

Länkning som upphovsrättslig överföring till allmänheten?

Av doktoranden Daniel Westman

Tillhandahållande av länkar har i vissa sammanhang uppfattats som ett sådant tillgängliggörande för allmänheten som omfattas av upphovsmannens ensamrätt. I artikeln argumenteras emellertid för att vanlig hypertextlänkning till öppet tillgängliga datafiler, i vilka upphovsrättsligt skyddade verk gjorts tillgängliga på internet med upphovsmannens samtycke, inte faller under den EU-harmoniserade ensamrätten att överföra verket till allmänheten.

1. Inledning

Länkning är vanligt förekommande i många moderna kommunikationsmiljöer, t.ex. på webben (World Wide Web) och i olika sociala medier (Facebook, Twitter etc.). Genom länkning blir det enkelt att hänvisa en användare direkt till visst material som finns tillgängligt på nätet. Att följa länkar ("surfa") har blivit ett av de viktigaste sätten att hitta fram till material på nätet. Länkarna sägs därför ofta utgöra webbens hjärta.

En länk är en adressangivelse i standardiserad form. Den standardiserade formen gör att adressen automatiskt kan identifieras av användarens programvara, som t.ex. kan vara inställd på att presenteras den som "klickbar" hypertext eller automatiskt ladda hem den fil som finns på den aktuella adressen. Om länken aktiveras kopieras den länkade filen till användarens utrustning direkt från den som har gjort den åtkomlig på nätet. Någon överföring av den länkade filen (i faktisk mening) sker med andra ord inte från den som skapar länken. Rent faktiskt kan en länk alltså uppfattas som en form av *hänvisning*.

Trots detta har det hävdats att den som tillhandahåller allmänheten en länk till ett upphovsrättsligt skyddat verk (t.ex. en text eller en bild) *gör verket tillgängligt för allmänheten* på ett sätt som omfattas av upphovsmannens ensamrätt enligt 2 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen). Argumentet är typiskt sett att den som skapar länken "vidaresänder" verket eller "placerar verket under användarens näsa" på ett sådant sätt att det sker ett sekundärt utnyttjande av verket (närmare bestämt en *överföring till allmänheten*).¹ Konsekvensen av en sådan tolkning är att

SvJT 2012 s 801

länkning i princip bara får ske om rättighetshavaren har lämnat sitt uttryckliga eller underförstådda samtycke till åtgärden.²

Till stöd för denna tolkning åberopas ofta domen i det s.k. *MP3-målet* (NJA 2000 s. 292). Domen har förståtts så att Högsta domstolen klassificerade ett tillhandahållande av en webbsida med länkar direkt till (av andra personer) olovligt tillgängliggjorda musikfiler som ett offentligt framförande.³ År 2005 genomförde Sverige det s.k. infocodirektivet⁴ och direktivets begrepp överföring (till allmänheten) infördes

1 Se t.ex. Rosén, Jan, *Ansvar för utnyttjanden av skyddade prestationer i nätverk. Noteringar i anslutning till Högsta domstolens prövning av länkning till MP3-filer*, SvJT 2000 s. 805-824, på s. 818 f. och densamme, *Länkning till streamade TV-program – immaterialrättsligt skydd eller fri access på nätet*, *Medie- och upphovsrätt, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet* nr 78, 2012, s. 149-169, på s. 162 f. För en mycket utförlig argumentation för detta synsätt, se Rognstad, Ole Andreas, *Ophavsrettslig ansvar för linker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-saken*, NIR 2005 s. 344-370, *passim*.

2 Med en sådan tolkning av överföringsbegreppet kan länkningen också i vissa speciella fall vara tillåten med stöd av en inskränkning i 2 kap. upphovsrättslagen eller med stöd av regler om yttrandefrihet.

3 MP3-målet har tolkats på olika sätt i litteraturen. Se översikten hos Torvund, Olav, *Enerett til lenking – en keiser uten klær*, NIR 2008 s. 417-443, på s. 433, med hänvisningar. Se även Rognstad, Ole Andreas, *Opphavsrett*, 2009, s. 183-186, Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 10 uppl., 2011, s. 183 ff., Rosén i not 2 a.a., Lindberg, Agne & Westman, Daniel, *Praktisk IT-rätt*, 3 uppl., 2001, s. 275 ff. samt Westman, Daniel, *MP3-målet i HD – rättsläget kring länkning fortfarande oklart*, *Love&Data* nr 62 2000, s. 16 ff. Se vidare avsnitt 4 nedan.

4 Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

i den svenska lagen som beteckning för bl.a. sådana tillgängliggöranden som sker online. I lagstiftningsärendet gjordes en tolkning av MP3-domen.⁵ Regeringen uttalade samtidigt att genomförandet av direktivet inte förändrade rättsläget beträffande länkning på annat sätt än att ”den typ av förfoganden” som var föremål för prövning i MP3-målet ”fortsättningsvis blir att bedöma som överföring till allmänheten i stället för offentligt framförande”.⁶

I denna artikel argumenteras för att vanlig hypertextlänkning till öppet tillgängliga datafiler, i vilka upphovsrättsligt skyddade verk gjorts tillgängliga med upphovsmannens samtycke, efter införandet av det EU-gemensamma överföringsbegreppet *inte* kan anses utgöra en överföring till allmänheten.

Hur *andra länkningssituationer* ska bedömas analyseras inte i detalj. Som en del av argumentationen för att alla länkar inte bör uppfattas som en upphovsrättslig överföring av det som länken hänvisar till framhålls emellertid att det är möjligt att särbehandla vissa former av länkar. Det konstateras att det är möjligt att uppfatta *länkning som kringgår tekniska åtkomstbegränsningar* (som den som tillgängliggör material på nätet använt sig av för att begränsa den publik som kan ta del av verket) som överföring till allmänheten. Även skapandet av *automatiska länkar* (som utan användarens klick aktiveras när den webbsida som länken finns på laddas in i användarens dator) kan bedömas på ett annat sätt än vanliga hypertextlänkar. Dessutom påpekas

SvJT 2012 s 802

att *länkning till olovligt tillgängliggjorda filer*, i vissa fall, kan angripas med regler om medhjälp till andras upphovsrättsintrång. Det finns emellertid anledning att göra en mer djupgående analys av dessa länkningssituationer i ett annat sammanhang.⁷

Artikeln är disponerad på följande sätt. I avsnitt 2 beskrivs och analyseras relevanta faktiska förhållande rörande länkning. I avsnitt 3 diskuteras möjliga rättsliga förhållningssätt till länkning och den begreppsbyggning som förekommer i rättsliga framställningar. Avsnitt 4 redovisar MP3-målet och hur det har tolkats i förarbeten och doktrin. Det svenska överföringsbegreppets förhållande till EU-rätten analyseras i avsnitt 5. I avsnitt 6 redovisas viss betydelsefull internationell rättspraxis kring länkning. Analysen av hur vanlig hypertextlänkning förhåller sig till det EU-rättsliga överföringsbegreppet görs i avsnitt 7. Några avslutande kommentarer ges i avsnitt 8.

2. Länkning – faktiska förhållanden och begreppsbyggning

2.1 Behovet av en korrekt faktumbeskrivning

All lagstiftning och rättstillämpning måste baseras på en korrekt förståelse av faktiska förhållanden. I en digital miljö kan de faktiska förhållandena ibland vara svårare att fastställa än i andra miljöer.⁸ Det finns därmed en ökad risk för att rättsliga bedömningar baseras på en oriktig förståelse av de faktiska förhållanden som råder och att detta leder till felaktiga slutsatser. När det gäller länkning *kan* det t.ex. vara relevant vem som rent faktiskt överför en fil till den som klickar på en länk (den som har lagt ut filen på nätet eller den som skapat den länk som en användare klickar på). Vidare kan det vara relevant vad det egentligen är som gör en fil som det länkas till så lättåtkomlig. Är det länken eller det förhållandet att filen har gjorts åtkomlig på nätet av någon annan? I detta avsnitt beskrivs därför vissa faktiska förhållanden kring länkning som bedöms vara relevanta för den rättsliga analysen.⁹

Att vissa faktiska förhållandena är relevanta för den rättsliga analysen innebär inte att dessa måste vara direkt rättsligt utslagsgivande. Det är t.ex. möjligt att låta det (upphovs)rättsliga begreppet överföring till

⁵ Se Ds 2003:35 s. 99. Promemorians bedömningar återgavs i propositionen (prop. 2004/05:110 s. 70). Se vidare avsnitt 4 nedan.

⁶ Prop. 2004/05:110 s. 71.

⁷ Artikeln behandlar inte exemplarframställningsrättens (2 §) eller databasskyddets (49 §) tillämpning på länkning. I de flesta länkningssituationer är exemplarframställningsrätten i praktiken inte relevant (jfr dock Lindberg & Westman, a.a. s. 278 f., när det gäller automatiska länkar). Databasskyddets tillämpning diskuteras t.ex. i Bryde Andersen, Mads, *Linking och robottering på Internet*, Ugeskrift for retsvesen 2000, s. 311-319.

⁸ Torvund, a.a. s. 417 f., framhåller att teknologin ibland skapar illusioner av vad som faktiskt sker.

⁹ För en mer utförlig beskrivning av rättsligt relevanta förhållanden, se Torvund, a.a. s. 418 ff.

allmänheten omfatta även sådana företeelser som i *faktisk* mening inte kan anses utgöra en överföring.¹⁰ Ett beslut att ge ett rättsligt begrepp, som i sin grundkonstruktion knyter an till faktiska

SvJT 2012 s 803

förhållanden, en sådan utsträckt innebörd måste emellertid fattas efter ett moget övervägande av konsekvenserna.¹¹

2.2 Historik

Tanken på att skapa hypertextstrukturer är inte ny. Redan 1945 publicerade Vannevar Buch sin klassiska essä "As We May Think" i vilken han föreställde sig en anordning kallad "memex", vilken kunde lagra dokument i en sammanvävd, icke-linjär struktur. Genom datortekniken blev det praktiskt möjligt att förverkliga dessa visioner. På 1960-talet började den amerikanska datorforskaren Ted Nelson experimentera med ett världsomfattande publiceringssystem för att lagra all mänsklig kunskap. Systemet, som kallades "Xanadu", skulle ge användaren möjlighet att med hjälp av hypertext navigera mellan dokumenten. Systemet blev aldrig färdigställt och Nelsons idéer kom att förverkligas först i och med att Tim Berners-Lee 1991 skapade HTML (HyperText Markup Language), som kom att bli standardspråket för att skapa webbsidor. Redan innan dess hade det emellertid funnits produkter som byggde på hypermedier, t.ex. Apples HyperCard, men dessa produkter tillät bara länkar mellan dokument på en och samma dator.

2.3 Länkning och HTML m.m.

I HTML finns det stöd för två typer av länkar: Vanliga hypertextlänkar och s.k. inline-länkar.¹² De båda typerna av länkar har många likheter, men det finns också betydelsefulla skillnader.

En *vanlig hypertextlänk* kan t.ex. se ut på följande sätt:

```
<a href="http://www.juridicum.su.se/dokument/index.php">Kurser</a>
```

Om en webbsida med denna kod läses av en användares standardwebbläsare presenteras texten "Kurser" i en avvikande färg och/eller understruken. Om användaren klickar på texten anropar webbläsaren servern "www.juridicum.su.se" och begär att denna ska sända filen "index.php" i mappen "dokument". Om servern svarar kommer filen skickas till användarens dator och dess innehåll visas i användarens webbläsare.¹³ När användaren aktiverar länken sker kommunikationen sålunda mellan användarens dator och den webbserver där den aktuella filen finns lagrad. Det innebär bl.a. att en användare som klickar

SvJT 2012 s 804

på länken kommer att få ett felmeddelande om den aktuella filen inte längre finns tillgänglig.

Den som kontrollerar en webbserver kan på olika sätt förhindra att mottagaren får åtkomst till en viss fil. Det är t.ex. möjligt att motverka att användare genom länkning från externa webbplatser får åtkomst *direkt till en viss fil*, t.ex. en bild. Filen förblir däremot åtkomlig när länkning sker internt på den aktuella webbplatsen. Den som kontrollerar webbservern kan vidare förhindra att besökare som *bänvisas från en viss webbplats* får tillgång till en fil eller att användare som har en *IP-adress* som hör till en internetleverantör i ett bestämt land får tillgång till filen. Begränsande åtgärder av det här beskrivna slaget kan t.ex. vidtas med hjälp av en konfigurationsfil (.htaccess) som de flesta webbservrar stödjer eller med hjälp av s.k. cookieteknik. Precis som när det gäller andra säkerhetsåtgärder i en digital miljö finns det vissa möjligheter att kringgå denna typ av arrangemang.

¹⁰ I straffrättsliga mål kan givetvis legalitetsprincipen förhindra en extensiv tolkning av den upphovsrättsliga ensamrätten, se t.ex. Rosén, SvJT 2000 s. 822 f.

¹¹ Se vidare analysen i avsnitt 7.

¹² Berners-Lee, Tim, *Commentary on Web Architecture. Links and Law*, tillgänglig på <http://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw.html> (sidan kontrollerad 2012-06-21).

¹³ Det finns också länkar som inte bygger på hänvisningar till en viss logisk lagringsplats, utan hänvisningar till ett visst unikt informationsinnehåll. Ibland talas om magnetlänkar och dessa länkar innehåller en URI (Uniform Resource Identifier) istället för en URL (Uniform Resource Locator). Magnetlänkarna bygger på att en fil kan identifieras med hjälp av ett unikt s.k. bashnummer istället för genom sin lagringsplats.

Det faktum att en adress presenteras i form av klickbar hypertext behöver inte vara resultatet av en aktiv åtgärd av den som har tillhandahållit adressen. Användarens program, t.ex. webbläsare eller epostprogram, kan vara utformade och inställda så att de automatiskt identifiera en adress i texten och gör denna klickbar.

Den andra typen av länk i HTML benämns ofta *inline-länk*. Genom koden `` är det möjligt att länka till bildfiler (som i och för sig också kan innehålla text lagrad som grafik) och filer som innehåller video på ett sådant sätt att innehållet visuellt sett framstår som integrerat på den webbsida som innehåller länken. En standardwebbläsare laddar *automatiskt* hem den länkade bilden etc. och visar den tillsammans med övrigt innehåll på den aktuella webbsidan. Användaren behöver alltså inte klicka på länken för att den ska aktiveras. I övrigt fungerar denna typ av länk på samma sätt som den vanliga hypertextlänken. Länkar av denna typ kan t.ex. användas för att länka in s.k. bannerannonser på en webbsida eller för att "bädda in" ett videoklipp från t.ex. YouTube i en blogg. Den rättsliga bedömningen av denna typ av länkning faller, som nämnts i inledningen, i huvudsak utanför denna undersökning.

2.4 Länkning och internets grundläggande funktionssätt

På internet görs information normalt tillgänglig på begäran ("on demand"). Alla internetanvändare kan begära att en fil som har placerats på en server utan tekniska begränsningar överförs till honom eller henne. En sådan överföring sker normalt snabbt och enkelt. För att en användare ska få tillgång till en viss fil måste användarens utrustning få tillgång till en korrekt adress. När en användare skriver in adressen till en viss fil svarar den aktuella servern normalt genom att omedelbart skicka filen till användarens dator. Öppet tillgängligt material på internet finns därmed alltid "en knapptryckning" bort från användaren.

SvJT 2012 s 805

En vanlig hypertextlänk *underlättar* för användare genom att hon eller han kan klicka istället för att kopiera och klistra in respektive skriva av adressen. Hur en ren adressangivelse respektive en adressangivelse i form av en länk framstår för användaren i det enskilda fallet beror, som nämnts, på användarens programvara. Det är t.ex. enkelt att låta en s.k. app i en smart mobil omvandla adresser till en klickbar länk eller automatiskt begära åtkomst till den fil som adressen leder till. En *hypertextlänks väsentliga bidrag* för att underlätta användarens åtkomst till en fil som är åtkomlig via internet ligger sålunda i tillhandahållandet av själva adressen, dvs. informationen om vad filen heter och var den lagras – inte i den tekniska anpassningen för att göra denna adress klickbar etc.

I vissa fall kan länkningen emellertid vara utformad så att den innebär ett *kringgående av en teknisk begränsning* som den som tillgängliggjort filen har uppställt. I dessa fall kan det hävdas att länkarrangemanget innebär något mer än bara ett tillhandahållande av en adress till redan öppet tillgängligt material. Vid den rättsliga analysen kan det därför finnas anledning att särskilt överväga hur denna situation bör bedömas.¹⁴

2.5 Länkning – användning och betydelse

Öppet tillgängliga länkar direkt till upphovsrättsligt skyddade verk finns idag överallt, inte bara på webbsidor utan även i olika typer av sociala nätverk, spellistor för musik etc. Det är ingen överdrift att säga att hypertextlänkning är det naturliga sättet att hänvisa till information på nätet. Hänvisningar i form av länkar är extra värdefulla i en decentraliserad informationsmiljö där de hjälper enskilda användare att skapa egna samband mellan olika informationselement och underlättar för dem som vill ta del av information som andra har tillgängliggjort. Den som lägger ut eller tillåter någon annan att lägga ut material på nätet, utan tekniskt begränsande åtgärder, är normalt medveten om att det är möjligt att skapa länkar direkt till detta material. Många gånger är detta också något som eftersträvas. Det är i sammanhanget knappast oväsentligt att uppfattningen hos den normala internetanvändaren torde vara att en vanlig hypertextlänk utgör en särskild form av hänvisning, inte en form av "vidaresändning" av någon annans information.

Länkar kan, precis som andra hänvisningar fylla, olika funktioner. Redan de tidiga idéerna om hypertextanvändning betonade möjligheterna att skapa logiska och flexibla informationsstrukturer, dvs. nya sätt

¹⁴ Se avsnitt 7.6 nedan.

att relatera olika informationselement till varandra och därmed bidra till kunskapsbygget. En hänvisning till annat lättillgängligt material, t.ex. i form av en länk, kan ibland sägas fylla en referensfunktion genom att ange en källa till ett påstående etc. Länken kan emellertid också fylla samma funktion som ett citat eller referat gör i

SvJT 2012 s 806

en pappersmiljö. En adresshänvisning kan naturligtvis också mer allmänt ha till syfte att informera användare om var de kan finna viss information.

Berners-Lee har framhållit att avsikten vid skapandet av webben var att vanliga länkar (i motsats till automatiska inline-länkar) skulle utgöra en neutral referens, utan någon bestämd innebörd.¹⁵ Länken skulle alltså inte uppfattas som ett sätt att gå i god för det länkade materialet eller som en uppmaning till användarna att ta del av detta. Däremot, framhåller Berners-Lee, kan innehållet på den sidan där länken finns ge länken en viss innebörd. Det kan t.ex. framgå, uttryckligt eller av sammanhanget, att en användare uppmanas att ta del av det dokument som länken hänvisar till.¹⁶

2.6 Faktumbeskrivningen i rättsliga sammanhang

Beskrivningar av de faktiska förhållandena kring länkning som har gjorts i rättspraxis, förarbeten och litteratur framstår ibland som mindre träffande. I *MP3-målet* är t.ex. den enda beskrivningen av faktiska förhållandena som HD gör i sina domskäl följande:

Det framgår av utredningen att de länkar det är fråga om fungerat på det sättet att en besökare på [den tilltalades] hemsida som klickat på en länk omedelbart förflyttats till en musikfil och att filen därmed blivit tillgänglig för överföring till besökarens egen dator. [Den tilltalade] har således inte i något fall själv framställt exemplar eller självständigt eller gemensamt med annan förfogat över exemplar av de musikverk som på detta sätt med utnyttjande av hans hemsida har kunnat åtkommas genom överföring via Internet.

Rent tekniskt var det inte länken som gjorde att ”filen [...] blivit tillgänglig för överföring” eller den tilltalades webbsida som gjorde att verken har ”kunnat åtkommas”, utan det faktum att verken av tredje man hade gjorts tillgängliga på en annan server. Det kan säkert vara så att HD känt till detta och att beskrivningen syftar på hur förhållanden *kan uppfattas* av en normal användare. Kanske ska HD:s beskrivning snarast anses betona att hänvisningen i form av länken har *underlättat* för användaren att hitta och snabbt ladda ner filerna.¹⁷ HD för emellertid inget resonemang om användarnas möjlighet att åstadkomma *exakt samma* överföring (samma fil, från samma avsändare etc.) utan hjälp av länkarna.

Att beskriva tekniken med utgångspunkt i hur den kan uppfattas behöver inte nödvändigtvis vara fel. Faktumbeskrivningen vid en rättslig bedömning måste alltid göras med utgångspunkt i en analytisk process, där kunskapen om innehållet i den rättsliga regleringen är central för förståelsen av vilka faktiska förhållanden som är relevanta.¹⁸

SvJT 2012 s 807

Ett sådant tillvägagångssätt leder till att tekniska förhållanden är rättsligt avgörande i vissa sammanhang, medan de är mindre betydelsefulla i andra sammanhang.

I det konkreta fallet framstår det emellertid som om faktumbeskrivningen *utelämnar* väsentliga förhållanden. Det handlar framför allt om vilka egenskaper som kan tillskrivas länken och vilka egenskaper som kan tillskrivas internets grundläggande funktionssätt. Det faktum att en användare enkelt kan få en viss fil överförd till sig beror ju, som har framgått ovan, i huvudsak på andra förhållanden än länken.¹⁹ Vidare

¹⁵ Berners-Lee, *ibid.*

¹⁶ Berners-Lee, *ibid.*

¹⁷ Jfr Rosén, Jan, *Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG*, NIR 2001 s. 583-603, på s. 590.

¹⁸ Bryde Andersen, Mads, *Edb og ansvar*, København, 1988, s. 30 ff. Se även Torvund, a.a. s. 418.

¹⁹ Torvund, a.a. s. 429, framhåller att man måste skilja på själva tillgången till verket och marknadsföringen av denna tillgång.

saknas uppgiften att en länk rent faktiskt utgör en adresshänvisning.²⁰ Inga av dessa förhållanden behöver i sig vara direkt rättsligt utslagsgivande, men utgör utan tvekan relevanta faktorer i analysen av hur länkning bör bedömas i rättsligt hänseende.²¹ Detta innebär t.ex. att länkningens upphovsrättsliga status knappast kan bedömas på ett rationellt sätt, utan att en mer principiell diskussion kring konsekvenserna av att betrakta hänvisningar som ett upphovsrättsligt förfogande förs.²²

3. Möjliga rättsliga förhållningssätt till länkning samt begreppsbyggnad

Allmänt tillgängliga hypertextlänkar kan rent principiellt förhålla sig till överföringsrätten på ett antal olika sätt. För det första kan sådana länkar till upphovsrättsligt skyddade verk *alltid* anses utgöra en överföring till allmänheten. För att denna tolkning inte ska leda till orimliga resultat framhålls samtidigt ofta att det får anses föreligga ett relativt långsgående underförstått samtycke att länka till material som läggs ut på nätet.²³ För det andra är det möjligt att anse att alla länkar definitionsmässigt *faller utanför ensamrätten*. Argumenten för en sådan tolkning är normalt de faktiska förhållandena kring länkar och konsekvenserna av motsatt tolkning. För det tredje är det möjligt att anse att en överföring föreligger i *vissa länkningssituationer*. Det kan t.ex. handla om när länken hänvisar till visst material eller fungerar på visst sätt.

I doktrin och förarbetsuttalanden har det gjorts försök att införa en terminologi som kan läggas till grund för distinktioner av det sistnämnda slaget. Det finns emellertid anledning att *granska denna begrepps-användning*

SvJT 2012 s 808

kritiskt. Anledningen är dels att samma begrepp används i olika betydelse i olika framställningar, dels att de distinktioner som görs ibland framstår som mindre ändamålsenliga när det gäller att klassificera vad som utgör en överföring till allmänheten och vad som inte gör det. Detta är en uppenbar svaghet eftersom det är fråga om begrepp som har introducerats just i syfte att läggas till grund för rättsliga distinktioner. Bristerna kan möjligtvis förklaras av att det har funnits en strävan att åstadkomma en rättslig terminologi som samtidigt direkt knyter an till länkarnas rent tekniska utformning i HTML.

I vissa sammanhang har det t.ex. gjorts åtskillnad mellan ”*djuplänkning*” å ena sidan och länkning till en webbplats ingångssida (ibland omtalat som ”*referenslänkning*”²⁴) å andra sidan. Denna distinktion framstår emellertid som mindre användbar när det handlar om att ta ställning till om länken innebär en överföring av de verk som finns på den sida som länken hänvisar till.²⁵ Även på en webbplats ingångssida finns det normalt flera skyddade verk (t.ex. texter och bilder) och ”graden av tillgängliggörande” är knappast mindre beträffande dessa. Möjligtvis kan denna distinktion vara relevant om avsikten är att betona att en överföring åtminstone inte är för handen när det skyddade verket finns ”flera klick bort”. I teorin skulle denna distinktion också kunna vara relevant vid en analys av vilka former av länkning som en rättighetshavare får anses ha samtyckt till genom att tillåta att verket görs tillgänglig på en viss webbsida etc.

Vid en analys av vad som rättsligt ska betraktas som en överföring till allmänheten framstår det på samma sätt som svårt att förstå varför det skulle vara relevant huruvida användaren uppfattar vad som utgör den faktiska lagringsplatsen för det exemplar av verket som länken hänvisar till. Ibland talas i detta sammanhang om ”*förflyttande länkar*”²⁶ (där det tydligt framgår att det material som användaren tar

20 Jfr t.ex. de s.k. Paperboy- och Napster.no-domarna (se avsnitt 6), där detta förhållande diskuteras tämligen ingående.

21 Jfr Levin a.a. s. 184, som framhåller att ”länkning [utgör] en viktig grundfunktion på Internet som inte utan närmare kvalifikationer kan innebära intrång”.

22 Av detta skäl framstår Rognstads argumentation för att länkning bör bedömas som överföring till allmänheten som den mest konsekventa (se Rognstad, Ophavsrettslig ansvar för linker på Internet, s. 354 ff.). Se dock avsnitt 7.2 nedan för kritik mot de liknelser med den analoga världen som därvid görs.

23 Frågan om underförstått samtycke till länkning diskuteras i avsnitt 7.5 nedan.

24 Beteckningen ”referenslänkning” tycks, som framgår nedan, också ha använts i en annan innebörd.

25 Jfr även t.ex. Torvund, a.a. s. 422 och Rosén, Länkning till streamade TV-program, s. 163 f.

26 Även för att beskriva denna funktion har emellertid begreppet ”referenslänk” (jfr strax ovan) använts.

del av finns på en annan server än den från vilken länkningen görs) respektive ”integrerande länkar” (där det materialet av användarens webbläsare grafiskt presenteras som integrerat på den webbsida som innehåller länken).²⁷ För den här diskuterade rättsliga frågan måste det avgörande vara om den som skapar länken rent faktisk överför verket till allmänheten, inte vilken bild som mottagaren har beträffande källan.²⁸ Även denna distinktion kan emellertid tänkas vara relevant vid

SvJT 2012 s 809

andra rättsliga bedömningar, t.ex. bedömningen av vad som anses vara en sådan länkning som en upphovsman får anses ha samtyckt till genom att göra sitt verk tillgängligt på nätet.

När länkning diskuteras i förarbetena till 2005 års genomförande av infosoc-direktivet tycks det som om distinktionerna (”djuplänkning”/”referenslänkning”) respektive (”förflyttande”/”integrerande”) slås ihop, vilket resulterar i en än mer förvirrad begreppsanvändning och beskrivning. I departementspromemorian görs en tolkning av MP3-målet och det anföras:²⁹

Rättsfallet NJA 2000 s. 292 behandlar s.k. djuplänkning. Därmed avses att man på en webbplats anger länkar till filer (med i detta fall olagligt material) på andra webbplatser. När någon använder länken märks det inte att man flyttas till en annan webbplats. För betraktaren ser det alltså ut som om materialet är placerat på den första webbplatsen. Av rättsfallet i fråga framgår att anordnandet av djuplänkar på en webbsida till olagliga musikfiler på Internet enligt gällande rätt utgör ett offentligt framförande eller medverkan därtill, vilket innebär att detta utgör ett förfogande som faller under upphovsmannens ensamrätt. Rättsfallet medger däremot inte någon slutsats beträffande vad som gäller för s.k. referenslänkning, dvs. länkar där det tydligt och klart framgår att man vid användningen hamnar på en annan webbplats. Djuplänkning kommer i fortsättningen att falla under överföringsrätten.

Den närmare tolkningen av MP3-domen diskuteras i nästa avsnitt, men redan här kan det konstateras att promemorians försök att applicera en oklar och olämplig terminologi rörande länkning gör att beskrivningen av rättsläget blir minst sagt förvirrande och troligen även missvisande.

Mycket talar – som redan nämnts – för att frågan om en överföring till allmänheten föreligger eller inte bör besvaras på samma sätt oberoende av var i en webbplatsstruktur den länkade sidan finns och oberoende av vilken uppfattning som användaren har om den tekniska lagringsplatsen för det verk som hon eller han tar del av.

Däremot *kan* vissa andra distinktioner vara relevanta för den rättsliga bedömningen av vilka länkar som anses innebära en överföring till allmänheten. Det kan, som denna artikels avgränsning indikerar, vara relevant om hänvisningen genom länkning sker till ett exemplar av verket som den som tillgängliggjort exemplaret har försökt förhindra länkning till med hjälp av tekniska åtgärder. Det kan också vara relevant huruvida länken hänvisar till ett exemplar som olovligt har tillgängliggjorts på nätet eller inte. Slutligen kan det vara relevant att särbehandla den situation där länken är utformad så att den vid

SvJT 2012 s 810

användning av standardiserad programvara hos användaren automatiskt leder till att verket presenteras för användaren när denne besöker sidan som innehåller länken.³⁰ *Relevansen* av dessa distinktioner när det gäller att fastställa överföringsbegreppets gränser berörs kortfattat i avsnitt 7.6, men som framhållits i inledningen faller en djupgående analys av dessa länkningssituationer i huvudsak utanför framställningens ramar. Anledningen till att dessa speciella länkningssituationer ändå uppmärksammas här är att de har

²⁷ Att tala om ”förflyttning” är givetvis missvisande. En länk förflyttar som påpekats i avsnitt 2 ovan ingenting. Det som avses är just att det tydligt framgår från vilken adress som filen görs tillgänglig etc. Det som beskrivs som en ”integrerande länk” kan t.ex. uppnås genom användning av HTML-teknikens inline-länk som beskrivits ovan, men även genom s.k. ”framing” (där det länkade materialet visuellt presenteras inom de ramar som finns på den länkande sidan).

²⁸ Lindberg & Westman, a.a. s. 280.

²⁹ Ds 2003:35 s. 99. Promemorians bedömning i denna del återges i propositionen, men samtidigt framhålls i anslutning till viss remisskritik, att genomförandet av direktivet inte förändrade rättsläget beträffande länkning på annat sätt än att ”den typ av förfoganden” som var föremål för prövning i MP3-målet ”fortsättningsvis blir att bedöma som överföring till allmänheten i stället för offentligt framförande” (se prop. 2004/05:111 s. 170).

³⁰ Jfr ovan 2.3 om inline-länkar.

lagts till grund för rättsliga gränsdragningar i utländsk rättspraxis och att de bidrar till en balanserad beskrivning av konsekvenserna av att inte betrakta alla former av länkning som en överföring till allmänheten.

4. HD:s dom i MP3-målet

I MP3-målet (NJA 2000 s. 292) var en länkningssituation föremål för HD:s prövning. En 17-åring hade på sin webbsida skapat hypertextlänkar till ett stort antal musikfiler (s.k. MP3-filer) som andra personer – troligen utan rättighetshavarnas samtycke – hade placerat på olika datorservrar världen över. Han åtalades för brott mot upphovsrättslagen. Åtalet avsåg brott mot den s.k. närstående rättigheten som enligt 46 § upphovsrättslagen tillkommer framställare av upptagningar av ljud eller rörliga bilder, dvs. inte brott mot den egentliga upphovsrätten enligt 1 kap. upphovsrättslagen. Gärningspåståendet i HD var att den tilltalade genom sitt agerande hade gjort musikfilerna tillgängliga för allmänheten eller medverkat till ett sådant tillgängliggörande. Frågan om medverkan till användarnas eventuellt olovliga exemplarframställning prövades inte av HD.

Efter en diskussion om gränsdragningen mellan de olika formerna av tillgängliggörande för allmänheten enligt 2 § upphovsrättslagen – vid tidpunkten för domen: offentligt framförande, visning och spridning – anförde HD följande:

Det framgår av utredningen att de länkar det är fråga om fungerat på det sättet att en besökare på [den tilltalades] hemsida som klickat på en länk omedelbart förflyttats till en musikfil och att filen därmed blivit tillgänglig för överföring till besökarens egen dator. [Den tilltalade] har således inte i något fall själv framställt exemplar eller självständigt eller gemensamt med annan förfogat över exemplar av de musikverk som på detta sätt med utnyttjande av hans hemsida har kunnat åtkommas genom överföring via Internet.

Det i målet aktuella tillgängliggörandet av musikfilerna är därför att bedöma som offentligt framförande; att hänföra dem till annan form av tillgängliggörande för allmänheten kan i vart fall med hänsyn till den inom straffrätten rådande legalitetsprincipen inte komma i fråga.

Genom regleringen i 47 § upphovsrättslagen undantas offentligt framförande av en ljudupptagning från den ensamrätt som i övrigt tillkommer utövande konstnärer och fonogramframställare enligt 45 och 46 §§. Det saknar vid den bedömningen betydelse om framförandet sker av en olovligen

SvJT 2012 s 811

framställd kopia av en upptagning. Eftersom [den tilltalades] åtgärder är att bedöma som offentligt framförande eller medverkan därtill är sådant förfogande inte straffbart. Redan av detta skäl skall åtalet ogillas.

Domen kan tolkas på flera olika sätt. I förarbetena till genomförandet av infosoc-direktivet har domen uppfattats som att HD tagit ställning till att ”djuplänkning” utgör ett offentligt framförande. Motsvarande bedömning upprepas t.ex. i Olssons kommentar till upphovsrättslagen.³¹ Rosén framstår som mindre benägen att uppfatta HD:s dom som begränsad till just ”djuplänkning”, utan tycks se domen som ett stöd för att mer generellt bedöma hypertextlänkning som ett tillgängliggörande för allmänheten.³² Flera norska och danska författare har emellertid hävdade att det av domen inte kan utläsas att HD har tagit ställning till om länkning utgör ett tillgängliggörande för allmänheten.³³ De hänvisar bl.a. till att HD:s uttalande om att den tilltalades åtgärder vara att bedöma som ”offentligt framförande *eller medverkan därtill*” (kursivering här). HD:s formulering får emellertid förstås mot bakgrund av åtalets utformning. Domskälens berör, som Rognstad påpekar, inte alls medverkansfrågan.³⁴

³¹ Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar, andra upplagan*, 2006, s. 74 f.

³² Rosén, *Länkning till streamade TV-program*, s. 162 ff.

³³ Bryde Andersen, Mads, *IT-retten*, 2 uppl. 2005, s. 325, Schovsbo, Jens & Udsen, Henrik, *Ophavsrettens missing link?*, NIR 2006 s. 47-65, på s. 52 samt Torvund, a.a. s. 433.

³⁴ Rognstad, *Opphavsrett*, s. 184 not 472.

Ytterligare en möjlig tolkning är att HD inte ansåg det nödvändigt att ta ställning till om ett framförande eller en medverkan till framförande förelåg i det aktuella fallet eftersom det fanns en tillämplig undantagsregel i 47 § som under alla förhållande gjorde den tilltalades beteende straffritt.³⁵ Lokutionen ”[r]edan av detta skäl skall åtalet ogillas” talar möjligtvis för en sådan tolkning.

Det skulle också kunna hävdas att det var det förhållandet att de aktuella musikfilerna gjorts tillgängliga på nätet i strid med upphovsrätten som gjorde att länkningen betraktades som ett offentligt framförande. I departementspromemorian beskrivning av fallet nämns denna premiss, men slutsatsen att ”djuplänkning” omfattas av ensamrätten är, utan närmare förklaring, inte begränsad till olovligt tillgängliggjorda filer. Slutligen kan HD:s avgörande uppfattas som begränsat till länkning till just musik (och kanske film). I *teorin* skulle det därmed vara möjligt att bedöma länkning till vanliga webbsidor med text och bild på ett annat sätt. En sådan distinktion skulle, trots att den rent systematiskt framstår som tveksam, kunna anses vara motiverade med hänvisning till de olika sakliga intressen som gör sig gällande beträffande olika typer av verk.³⁶

SvJT 2012 s 812

Oavsett vilken tolkningen av domen som är den korrekta finns det anledning att vara kritisk till *bristen på tydlighet* och avsaknaden av ett mer *principiellt resonemang* om hur länkning förhåller sig till ensamrätten. I kombination med den bristande faktumbeskrivningen som har uppmärksamats i avsnitt 2.6 ovan är det lätt att få intrycket att HD inte alls uppfattat länkning som en utbredd företeelse med en mängd legitima användningsområden. I vart fall saknas ett allmänt resonemang om länkning och konsekvenserna av att uppfatta länkning till verk som ett tillgängliggörande för allmänheten.³⁷ HD:s dom skiljer sig i detta hänseende påtagligt från länkingsdomarna från norska Høyesterett och tyska Bundesgerichtshof som behandlas i avsnitt 6 nedan.³⁸

HD:s dom framstår mot denna bakgrund knappast som ett starkt prejudikat. Bristen på tydlig argumentation gör under alla förhållanden att domens användbarhet vid tolkningen av det nya överföringsbegreppet är begränsad.

5. Ett EU-harmoniserat överföringsbegrepp?

Några år efter HD:s dom i MP3-målet, år 2005, ändrades 2 § upphovsrättslagen. *Överföring* (till allmänheten) infördes som en ny form av tillgängliggörande för allmänheten, vid sidan av offentligt framförande, visning och spridning. Överföringsbegreppet (”communication to the public”) är direkt hämtat från infosoc-direktivet, men förekommer även i t.ex. Bernkonventionen. Artikel 3.1 i infosocdirektivet lyder:

Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

I propositionen gjorde regeringen bedömningen att ändringen inte påverkade den yttre gränsen för upphovsmannens ensamrätt att göra verket tillgängligt för allmänheten. Enligt regeringen skulle förändringen istället ses som en omfördelning mellan kategorierna överföring, framförande, visning och spridning.³⁹ I direkt anslutning till redogörelsen för MP3-domen anförde regeringen:⁴⁰

Under remissomgången har Stockholms universitet anfört att det inte är säkert att EG-domstolen skulle anse att djuplänkning är en typ av förfogande som faller inom ensamrätten och att det därför är att gå för långt att säga att djuplänkning kommer att bedömas som överföring till allmänheten.

³⁵ Westman, MP3-målet i HD – rättsläget kring länkning fortfarande oklart, s. 16 ff.

³⁶ Jfr Lindberg & Westman, a.a. s. 280.

³⁷ Westman, a.a. s. 16 ff. Ett sådant konsekvensinriktat resonemang förs i avsnitt 7 nedan.

³⁸ Høyesterett kritiserar uttryckligt HD:s dom för avsaknaden av en principiell diskussion om länkingsfrågan.

³⁹ Prop. 2004/05:110 s. 67.

⁴⁰ Prop. 2004/05:110 s. 71.

SvJT 2012 s 813

När det gäller ensamrättigheternas utformning ställer emellertid direktivet inte upp några hinder mot att ge upphovsmännen längre gående ensamrättigheter än vad direktivet kräver. Det innebär alltså att i den mån svensk rättspraxis ger mer långtgående rättigheter till upphovsmännen än vad direktivet skulle kräva gäller denna svenska rättspraxis även fortsättningsvis. Även om EG-domstolen skulle anse att de handlingar som bedömdes i rättsfallet NJA 2000 s. 292 inte skulle vara att anse som en överföring i direktivets mening kommer alltså rättsfallet att vara relevant vad gäller de yttre gränserna för ensamrätten enligt svensk rätt. Den enda skillnaden blir alltså att denna typ av förfoganden fortsättningsvis blir att bedöma som överföring till allmänheten i stället för offentligt framförande.

Regeringen angav inte var i direktivet eller i EU-rätten i övrigt som den fann stöd för ett sådant synsätt. Uttalandet motsägs delvis av andra uttalande som görs i samma proposition. Som ett argument för att det nya begreppet överföring borde införas i svensk rätt framhölls t.ex. att "[d]et skulle alltså innebära en mer tydlig harmonisering om de svenska upphovsrättsliga begreppen anpassades så att de bättre överensstämmer med direktivets. Detta är också betydelsefullt för möjligheten att förstå och tillämpa lagen i ljuset av direktivet".⁴¹ På flera ställen i propositionen anges också att uttalanden i förarbeten i samband med genomförande av ett EU-direktiv inte kan göra anspråk på att utgöra auktoritativa tolkningsbesked. Sådana uttalanden är endast att betrakta som "ett på fakta och erfarenhet grundat övervägande om hur frågan kan komma att bli bedömd av i sista hand EG-domstolen".⁴²

Mycket tyder på att regeringen missbedömt rättsläget när det gäller möjligheterna att ge det svenska överföringsbegreppet en annan innebörd än det EU-rättsliga. Såväl direktivets utformning och syfte, som EU-domstolens rättspraxis talar för att direktivet innebär en fullständig harmonisering av upphovsmannens ensamrätt att göra verket tillgänglig för allmänheten i en digital miljö.⁴³

Direktivets *syfte* är enligt ingressen att säkerställa att konkurrensen på den inre marknaden inte snedvrids och därmed att förverkliga principerna om fri rörlighet. Det krävs av detta skäl en långtgående harmonisering (med en hög skyddsnivå).⁴⁴ Punkterna 6 och 7 i ingressen lyder.

(6) Utan en harmonisering på gemenskapsnivå kan nationellt lagstiftningsarbete, som redan har inletts i ett antal medlemsstater för att svara mot de tekniska utmaningarna, leda till betydande skillnader i skyddet och därmed till inskränkningar av den fria rörligheten för varor och tjänster, som innehåller eller bygger på immaterialrätt, med en ny splittring av den inre marknaden och inkonsekvens i lagstiftningen som följd. Effekterna av sådana

SvJT 2012 s 814

rättsliga skillnader och osäkerhetskällor kommer att bli än större i takt med den fortsatta utvecklingen av informationssamhället, som redan har lett till att immateriella rättigheter i allt högre grad utnyttjas över nationsgränserna. Denna utveckling kommer att intensifieras och bör så göra. Betydelsefulla rättsliga skillnader och oklarheter i fråga om skyddet kan vara ett hinder för att uppnå stordriftsfördelar för nya varor och tjänster med innehåll som omfattas av upphovsrätt och närstående rättigheter.

(7) Den gemenskapsrättsliga ramen för skyddet av upphovsrätt och närstående rättigheter måste därför även anpassas och kompletteras i den utsträckning som krävs för att den inre marknaden skall fungera väl. Därför bör sådana nationella bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter anpassas, vilka skiljer sig avsevärt åt mellan medlemsstaterna eller vilka skapar rättslig oklarhet till hinder för en väl fungerande inre marknad och en sund utveckling av informationssamhället i Europa, vidare bör inkonsekventa nationella åtgärder med anledning av den tekniska utvecklingen undvikas, medan däremot skillnader som inte har några negativa effekter på den inre marknadens funktion inte behöver avlägsnas eller förebyggas.

⁴¹ Prop. 2004/05:110 s. 66.

⁴² Prop. 2004/05:110 s. 72.

⁴³ Däremot ger artikel 5 i direktivet medlemsstaterna ett visst utrymme när det gäller att besluta om vilka inskränkningar i ensamrätten som ska införas.

⁴⁴ Se punkt 1-9.

Direktivets harmoniseringssyfte kan inte uppnås om en internettjänst som innehåller länkar av det här diskuterade slaget kan tillhandahållas utan rättighetshavarnas tillstånd i en medlemsstat, men inte i en annan. Enligt EU-rätten är utrymmet för nationella inskränkningar i den fria rörligheten ytterst begränsat på områden där det finns ett harmoniseringsdirektiv. Som exempel från upphovsrättsområdet kan nämnas att *EU-domstolen* slagit fast att det inte är tillåtet för medlemsstater att ge ett upphovsrättsligt skydd för databaser som omfattas av databasdirektivets (96/9/EG) definition under andra (mer generösa) villkor än de som föreskrivs i direktivet.⁴⁵

Förhållandet mellan just infosoc-direktivet och nationell rätt har varit föremål för EU-domstolens prövning i det s.k. Rafael Hoteles-målet.⁴⁶ I punkt 31 anförde domstolen:

Det skall för övrigt erinras om att det följer av såväl kravet på en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten som likhetsprincipen att gemenskapsbestämmelser, liksom de i direktiv 2001/29, som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar när det gäller att bestämma deras betydelse och räckvidd normalt skall ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen (se, bland annat, dom av den 9 november 2000 i mål C-357/98, *Yiadam*, REG 2000, s. I-9265, punkt 26, och av den 6 februari 2003 i mål C-245/00, *SENA*, REG 2003, s. I-1251, punkt 23). Den österrikiska regeringen kan följaktligen inte med framgång hävda att det åligger medlemsstaterna att definiera begreppet ”allmänhet”, till vilket det hänvisas i direktiv 2001/29 men i vilket direktiv begreppet inte definieras.⁴⁷

SvJT 2012 s 815

Då det inte skulle strida mot lagtextens ordalydelse, står det sålunda klart att en svensk domstol är skyldig att tolka begreppet överföring till allmänheten i 2 § upphovsrättslagen *direktivkonformt*.⁴⁸ Huruvida hypertextlänkning utgör en överföring till allmänheten ska alltså avgöras med utgångspunkt i en tolkning av direktivet och EU-domstolens praxis, inte genom en tolkning av MP3-målet och svenska förarbetsuttalanden.⁴⁹ Däremot kan nationell rättspraxis naturligtvis innehålla viktiga argument för hur länkning rent allmänt ska anses förhålla sig till den upphovsrättsliga tillgängliggöranderätten.

6. Viss utländsk praxis om länkning

Sett i ett internationellt perspektiv är det ovanligt att betrakta vanlig hypertextlänkning som ett tillgängliggörande för allmänheten, åtminstone när det handlar om länkning till filer som har gjorts tillgängliga på nätet med rättighetshavarens samtycke och utan tekniska begränsningar.⁵⁰ Av särskilt intresse i detta sammanhang är två avgöranden från de högsta domstolarna i Tyskland och Norge.

Tyska Bundesgerichtshof har behandlat flera fall som rör länkning.⁵¹ *Paperboy-målet* gällde en söktjänst för nyhetsbevakning.⁵² De kunder som prenumererade på Paperboys tjänst fick en sammanställning av länkar direkt till artiklar som fanns publicerade på olika tidningars webbplatser. Bundesgerichtshof slog i ett principiellt uttalande fast att den som skapar en hypertextlänk till en webbsida med upphovsrättsligt skyddade verk, vilka har gjorts tillgängliga med upphovsmannens samtycke, inte förfogar över dessa verk i upphovsrättslig mening. Även i rättslig mening ska denna typ av länkning uppfattas om en hänvisning till verket. Hänvisningen gör åtkomsten till verken enklare för de användare som redan har tillgång till dem. Den som tillhandahåller länken gör, enligt Bundesgerichtshof, därför inte själv de skyddade

⁴⁵ Domstolens dom den 1 mars 2012 i mål C-604/10, *Football Dataco Ltd m.fl. mot Yahoo UK Limited m.fl.*

⁴⁶ Domstolens dom den 7 december 2006 i mål C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) mot Rafael Hoteles S.A.*

⁴⁷ Det kan tilläggas att den svenska regeringen i infosoc-propositionen hävdade samma ståndpunkt som den österrikiska gjorde i Rafael Hoteles-målet (se prop. 2004/05:110 s. 73).

⁴⁸ Samma bedömning görs av Axhamn, Johan, EG-domstolen tolkar begreppet överföring till allmänheten, NIR 2007 s. 148-156, på s. 154.

⁴⁹ Jfr Rognstad, Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett, s. 369 f. och Schorsbo & Udsen, a.a. s. 50.

⁵⁰ I USA saknas praxis från Supreme Court, men den allmänna uppfattningen i litteraturen är att vanlig länkning inte faller under upphovsmannens ensamrätt till ”public display”. Ninth Circuits Court of Appeals har inte ansett ett sådant förfogande föreligga ens när det har handlat om inline-länkar till bilder, se t.ex. *Kelly v. Arriba Software Corporation*, 336 F3d 811 (9C 2003) och *Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*, 508 F3d 1146 (2007). Däremot anses länkning till inträngsgörande material i viss utsträckning kunna grunda medverksansvar (”contributory infringement”).

⁵¹ Ytterligare två fall berörs kortfattat i följande avsnitt.

⁵² Bundesgerichtshofs dom den 17 juli 2003, I ZR 259/00.

verken tillgängliga för allmänheten och han förmedlar dem inte till användaren när denne klickar på länken. Domstolen tillägger att hänvisningen, för den användare som inte känner till adressen till den sida där ett verk finns, i praktiken innebära att användaren får möjlighet att skaffa sig tillgång till verket, men i detta hänseende

SvJT 2012 s 816

skiljer sig en hänvisning på en webbsida inte från en referens till en trycksak som görs i t.ex. en fotnot i en annan trycksak.

Även norska Høyesterett har i det s.k. *Napster.no-målet* prövat frågan om hypertextlänkning utgör ett tillgängliggörande för allmänheten.⁵³ Omständigheterna i målet var i princip identiska med dem som förelåg i det svenska MP3-målet. Høyesterett fann att svarande genom sin länkning direkt till olovligen tillgängliggjorda musikfiler *medverkat* till tillgängliggörande för allmänheten i strid med rättighetshavarnas ensamrätt. Innan domstolen kom till detta slut diskuterade den emellertid ingående huruvida länkningen i det aktuella fallet kunde anses innebära ett tillgängliggörande för allmänheten. Ett centralt argument för att *inte* uppfatta länkar som ett tillgängliggörande var enligt Høyesterett att dessa uppvisar så stora likheter med (icke klickbara) adressuppgifter på en webbsida, vilka enligt domstolens mening uppenbarligen inte kan anses innebära ett tillgängliggörande för allmänheten. Domstolen fann vidare att ett resonemang om underförstått samtycke till länkning visserligen kan lösa många problem som uppstår om länkar uppfattas som ett tillgängliggörande för allmänheten, men att en sådan lösning var för osäker och skulle öppna för tvister. Dessa betänkligheter gjorde att Høyesterett valde att avgöra det aktuella målet på den alternativa grunden, dvs. medverkansansvar. Även om Høyesterett därigenom formellt sett inte uteslöt att länkning av detta slag kan utgöra ett tillgängliggörande för allmänheten,⁵⁴ ger domen – genom sin principiella och konsekvensinriktade argumentation – tydligt stöd för den syn på länkning som Bundesgerichtshof gett uttryck för i *Paperboy-målet*.⁵⁵

Precis som MP3-målet gällde *Paperboy-* och *Napster.no-målen* respektive lands utformning av ensamrätten innan genomförandet av infosoc-direktivet. Målen ger därmed ingen direkt vägledning när det gäller tolkningen av överföringsrätten. Som Bundesgerichtshof noterade i sin dom ger överföringsbegrepp emellertid i sig inte anledning att förändra det grundläggande synsättet på länkning. Äldre domar från de nationella högsta domstolarna kan därför tillhandahålla värdefull argumentation även när det gäller hur länkning ska bedömas enligt direktivet. Då Bundesgerichtshofs och Høyesteretts domar ger uttryck för samma grundläggande synsätt och dessutom innehåller en mer utförlig och koherent argumentation för detta synsätt tyder mycket på att dessa domar kommer att påverka den rättsliga förståelsen av länkning i större utsträckning än HD:s dom i MP3-målet.⁵⁶

SvJT 2012 s 817

7. Analys: Länkning som överföring i EU-rättslig mening?

7.1 Inledning

EU-domstolen har ännu inte prövat hur länkning förhåller sig till direktivets överföringsrätt.⁵⁷ De domar där domstolen har tolkat begreppet överföring till allmänheten har i huvudsak rört traditionella vidare-sändningssituationer. I det följande ska några av dessa domars relevans för länkning beröras. Vid analysen av hur länkning förhåller sig till det EU-rättsliga överföringsbegreppet är det emellertid också relevant att beakta andra auktoritetsskäl och sakskäl som talar för en viss tolkning. Exempelvis bör de faktiska konsekvenserna för rättighetsinnehavare samt för yttrande- och informationsfrihetsintresset tas i beak-

⁵³ Høyesteretts dom den 27 januari 2005, HR-2005-00133-A, sak nr. 2004/822.

⁵⁴ Jfr t.ex. Rognstad, *Opphavsrett*, s. 185 f.

⁵⁵ Rognstad, *ibid*, gör också bedömningen att "[i]nntil videre kan det nok derfor bevdes at det er sterkeste holdpunkter for at utlegging av linker i sin alminnelighet ikke skal anses som omfattet av framføringsretten etter norsk rett".

⁵⁶ Jfr dock Rosén, *Länkning till streamade TV-program*, s. 166 f., som tvärtom tycks mena att den norska och den tyska domen saknar relevans i sammanhanget.

⁵⁷ Svea hovrätt har beslutat att inhämta förhandsavgörande i ett mål som bl.a. rör länkning till öppet tillgängliga artiklar på tidningars webbplatser (mål nr T 5923-10). Hovrätten har vid färdigställandet av denna artikel emellertid inte tagit slutlig ställning till vilka frågor som ska ställas till EU-domstolen.

tande. EU-domstolen anlägger relativt ofta denna typ av bredare perspektiv på den konkreta rättsfråga som den har att pröva.⁵⁸ Konsekvensen av detta blir ibland att domstolen avviker från etablerade synsätt inom ett visst rättsområde.

7.2 Överföring i rättslig mening trots att faktisk överföring inte sker?

Av faktumbeskrivningen har det framgått att en länk utgör en hänvisning i standardiserad form och att den som skapar länken rent faktiskt inte överför det länkade verket till mottagaren. De åtgärder som den som tillhandahåller en länk vidtar skiljer sig därmed i grunden från traditionella vidareändringar och andra åtgärder som EU-domstolen har ansett utgöra överföringar till allmänheten. De åtgärder som har prövats av domstolen kännetecknas av att den som vidtar åtgärden rent faktiskt ”för verket fram till mottagaren”. De omständigheter som EU-domstolen fann utgöra en överföring till allmänheten i Rafael Hoteles-målet var t.ex. ”sändningen av en signal via TV-apparater till ett hotells rumsgäster”.⁵⁹ Länkningen innebär inte heller att den som tillgängliggör länken rent faktiskt tillhandahåller det länkade verket *på begäran* (”on demand”), utan det görs av den som har gjort materialet åtkomligt på en server ansluten till nätet.

Länkningssituationen uppvisar därigenom vissa likheter med den situation som omtalas i punkt 27 i infösoc-direktivets ingress. Där anges att ”[e]nbart tillhandahållande av de fysiska förutsättningarna för att möjliggöra eller genomföra en överföring [...] inte i sig [ska] betraktas som överföring” i direktivets mening. För att en överföring

SvJT 2012 s 818

ska föreligga räcker det sålunda inte med att en överföring blir *möjlig* genom en teknisk anordning, utan det krävs också att själva verket tillhandahålls för mottagarna, t.ex. tas emot och sänds ut i det nät som tillhandahålls.⁶⁰

Ett argument för att länkning, trots det sagda, *rent rättsligt* bör anses utgöra en överföring till allmänheten är att den som länkar ”placerar verket under näsan” på mottagaren och därmed i praktiken underlättar för den som vill begära tillgång till verket från tredje man.⁶¹ Även om det naturligtvis ligger mycket i detta synsätt, finns det också viktiga invändningar mot att anse att en överföring föreligger så fort allmänhetens tillgång till verket underlättas. För det första kan ingresspunkt 23 i direktivet läsas som ett förbud mot denna typ av *analogislut*.⁶² För det andra, och viktigare, är en svaghet i detta resonemang att det bortser från att länkens bidrag till den enkla åtkomsten i huvudsak utgörs av tillhandahållandet av själva adressen, dvs. länkens informationsfunktion. Möjligheten till enkel överföring av det länkade verket (från den som har gjort det tillgängligt på nätet direkt till användaren) kan som beskrivits i avsnitt 2.4 ovan hänföras till internets grundläggande funktionssätt. Det som placerar verket ”under näsan på mottagaren” är alltså i praktiken en kombination av åtgärder som har vidtagits av andra än den som skapar länken samt själva adressangivelsen. Som Høyesterett framhåller i Napster.no-domen skulle det vara betänkligt att betrakta en ren adressangivelse på webben som ett upphovsrättsligt förfogande och även att bedöma länkar på ett annat sätt än rena adressangivelser.

58 Jfr t.ex. EU-domstolens dom den 6 november 2003 i mål C-101/01, *Brottmål mot Bodil Lindqvist*, om tolkningen av begreppet ”överföring till tredje land” som förekommer inom personuppgiftslagstiftningen samt EU-domstolens dom den 24 november 2011 i mål C-70/10, *Scarlet Extended SA mot Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, om utformning av föreläggande mot en internetleverantör.

59 Jfr dock Rosén, *Ansvar för utnyttjanden av skyddade prestationer i nätverk*, s. 818, som har en annan syn på de faktiska förhållandena och menar att ”[p]arallellen är påfallande” mellan dessa situationer.

60 Jfr C-306/05 (*Rafael Hoteles*) punkt 45-46. Genomförandet av direktivet torde därmed ha inneburit en viss insnävring av ensamrätten i svensk rätt på denna punkt. I NJA 1980 s. 123, *Mornington*, ansågs bl.a. ett hotells tillhandahållande av TV-apparater för sina gäster (utan samtidigt tillhandahållande av signalen genom en centralantenn) nämligen utgöra ett tillgängliggörande för allmänheten av den musik som ingick i ertändningen).

61 Se t.ex. Rognstad, *Opphavsrettslig ansvar för linker på Internet*, s. 355.

62 I denna punkt anges att överföringsrätten ”bör omfatta all sådan sändning eller vidareändring av ett verk till allmänheten på trådbunden eller trådlös väg, inklusive radio- och televisionssändningar. Denna rätt omfattar inga andra åtgärder” (kursivering här). Jfr Schorsbo & Udsen, a.a. s. 49 f. *Skrivningen kan emellertid också förstås som en avgränsning i förhållande till andra delar av ensamrätten att göra ett verk tillgängligt för allmänheten som inte omfattas av direktivets harmonisering.*

Det förhållandet att en hänvisning underlättar åtkomsten är, som Bundesgerichtshof påpekar i Paperboy-målet, inte heller något som är specifikt för den digitala miljön. Den som talar om för allmänheten exakt var en viss bok står i ett bibliotek gör det t.ex. betydligt enklare för mottagaren att hitta fram till detta verk, men det innebär inte att hänvisningen isolerat sett är att betrakta som ett tillgängliggörande för allmänheten i upphovsrättslig mening.⁶³ Däremot kan naturligtvis

SvJT 2012 s 819

den som *både* hänvisar till och håller exemplaret tillgängligt för potentiella mottagare anses överföra verket till allmänheten.⁶⁴

7.3 Yttrandefrihetsaspekter

Hänvisningar till andras yttranden får vidare sägas ligga i kärnområdet för yttrandefriheten.⁶⁵ Även om begränsningar i yttrandefriheten enligt t.ex. Europakonventionen och EU:s rättighetsstadga får göras i syfte att skydda upphovsrätten, kan en tolkning som innebär att alla tillgängliggöranden av hänvisningar utgör en överföring till allmänheten vara svår att förena med de grundläggande proportionalitetskrav som ställs på begränsningar i yttrandefriheten. Det kan därför vara relevant att pröva om syftena med upphovsrättslagstiftningen kan uppnås på ett tillfredsställande sätt även om möjligheten att ingripa mot länkning begränsas till vissa speciella situationer (jfr avsnitt 7.6 nedan). Av EU-domstolens praxis från senare år framgår det att det såväl vid genomförandet av EU-direktiv som vid rättstillämpningen i ett enskilt fall ska göras en avvägning mellan upphovsrätten och andra grundläggande rättigheter, t.ex. yttrandefriheten.⁶⁶

Som en illustration av länkarnas yttrandefrihetsdimension kan nämnas att Bundesgerichtshof i det s.k. AnyDVD-fallet fann att rätten att skapa länkar till sidor som innehöll datorprogram som kunde användas för att kringgå s.k. tekniska åtgärder (jfr artikel 6 i infosocdirektivet och 6 a kap. upphovsrättslagen) skyddades av den tyska grundlagsregleringen om yttrandefrihet.⁶⁷

7.4 Ny publik?

I EU-domstolens praxis har det centrala kriteriet för att avgöra om en överföring till allmänheten föreläggat varit om svarande genom medvetna åtgärder gjort verket tillgängligt för *en publik som rättighetsinnehavaren inte kunnat ta hänsyn till* vid sin ursprungliga rättighetsupplåtelse. EU-domstolen har t.ex. funnit att rättighetsinnehavaren inte har kunnat beakta en vidareändring av TV-program till hotellrum eller till en pubs TV-skärmar.⁶⁸

När det gäller länkning till verk som rättighetsinnehavaren, utan begränsningar, har gjort tillgängliga på nätet är omständigheterna

SvJT 2012 s 820

annorlunda.⁶⁹ Eftersom en vanlig hypertextlänk innebär att användaren hänvisas till den server där verket har gjorts tillgängligt med upphovsmannens samtycke tar användaren del av verket på precis det sätt som rättighetsinnehavaren har kunnat förutse. Hon eller han har därmed haft möjlighet att beakta detta utnyttjande t.ex. vid ersättningsförhandlingar med webbplatsägaren eller genom att kräva att tek-

⁶³ Jfr Rognstad, a.a. s. 356.

⁶⁴ Rognstad, a.a. s. 355 f., gör i sin argumentation för att länkar bör anses utgöra överföring vissa jämförelser med "den analoga världen" och några situationer som får anses utgöra spridning (tillhandahållande av exemplar på begäran). Jämförelserna är emellertid inte så träffande eftersom den som i dessa exempel hänvisar till ett verksexemplar också står för själva tillgången till det fysiska exemplaret. Jfr Torvund, a.a. s. 430 samt vad som sagts ovan i detta avsnitt.

⁶⁵ Se t.ex. Eggen, Kyrre, Ytringsfrihet, 2002, s. 477.

⁶⁶ Jfr t.ex. C-70/10 (Scarlet Extended).

⁶⁷ Bundesgerichtshofs dom den 14 oktober 2010, I ZR 191/08.

⁶⁸ Jfr t.ex. C-306/05 (Rafael Hoteles) samt EU-domstolens dom den 4 oktober 2011 i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League Ltd. m.fl. mot QC Leisure och Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd.

⁶⁹ Bundesgerichtshof gör samma bedömning i Paperboy-domen.

niska åtkomstbegränsningar appliceras vid tillgängliggörandet, t.ex. sådana spärrar mot länkning som beskrivits i avsnitt 2.

I många fall bestäms en rättighetshavares ersättning för ett tillgängliggörande på webben med utgångspunkt i antalet besökare på den aktuella webbsidan. Om länkning till öppet tillgängligt material uppfattas som en överföring till allmänheten skulle upphovsmannen ha ett principiellt anspråk på ersättning från den som tillgängliggör länken samtidigt som ersättningen från webbplatsägaren skulle bli högre ju fler besökare som når sidan med hjälp av länken. Det blir därmed i princip fråga om dubbel ersättning för en och samma användare.

Det är sammanfattningsvis svårt att hävda att verket i den här diskuterade länkningssituationen görs tillgängligt för en ny publik.

7.5 Underförstått samtycke till länkning

Ett argument för att låta överföringsrätten omfatta vanlig länkning, trots att sådan länkning utgör en naturlig och viktig del av internet, är att det är möjligt att undgå många av de potentiellt negativa konsekvenserna genom att tolka upphovsmannens tillgängliggörande på nätet som ett underförstått samtycke till (vissa lojala former av) länkning.⁷⁰ I relation till nya tekniska fenomen på internet, såsom sökmotorer, blir resonemang som bygger på underförstådda samtycken utan tvekan viktiga för att upphovsrätten inte ska få en direkt hämmande effekt på nätets användbarhet.⁷¹ När det gäller rena hänvisningar och vanliga länkar på webbsidor har en sådan lösning, som Høyesterett påtalar i Napster.no-målet, emellertid vissa brister. En rättighetshavare kan t.ex. i en text på den sida där verket görs åtkomligt eller i ett meddelande direkt till någon som har skapat en länk ange att han eller hon motsätter sig länkning. Ett från rättspolitisk synpunkt tillfredsställande resultat tycks därmed kräva att det införs särskilda undantag i ensamrätten för sådana länkar som alltid bör vara tillåtna i ett samhälle. I detta sammanhang kan det också hävdas att den som har valt att utnyttja fördelarna med nätets öppenhet också måste acceptera att detta innebär att andra kan länka till verket.⁷²

SvJT 2012 s 821

7.6 Rättspolitiskt behov av att uppfatta alla länkar som överföring? Distinktioner m.m.

EU-domstolens praxis visar att överföringsrätten ska tolkas så att rättighetsinnehavaren ges en stark ensamrätt och framför allt en rätt att bestämma när verket ska göras tillgängligt för en *ny publik*.⁷³ Samtidigt finns det, som har framgått i det föregående, starka sakliga och rättsliga skäl för att inte tolka överföringsrätten så att alla hänvisningar i form av länkar omfattas. Det kan hävdas att den som tillåter att hans eller hennes verk görs tillgängligt på internet utan tekniska begränsningar har gjort detta verk tillgängligt för en global publik. Även om länkning i sig skulle jämföras med en överföring skulle länkning till sådana filer inte innebära en överföring till en *ny publik*.

Om rättighetsinnehavaren, vid sidan av sin rätt att kontrollera villkoren för det faktiska tillgängliggörandet online, ges möjlighet att med rättsliga medel ingripa mot *vissa särskilda former av länkning* kan det hävdas att detta ger rättighetshavaren ett starkt skydd, samtidigt som motstående intressen kan tillgodoses i rimlig utsträckning. Det faller, som påpekats i inledningen, utanför denna framställnings ramar att i detalj undersöka de närmare förutsättningarna för sådana ingripanden. I det följande ska sålunda endast vissa preliminära observationer göras.

För det första visar Høyesterett dom i Napster.no-målet att det, åtminstone i vissa fall, kan vara möjligt att ingripa mot *länkning direkt till material som görs tillgängligt i strid med ensamrätten* med stöd av regler om

70 Se framför allt Rognstad, *Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett*, s. 357 ff. Jfr dock Rosén, *Länkning till streamade TV-program*, s. 163 och s. 166 f., som både argumenterar för en långtgående ensamrätt i det här diskuterade hänseendet och för hög restriktivitet vid tolkning av påstådda rättighetsupplätelser.

71 Se t.ex. Bundesgerichtsbofs dom den 29 april 2010, I ZR 69/08. Se även Rognstad, *Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett*, s. 357 ff.

72 Jfr Schorsbo & Udsen, a.a. s. 57, som även hänvisar till vissa uttalanden i denna riktning i Paperboy-domen.

73 Se t.ex. C-306/05 (*Rafael Hoteles*).

medhjälp till brott. Det ligger i en medhjälpshandlings natur att den kan bestå i ”främjande genom råd”,⁷⁴ t.ex. tillhandahållande av information som underlättar utförandet av ett brott. Varje länkingsåtgärd bör emellertid inte, som Berners-Lee påpekar i sin beskrivning av syftet med länkningstekniken,⁷⁵ betraktas som ett främjande. I praktiken skulle det i många fall bli aktuellt att tillämpa rättsliga teorier om social adekvans och bristande gärningsculpa.⁷⁶

För det andra är det möjligt att uppfatta *länkning som kringgår en teknisk begränsning* som en överföring till en ny publik (trots att det rent faktiskt inte innebär att den som tillhandahåller länken överför den skyddade filen till mottagarna). I ytterligare en dom om länkning från Bundesgerichtshof fann domstolen sålunda att ett medvetet kringgående av tekniska åtgärder som en webbplatsägare anbringat i syfte att förhindra direkt länkning till visst material innebar att den som utförde kringgåendet överförde de skyddade verken till allmänheten.⁷⁷

SvJT 2012 s 822

Enligt domstolen krävdes det för en sådan slutsats inte att de begränsande åtgärderna var effektiva, utan det räckte med att de åtgärder som vidtagits gjorde innehavarens vilja om begränsningen tydlig.

Stöd för ett liknande synsätt kan i någon mån hämtas i EU-domstolens dom i det s.k. Airfield-målet.⁷⁸ Omständigheterna i målet var komplexa, men enkelt uttryckt fann domstolen att ett sändningsföretag som mot betalning också tillhandahöll ett kort för avkodning av satellit-TV-kanaler därigenom gjorde de verk som ingick i sändningen tillgängliga för en ny publik som inte hade kunnat beaktas vid den ursprungliga rättighetsklareringen. Domstolen beaktade särskilt att tjänsten hade en tydlig ekonomisk karaktär och att betalningen avsåg just möjligheten att få access till de annars skyddade TV-sändningarna.

En möjlig tolkning av den EU-rättsliga överföringsrätten skulle sålunda vara att den omfattar länkning till tekniskt skyddade filer, åtminstone när en sådan åtgärd sker med full medvetenhet om rättighetshavarens vilja och i kommersiellt syfte.

För det tredje har det argumenterats för att *automatiska länkar* – framför allt inline-länkar – ska särbehandlas vid tillämpning av överföringsrätten.⁷⁹ Ett sakligt skäl för att låta sådana länkar omfattas av överföringsrätten är att användarna i denna situation överhuvudtaget inte vidtar någon åtgärd, men ändå får verket presenterat för sig (dessutom i ett annat grafiskt sammanhang än rättighetshavaren trodde att det skulle presenteras). Samtidigt talar de faktiska förhållanden kring länkning, även i denna situation, emot att den som skapar länken ska anses överföra innehållet till mottagaren. Vidare kan det hävdas att rättighetshavaren även utan denna extensiva tolkning av överföringsrätten får ett tillfredsställande rättsligt skydd genom möjligheten att kontrollera tillgängliggörandet online⁸⁰ och genom att det finns möjligt att ingripa mot de andra två formerna av länkning som har beskrivits i detta avsnitt. I amerikansk rättspraxis har inline-länkar, som nämnts i avsnitt 6, inte ansetts innebära ett tillgängliggörande för allmänheten. Det bör sålunda noggrant övervägas om automatiska länkar ska anses utgöra en överföring.

8. Avslutande kommentarer

HD:s dom i MP3-målet och förarbetsuttalandena i samband med genomförandet av infosoc-direktivet har lett till osäkerhet om hur vanlig länkning förhåller sig till upphovsmannens ensamrätt att överföra

⁷⁴ 23 kap. 4 § brottsbalken.

⁷⁵ Se avsnitt 2.5 ovan.

⁷⁶ Se t.ex. Asp, Petter & Rosén, Jan, *The Pirate Bay – en kommentar*, SvJT 2011 s. 103-119, på s. 112 ff. Yttrandefrihetsskäl talar i vissa fall för en restriktiv tillämpning av reglerna om medhjälp i samband med länkning (jfr t.ex. Any-DVD-fallet under avsnitt 7.3 ovan).

⁷⁷ Bundesgerichtshofs dom den 29 april 2010, I ZR 39/08.

⁷⁸ EU-domstolens dom den 13 oktober 2011 i de förenade målen C-431/09 and C-432/09, *Airfield NV och Canal Digitaal BV mot Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) samt Airfield NV mot Agicoa Belgium BVBA*.

⁷⁹ Torvund, a.a. s. 441 ff., argumenterar t.ex. för en sådan tolkning.

⁸⁰ Rent tekniskt är det som nämnts i avsnitt 2.3 möjligt att motverka inlinelänkning.

SvJT 2012 s 823

verket till allmänheten. Att rättsläget beträffande en så vanligt förekommande företeelse som länkning inte är tydligare, snart tjugo år efter webbens födelse, måste betecknas som otillfredsställande. I många andra länder har det innan genomförandet av direktivet varit mer eller mindre tydligt att vanlig länkning till öppet tillgängligt material inte innebär ett tillgängliggörande för allmänheten.

Huruvida länkning utgör ett tillgängliggörande för allmänheten bestäms numer genom en tolkning av det EU-rättsliga överföringsbegreppet. Problematiken kring länkning är emellertid ett bra exempel på att upphovsrättsliga frågor, inte minst i en digital miljö, måste lösas i ljuset av andra informationsrelaterade intressen. EU-domstolen har bl.a. påpekat att det är en uppgift för den nationella lagstiftaren och för rättstillämparen i det enskilda fallet att åstadkomma en korrekt balans mellan olika grundläggande rättigheter. Länkningens rättsliga status måste sålunda bestämmas genom en bred konsekvensanalys. Centralt är givetvis också att en sådan analys baserar sig på en korrekt förståelse av faktiska förhållanden, t.ex. en korrekt förståelse av länkningstekniken och dess användning.

I denna artikel har det argumenterats för att vanlig hypertextlänkning till öppet tillgängliga datafiler, i vilka upphovsrättsligt skyddade verk gjorts tillgängliga med upphovsmannens samtycke, inte utgör en överföring till allmänheten. Samtidigt har möjligheterna att ingripa mot vissa speciella former av länkning diskuterats, dock utan att något slutligt ställningstagande i denna del har presenterats. Den här förordade tolkningen bygger på en korrekt förståelse av de faktiska förhållandena kring länkning och erbjuder en rättslig lösning som på ett rimligt sätt balanserar de olika intressen som aktualiseras.

Denna lösning kan givetvis kritiseras från olika utgångspunkter. Detsamma gäller emellertid varje annan lösning på hur länkning ska bedömas enligt det gällande upphovsrättsliga regelverket. De lege ferenda är det möjligt att tänka sig alternativa lösningar. Exempelvis är det möjligt att uppfatta all länkning som överföring samtidigt som det införs en särskild inskränkning för sådan länkning som bör få ske utan tillstånd från rättighetshavaren. Alternativt kan länkning, såsom har förordats här, i grunden hållas utanför ensamrätten samtidigt som det införs särskilda bestämmelser som tar sikte på vissa särskilda länkningssituationer som rättighetshavaren bör ha en rätt att påverka.