den sammenheng verket brukes i. Et moment i navngivelsesplikten er opphavsmannens rett til *ikke* å bli navngitt når verket brukes i en sammenheng eller på en måte som opphavsmannen oppfatter som krenkende, jfr. fjerde ledd. *Respektretten* innebærer at *en annen* som har rett til å endre verket eller gjøre det tilgjengelig for allmennheten ikke må gjøre det "på en måte eller i en sammenheng som er krenkende for opphavsmannens litterære, vitenskapelige eller kunstneriske anseelse eller egenart, eller for verkets anseelse eller egenart", jfr. andre ledd.

I forbindelse med lenking til utlagte åndsverk kommer den ideelle rettigheten på spissen først og fremst når det lenkes til et verk på en måte som ikke anerkjenner opphavsmannen som opphavsmann, eller når verket knyttes, via en lenke, til sider som ikke er i opphavsmannens interesse å bli forbundet med. I sammenheng med ideelle rettigheter kan det, som tidligere nevnt, være interessant å se på *måten det lenkes på*. Innebærer en lenke at verket opptrer som lenkerens eget er dette et klart brudd på navngivelsesplikten. Et eksempel er at lenken åpner en artikkel uten å "forlate" lenkerens hjemmeside, og uten å oppgi at lenkeren selv ikke er opphavsmannen. En ekstern lenke fremstår altså som en intern lenke. Dette omtales også som rammelenke eller in frame-lenke.⁸⁵ Innebærer en lenke at verket settes i sammenheng med en organisasjon eller lignende som opphavsmannen ikke vil forbindes med er dette et brudd på respektretten. Et eksempel er at noen har skrevet et nasjonalromantisk dikt om norsk naturs særegenhet og lagt det ut på sin hjemmeside. Et dikt vil, nesten uten unntak, være et åndsverk. En organisasjon med sympati for nynazistisk tankegang legger en lenke til verket og setter dermed opphavsmannen i sammenheng med sin egen organisasjon, noe som forutsettes å være utenfor opphavsmannens interesse. Et eksempel fra den analoge verden som ville være overførbart til den digitale verden er Oslo byretts dom av 28. september 1982, inntatt i NIR-1983-138 (Shere Hite). Dommen gjelder riktignok brudd på sitatretten i tillegg til respektretten, men er interessant som et

⁸⁵ For mer om de forskjellige lenketyperne, se Hagen 2002, s. 21 flg.

eksempel på hvilke krenkelses som kan foreligge både i en analog og digital verden. Saken gjaldt krenkende bruk av en bok av den amerikanske forskeren og kulturhistorikeren Shere Hite, oversatt og utgitt på norsk forlag. Hun hadde utarbeidet en analyse av amerikanske kvinners seksualliv, basert på en spørreundersøkelse. Boken var ansett å gi ny innsikt på området og var en del av kvinnebevegelsen på 1970-tallet. Det norske magasinet *Alle Menn* hadde trykket sitater og satt dem i sammenheng på den måte at innholdet i boken fikk et pornografisk preg. Fra dommen: "Retten finner at forfatterens og verkets anseelse er krenket ved at utdragene fra boken er benyttet som om den var pornografisk og ved at dette inntrykk er forsterket gjennom redaksjonens oppfordring hvor denne krenkende bruk av boken ble utnyttet og videreført i introduksjonen av den pornografiske AM-rapporten som skulle være et salgsfremmende innslag i bladet." Her er det lett å se at det samme kunne bli tilfellet i digital sammenheng. Et litterært verk på nettet som omhandler det analytiske ved menneskers seksuelle handlinger, kan fort lenkes til en side som fremmer pornografisk innhold, og med dette skape et annet inntrykk av verket. Hvis det samtidig er tatt ut tekst fra verket, og satt i usammenhengende rekke, vil krenkelsen være fullstendig. Det er heller ikke uvanlig at fotografiske bilder blir satt i pornografiske sammenhenger, uten at bildet var ment å være pornografisk (eller tilgjengeliggjort i det hele tatt, men det er en annen side av debatten om digitalisering). Vilåret i åndsverkloven § 3 er at en annen har *rett* til å gjøre verket *tilgjengelig* for allmennheten. Ved ikke å anse lenking som tilgjengeliggjøring vil man ikke ha mulighet til å beskytte opphavsmannens ideelle rettigheter i disse situasjonene. Synspunktet og eksempelet fra rettspraksis er inspirert av Rognstads artikkel om *napster.no*-dommen.⁸⁶ Jeg mener argumentet er godt og bør være med i en vurdering når man drøfter hvorvidt lenking skal være tilgjengeliggjøring, men så vidt jeg kan se er det ingen andre forfattere som tar for seg dette synspunktet. En grunn kan være at det er vanskelig å gjennomføre et syn om at lenking *ikke* skal være tilgjengeliggjøring når man tar for seg muligheten til å beskytte de ideelle rettighetene.

På den andre siden må en person som trer frem i offentligheten med sitt verk forvente en viss bruk av verket som ligger utenfor egen interesse. Det er kun de aller groveste tilfellene som bør ha krav på lovbeskyttelse. Det kan settes opp et skille mellom om

⁸⁶ Rognstad 2005.

opphavsmannen har lidd faktisk skade, eller om det kun foreligger en uheldig tilknytning som setter opphavsmannen i et uønsket lys. Dette er tilnærmet det samme skillet som går i vurderingen av om respektretten er krenket. Regler utenfor opphavsretten kan være aktuelle å se på, men ligger utenfor denne avhandlingens tema. Opphavsmannen kan ikke beskyttes mot enhver bruk som ikke er helt i tråd med egne meninger, men muligheten til å benytte de ideelle enerettighetene vil ikke tilsi det samme som at enhver handling vil bli slått ned på.

6.4.3 Andre reelle hensyn?

Det finnes argumenter for at lenking bør anses som tilgjengeliggjøring selv om det ikke er lett å lese direkte ut av åndsverkloven § 2. Da er det reelle hensyn som må ligge til grunn. Fordi det kan tenkes tilfeller der utlagte åndsverk på internett burde kunne beskyttes mot krenkelse, er det etter min mening hensiktsmessig at utlagte åndsverk gis opphavsrettslige beskyttelsesformer. Hvis man må ty til annen lovgivning som for eksempel markedsføringsloven⁸⁷ eller generell strafferett for å beskytte verket, mener jeg det viser et behov for konkret lovgivning på opphavrettsområdet. Et åndsverk burde kunne beskyttes gjennom åndsverkloven. Lovens formål er nettopp å beskytte åndsverk.

Generalklausulen i markedsføringsloven § 25 (tidligere § 1 i 1972-loven) er ofte påberopt i saker som gjelder opphavsrettslige brudd (rettspraksis). Generalklausulen i § 25 gjelder god forretningsskikk-standarden i næringsvirksomhet jfr. paragrafens ordlyd. Dermed vil den ikke alltid gjelde på opphavsrettens område. Den regulerer konkurransehensyn, og er ikke å regne for en opphavsrettslig regel. I dansk rettspraksis er det i en dom uttalt at lenking (spesielt dyplenking) ikke er i strid med markedsføringslovens generalklausul. Generalklausulen var på gjeldende tidspunkt tilnærmet den samme i norsk og dansk markedsføringslov⁸⁸, uten at jeg skal gå nærmere inn på hvordan den videre er benyttet i rettspraksis. Dommen er SØ- og Handelsrettens dom gjengitt i UfR 2006.1564S. Saken gjaldt en boligsalgaktørs database med

⁸⁷ Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. av 9. jan 2009, nr.2 (markedsføringsloven/mfl.).

⁸⁸ Dansk lov 1994-06-01 nr. 428 om markedsføring § 1. Nå revidert.

boligannonser, og en annens lenking til databasen. Lenkeren i saken sto ikke selv for boligsalg, men hadde opprettet en søkefunksjon som gjorde det lettere å finne aktuelle salgsklare boliger for brukerne. Grunnlaget for ikke å anse lenkingen som brudd på markedsføringsloven var at utleggeren av databasen det var lenket til måtte regne med at det ble lenket til vedkommende database, også fra utenforstående søketjenester. Lenkingen ble ikke ansett å være et ledd i konkurransevirkosomhet eller forsøk på å utnytte vedkommende database. Et argument var det også at lenking ble ansett som grunnlaget for å holde nettet i gang, og med det, nødvendig nettbruk. Saksøker hadde heller ikke noe økonomisk tap på den konkrete lenkingen. I tillegg forsøkte ikke saksøkte i sin søkemotor å fremstå som fremstiller av databasen. Retten unngår å gå inn på spørsmålet om lenking skal anses å være tilgjengeliggjøring da databasen ikke anses å ha opphavsrettsbeskyttelse jfr. dansk ophavsretslov § 71.

I dommen fra Frostating lagmannsrett, inntatt i RG-2005-1089, også kalt Supersøk avgjør Lagmannsretten at lenking til database *kan* rammes av generalklausulen i markedsføringsloven (den daværende i § 1). Saken blir dessverre ikke avgjort på grunnlag av åndsverkloven, så det tas ikke konkret stilling til hvorvidt lenkingen skal anses å være tilgjengeliggjøring. Men den står som en motsetning til den danske avgjørelsen. Faktum i saken skiller seg litt fra den danske dommen ved at saksøkte, i sine søkeresultater, gir inntrykk av at de selv er fremstiller av databasen. Da må også andre hensyn tas i betraktning.

Hvorvidt markedsføringsloven faktisk kan benyttes i lenkesaker fremstår litt usikkert etter min mening. Den danske dommen gir gode argumenter ved at selve lenkehandlingen ikke direkte kunne sies å utnytte verket det var lenket til fordi databasefremstilleren måtte regne med at databasen ble lenket til. Markedsføringslovens formål er å hindre utnyttelse av andres innsats, og så lenge det ikke er noe tap av hverken penger eller anseelse er det vanskelig å anvende markedsføringsloven. Men det må vurderes konkret i hver sak. Er lenkerens hensikt ved lenkingen å tjene penger på andres innsats må det kunne få konsekvenser. Det ville være en utilbørlig utnyttelse av innsats at for eksempel lenkeren lager en samleside av lenker for å tjene på denne, uten selv å legge ned særlig mye arbeid. Momenter i en vurdering vil kunne være omfanget av lenkebruken, brukens sammenheng, lenkerens egen innsats. Men jeg skal ikke gå videre i å spekulere i dette.

Et viktig moment som må vurderes når det er snakk om hvor beskyttelsesverdig et åndsverk på nett er, er hensynet til ressursbruk ved håndhevelse av reglene. Det er klart at mer regelstyring vil føre til større ressursbruk, og det er et viktig hensyn å veie graden av beskyttelsesbehov opp mot graden av ressursbruk.

Et argument mot å tolke lenking som tilgjengeliggjøring er at lenkeproblemet har vært kjent under de siste direktiv og lovers endringer. Hadde det vært meningen å regulere lenking, så ville det blitt gjort. De norske forarbeidene til endringsloven i 2005 nevner spesifikt at lovgivningen, både nasjonal og internasjonal, ikke kan løse alle "de utfordringer kunstnere og innholdsindustrien står overfor som følge av ny teknologi".⁸⁹ Beskyttelsesverdien må måles opp mot den mest praktiske løsningsmetoden og publikums rettigheter til bruk. I stedet kan bransjen selv måtte stå for måter å løse problemene på, ved nye måter å tenke deling og nye teknologiske utnyttelsesmuligheter. Teknologien vil alltid være i utvikling, og noen ganger må man rett og slett bare tilpasse seg. Lenking kan være en av disse tingene som lovgivningen ikke finner rom for å regulere.

Et annet argument som har vært fremmet for ikke å anse lenking som tilgjengeliggjøring er at det i dag i de fleste programvarer en sånn at en konkret gjengivelse av en webadresse automatisk blir gjort om til en lenke som fører brukeren direkte til verket. Dette er ikke et sterkt argument i mine øyne. Det faktum at dette er en mulighet ved dagens programvare kan ikke styre lovgivningen. *Lovgivningen* må vurdere hva som bør beskyttes og ikke.

6.5 Det implisitte samtykke

I avtaleretten sies det å eksistere et disposisjonskriterium om at en persons handlemåte kan binde ham til avtalen. Grunnlaget for denne muligheten er formfrihetsprinsippet og forventningsprinsippet.⁹⁰ Formfrihetsprinsippet innebærer at avtaler kan inngås på valgfri måte, derav at muntlige avtaler er like bindende som skriftlige. Forventningsprinsippet innebærer videre at visse handlinger, i konkret sammenheng,

⁸⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 10.

⁹⁰ Mer om dette i Woxholth 2006, s. 115.

kan skape forventninger om at avtale er inngått. Fra dette kan det argumenteres for at det foreligger et implisitt samtykke når opphavsmannen eller noen med hans samtykke legger ut et åndsverk på internett. Det som samtykkes til må være "normal og lojal utnyttelse av dette materialet [åndsverket] på den måten som nettets funksjon tillater."⁹¹ Det *nettets funksjon* tillater i vårt tilfelle, er lenking.

Et viktig poeng er hva som er opphavsmannens vilje når han legger et verk ut på internett. Så lenge det er opphavsmannen selv eller andre med opphavsmannens samtykke som legger ut verket, må det antas at målet er å gi flest mulig tilgang til verket. Hele verden har tross alt tilgang til det som blir lagt ut på internett. Å legge lenker til verket vil dermed være med på å oppfylle opphavsmannens ønske. At utlegging av lenker til åndsverk på internett gjøres til en tilgjengeliggjøringshandling, og dermed faller innenfor opphavsmannens enerett, er derimot ikke til hinder for å oppnå målet om å nå flest mulig. Det implisitte samtykket løser de eventuelle problemene som oppstår ved at lenking gjøres til en del av opphavsmannens enerett, som for eksempel systemtreghet ved at hver enkelt lenke krever positivt samtykke. Og likevel kan opphavsmannen begrense muligheten til lenking hvis det skulle være ønskelig. Dette kan kalles å tilbakekalle det implisitte samtykket. Ved å sette opp tekniske beskyttelsessystemer som passord eller en betalingsvegg kan opphavsmannen kontrollere hvem som har tilgang på verket han har gjort tilgjengelig på internett. Dermed begrenses verken opphavsmannens rettigheter eller hensynet til brukernes behov for å utnytte verket. Samtidig vil det være lettere for opphavsmannen å stoppe handlinger han anser som krenkende.

Implisitt samtykke er ikke en ideell løsning. Høyesterett påpeker i *napster.no*-dommen at det kan "bli tale om avgrensningskriterier som både kan gi grunnlag for tvil og tvister."⁹² Og det ville uten tvil måtte skje en form for avgrensning, på samme måte som for andre mer eller mindre uklare regler. Men skulle man konkludere med at lenking er en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling må implisitt samtykke være en foreløpig

⁹¹ Bing 2008, s 104.

⁹² Rt.2005.41, premiss 57.

løsning under dagens lov. Så må det videre jobbes mot en bedre løsning ved neste lovendring.

At det allerede foreligger en mulighet for opphavsmannen til å begrense tilgangen til verket uten at lenking er en krenkelse av hans enerett skal jeg se nærmere på i neste kapittel.

7 Betraktninger

Som avhandlingen viser er det klare argumenter for begge løsninger når det gjelder lenking. Det er mye som drar i retning av at lenkehandlingen ikke skal være en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling, særlig at opphavsmannen ikke står i stor fare for å ha store tap kun på bakgrunn av lenkingen.

7.1 Analogisk tolkning

Udsen og Schovsbo hevder at analogislutninger som utvider opphavsmannens enerett, ikke er berettiget. Det begrunner de med at eneretten til å råde over verk må bygge på en lovhjemmel på bakgrunn av at krenkelse medfører straffeforfølgning. Videre fordi "den ophavsretlige eneret er en undtagelsestilstand på markedet" når vårt samfunn bygger på markedsøkonomi. Beskyttelsen i enerettene har, etter deres mening, en ideell karakter, da utgangspunktet for markedsøkonomi er at alt er tillatt. De anser altså behovet for å utvide opphavsretten til å være begrenset, fordi enhver enerett til verk vil være en fordel for rettighetshaveren. Denne fordelten gir opphavsmannen en økt velstand på ideelt grunnlag som ingen andre har mulighet til, og det er ikke ønskelig. Opphavsmannen har denne fordelten ved siden av konkurransemarkedet da "værdien av innovasjonsmarkedet er større end tabet på produktmarkedet".⁹³ Med det forstår jeg at de mener at risikoen for tap er mindre for opphavsmenn enn andre aktører i markedet. I seg selv er dette en interessant synsvinkel. Men det virker på meg som om hensynet til brukeren står sterkere enn hensynet til opphavsmannen i dette resonnementet. Opphavsmannen må antas å skulle leve av sin fremskaping av åndsverk. Noen særlig

⁹³ Udsen og Schovsbo 2006, s. 54-55.

fordel i forhold til lønnstakere generelt vil det i de fleste tilfeller ikke kunne sies å foreligge. Ofte er det begrenset hvor mye en opphavsmann faktisk vil tjene på verket sitt. Det er uten tvil slik at all lovgivning som kan føre til straff må ha en lovhjemmel, jfr. legalitetsprinsippet. Det må være det bærende argument i resonnetet. Utvidende tolkning må vurderes ut fra det konkrete tilfelle. Generelt bør det utvises forsiktighet ved utvidende tolkning.

Et annet argument mot analogisk tolkning er at det ikke kan foretas fordi Opphavsrettsdirektivet nevner spesifikt i fortalens punkt 23 at "Denne ret bør dog ikke omfatte andre handlinger". Retten det er snakk om er eneretten til overføring til allmennheten og dens begrensninger, se kapittel 4. Rene analogier bør derfor unngås når loven skal tolkes.

7.2 Opphavsrettslovgivningens u/tilstrekkelighet

I Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) sa daværende Kultur- og kirke departement at "det ikke har vært behov for å introdusere nye begreper i åndsverkloven for å tilpasse loven til de nye utnyttelsesformene. [...] Tilgjengeliggjøringsbegrepet har vist seg å være fleksibelt og har kunnet ta opp i seg nye former for verksformidling."⁹⁴ Og det har nok stemt godt. Likevel oppstår det usikkerhet i hva som ligger i noen begreper, *tilgjengeliggjøring* er et av dem. På tross av lovens teknologinøytralitet kan det gjøres endringer med tanke på digitaliseringen av samfunnet. I det svenske forslaget til ny opphavsrettslov tas det til orde for å beholde begrepene eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring fordi de er etablerte begreper og grunnleggende uttrykk for opphavsrettslig enerett. I stedet foreslås det å skille ut overføringsbegrepet i en egen paragraf, og forenkle språket. Det vil gjøre den tydeligere og vise dens betydning for enerettighetene.⁹⁵ Dette kan være en god løsning også for norsk opphavsrettslovgivning. På tross av overføringsrettens forskjellige plassering i henholdsvis norsk og svensk lov, er betydningen den samme.

Et tydeligere språk kan også være en fordel for personer uten juridisk innsikts forståelse. Jeg tør påstå at de fleste som er opphavsmenn jfr. loven i dag ikke er jurister.

⁹⁴ s. 9.

⁹⁵ SOU 2011:32, s. 154-155.

Det samme gjelder *brukere* av åndsverk, og spesielt på internett kan det være usikkerhet rundt lovligheten knyttet til egen bruk. Det er grunn til å se på språkbruk og utforming av loven i en revisjon av den. Kanskje burde den vært utformet mer forbrukervennlig? En endring er oppfordret fra Kulturdepartementet, og i dag ligger det ute et høringsnotat med navn *Endringer i åndsverkloven (tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett)* hvor høringsfristen gikk ut 30. september 2011. Så vidt vites er det ikke offentliggjort noen svar på notatet per i dag, 25.11.2011. Formålet med den foreslåtte endringen er først og fremst "å styrke rettighetshavernes muligheter for håndheving av sine rettigheter ved krenkelser på Internett[...]" da dette har vist seg å være vanskelig. Lenking er ikke konkret nevnt i notatet. Målet er blant annet å stoppe ulovlig fildeling. Som avhandlingen har vist kan dette indirekte og delvis gjøres ved å hindre fri lenking. At det i det hele tatt er tatt et initiativ til endring viser at åndsverkloven kan ha fordel av en utbedring.

På grunn av reguleringer fra EU og internasjonale konvensjoner er det begrenset hvilke endringer som faktisk kan gjøres i opphavsrettslovgivningen. Men det hverken bør eller må stå i veien for en tydeliggjøring av reglene.

Det som ofte søkes å oppnå ved å gjøre lenking til en del av opphavsmannens enerett er å ramme lenking til ulovlig utlagte åndsverk, og *indirekte* ramme ulovlig utlegging. Utlegging av åndsverk uten opphavsmannens samtykke er ikke i opphavsmannens interesse og bør begrenses. Det har likevel et lite preg av mindretallstyranni å ha et utgangspunkt om at all lenking er ulovlig uten opphavsmannens samtykke. De fleste åndsverk på internett er lagt ut med opphavsmannens samtykke. Det er underholdningsbransjen som er mest kommersielt plaget med ulovlig fildeling og som går i bresjen for å gjøre lenking ulovlig. Med det vil de indirekte ramme den ulovlige utleggingen av musikk, film etc. Det er kanskje ikke den best egnede løsningen i et større perspektiv. Med løsningen som Høyesterett kommer til i *napster.no*-dommen, med å dømme lenking til ulovlig utlagte åndsverk som *medvirkning*, vil man også kunne oppnå gode resultater. En medvirkningshandling kan bare gjøres rettsstridig så lenge den *handlingen den medvirker til* er rettstridig. Når et verk er ulovlig utlagt vil lenkingen være medvirkning til tilgjengeliggjøring for allmennheten uten opphavsmannens samtykke. Men når det utlagte åndsverk det lenkes til er lovlig utlagt, skjer det i praksis ingenting, da det ikke foreligger noen rettsstridig handling.

Fremføringsbegrepet er kilde til både usikkerhet og uenighet, derav denne avhandlingens tema.

7.3 Konklusjon

Er det egentlig et behov for å lovregulere lenking for å beskytte utlagte åndsverk på internett? Når en opphavsmann legger verket sitt ut på nettet, har han muligheten til å legge begrensninger på hvem som skal få tilgang til det. Det kan være i form av for eksempel passord, kopi- eller lenkebeskyttelse, eller IP-sperringer (for eksempel mot utenlandske IP-adresser). Disse beskyttelsesformene vil likevel ikke ha vern som tekniske beskyttelsessperrer etter åndsverkloven kap. 6a, da de har som formål å hindre privat fremføring. Sperrer som hindrer privat fremføring kan fritt omgås.⁹⁶ Samtidig som det ikke krever enorme mengder kunnskap for å omgå disse sperrere. Problemet oppstår når slike sperrer omgås på en måte som gjør at verket blir mulig å dele med andre, som i den svenske hovrättsdommen omtalt i punkt 6.2. Saken ble dømt som en krenkelse av eneretten, og under dagens lov må nok det være det riktige. Selv om det brukes beskyttelsessperrer kan verket fortsatt være gjort tilgjengelig for allmennheten ved første utlegging. Da er vi tilbake til at lenken gjør verket videre tilgjengelig, som drøftet under punkt 6.1.1. Men den videre tilgjengeliggjøringen vil nå være av en litt mer alvorlig sort. Det har vært gjort et forsøk på å forhindre delingen av verket med alle, og den sperren som er gitt er omgått og så videre delt. Det er altså lenken i seg selv som omgår sperren. Det er gode grunner for å si at lenkeren står for å lage en egen tilgang til verket og at det dermed er en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling.

Også de tidligere nevnte hentelenkene er tvilsomme. Å benytte en hentelenke fremstår mer som en eksemplarframstillingshandling, i sammenheng med en tilgjengeliggjøringshandling. Problemet er at det ikke rent teknisk skjer en kopieringshandling, men en lenking. Dermed kan ikke opphavsmannen håndheve krenkelse av eksemplarframstillingsretten. *Resultatet* er likevel at verket lenkeren lenker til fremstår som en del av lenkerens hjemmeside. Hvis lenking generelt ikke er tilgjengeliggjøring vil den konkrete lenkingen kun være en *uetisk* handling, det er ingen

⁹⁶ Se mer om tekniske beskyttelsessystemer i Rognstad 2009a, s. 378 flg.

opphavsrettslige konsekvenser. Lenkeren har ingen plikt til å navngi opphavsmannen eller overholde respektretten. Det står sterkt i mot hensikten bak de ideelle rettighetene.

Med dette i bakhodet er det hensiktsmessig å vurdere om det er den konkrete lenkehandlingen som bør gjøres ulovlig. En lenke i seg selv kan være veldig uskyldig, og i tillegg være med på å oppfylle opphavsmannens hensikt. I tillegg ligger det et viktig hensyn til grunn; lenking er nødvendig for internettets funksjon. Det må, som med alle andre lovbrudd, vurderes konkret om en lenke skal være tilgjengeliggjøring. En lenke i seg selv er kanskje ikke nok, men når lenkingen henger sammen med en annen tvilsom handling *kan* en lenke være tilgjengeliggjøring. Det bør ikke antas at lenker i seg selv er tilgjengeliggjøring, men heller ikke utelukkes at visse former for lenking *er* tilgjengeliggjøring. Og det må være konklusjonen på avhandlingens overordnede problemstilling.

8 Litteraturliste

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

Bryde Andersen 2005: Andersen, Mads Bryde. *IT-retten*. 2.utg. København, 2005.

Graasvold 2005: Graasvold, Hans M. "Høyesteretts avgjørelse i Napster.no - var gjerdet lavere på den andre siden?", LoD-2005-82-10.

Hagen 2002: Hagen, Vegard. "Pekeransvar". Spesialoppgave våren 2001. Complex 10/02 – *To avhandlinger om pekeransvar*.

Knoph 1936: Knoph, Ragnar. *Åndsretten*. Oslo, 1936.

Olsson 2009: Olsson, Henry. *Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar*. Stockholm, 2009.

Rasmussen 2007: Rasmussen, Terje. *Kampen om Internett*. Pax Forlag Oslo, 2007.

Rognstad 2009a: Rognstad, Ole-Andreas, i samarbeid med Birger Stuevold Lassen. *Opphavsrett*. Universitetsforlaget, 2009.

Rognstad 2009b: Rognstad, Ole-Andreas. "Opphavsrettens innhold i en multimedieverden – om tradisjonelle opphavsrettsbegrepers møte med digital teknologi", NIR-2009-531

Rognstad 2005: Rognstad, Ole-Andreas, 2005. "Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-saken", NIR-2005-344.

Schovsbo og Rosenmeier 2011: Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier. *Immaterialret*. 2. utgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

Schønning 2008: Schønning, Peter. *Ophavsretsloven*. 4.utg. København, 2008.

Tande 2004: Tande, Knut Martin. *Lenker til andres materiale på www som selvstendige krenkelser av åvl. § 2, åvl. § 43 eller mfl. § 1*. Bergen, 2004. Stensil.

Torvund 2008: Torvund, Olav, 2008. "Enerett til lenking – en keiser uten klær?", NIR-2008-417.

Udsen og Schovsbo 2006: Udsen, Henrik og Jens Schovsbo, 2006. "Opphavsrettens missing link?", NIR-2006-47.

Wold 2005: Wold, Erik. "Napster.no til Høyesterett", NIR-2005-536.

Woxholth 2008: Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 6. utgave. Gyldendal Norsk Forlag, 2006.

8.1 Lover og forarbeider

Lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven/åvl.).

Lov av 9. jan 2009, nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår m.v. (markedsføringsloven/mfl.).

Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) – Om lov om opphavsrett til åndsverk.

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

Kulturdepartementets høringsnotat: *Endringer i åndsverkloven (tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett.)*

SOU 2011:32 – En ny opphovsrättslag - Slutbetänkande av opphovsrättsutredningen.

8.2 Domsregister

Rt. 2005 s. 41 – Napster.no

Rt. 1953 s. 633 – Bedriftsmusikk

Rt. 1995 s. 35 – Smartkort

RG-2005-1089 – Supersøk (Frostating lagmannsrett LF-2005-1480)

Oslo byretts dom av 28. september 1982 (NIR 1983 s. 138) – Shere Hite.

NJA 1980 s. 123 (NIR 1980 s. 258) – Mornington.

Hovrätten för Nedre Norrlands dom den 20. juni 2011 i mål nr B 1309-10.

UfR 2006.1564S (Sø- og Handelsrettens dom av 24.02.2006)

Oppsummert: NIR-2007-401.

Sak C-306/05, Sml. 2006 s I-11519 (Rafael Hoteles)

