

## U.2000B.311

### Linking og robottering på Internet

Af professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen

#### Immaterielret 1.2

Artiklen tegner et billede af de ophavsretlige problemer, der opstår ved brug af hypertextlinks og søgemaskiner til hjemmesider på Internet. Det er bl.a. afgørende, hvornår disse teknikker resulterer i eksemplar fremstillinger, og hvornår sådanne eksemplarer er nødvendige, jf. ophl. §36, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 3. Efter den opfattelse af god netpraksis, som eksisterer i dag, konkluderes det, at linking og robottering, der sker med respekt for rettighedshaverens loyale interesser i bannerannoncering og afsætning af egne netydelser mv., formentlig er lovlig.

#### 1. Indføring i problemstillingen

a. Kort om Internet-surfing og hypertext: Det tekniske princip, der om noget kan forklare den eksplosive udvikling af det verdensomspændende Internet, er brugen af såkaldte »hypertext-links«. Hypertext er tekst i maskinlæsbar form, der er struktureret (»opmarkeret«) efter kriterier, der gør det muligt også at læse teksten ikke-lineært, ved at brugeren springer rundt i teksten ud fra på forhånd indlagte markeringer (»opmarkeringer«).

I informationsteknologiens verden har sådanne spring været kendt længe, f.eks. når man i en elektronisk bog (f.eks. den elektroniske version af UfR eller Karnov) springer fra brødtekst til note. Men på Internet har hypertext fået en ny betydning. Her bruges teknikken nemlig til at sætte brugeren af en hjemmeside i forbindelse med andre hjemmesider, som der ved den forudgående kodning skabes en umiddelbar netforbindelse (såkaldt hypertext-link) til. Det bærende princip herfor er indbygget i programmer, der ved hvert »klik« fra brugeren frembringer en digital anmodning, kaldet request, til en anden hjemmeside, som besvares ved, at information herfra automatisk returneres til brugeren. Det er følelsen af således at »klikke« sig fra hjemmeside til hjemmeside, der ligger bag udtrykket »at surfe på nettet«. I teknisk forstand »surfer« man ved at lade et antal digitale informationsmængder kopiere til sit udstyr gennem sådanne requests afgivet til de hjemmesider, som forskellige informationsleverandører har tilknyttet nettet.

HTML-standarden: Grundlaget for hypertext-teknikken blev præsenteret allerede i 1940'erne i Vannevar Bush's artikel »As we may think«, trykt i The Atlantic Monthly i juli 1945. I 1989 foreslog fysikeren Tim Berners-Lee, at teknikken blev udvidet, således at en flæthed af sammenknyttede computere i kraft af et fælles teknisk princip fremtrådte som ét hypertext-informationssystem. Idéen blev realiseret i 1991, og som det grundlæggende sprog definerede Berners-Lee HTML (HTML=DMhyper text markup language). Dette sprog dannede senere grundlag for den første web-browser, Mosaic, og er i dag indbygget i alle gængse web-browsere. HTML blev senere defineret som en standard, der blev

offentliggjort i sin første version i 1992.

Internet-surfing understøttes i dag af en række teknikker, som i forskellige henseender rejser tvivl om den ophavsretlige frihed til at foretage den eksemplar fremstilling, der følger af en sådan request. Tvivlen knytter sig navnlig til de requests, der udspringer af såkaldte links eller frames, samt de, der fremtræder som resultat af søgning på Internet-søgerbotter. Formålet med de følgende bemærkninger er at kaste lys over disse ophavsretlige problemer.

Nogle udgangspunkter: De retlige problemer, der har betydning, tager naturligt udgangspunkt i de forskellige handlinger, der udfolder sig ved Internet-surfing i dens vekslende fremtrædelsesformer:

Centralt står for det første den information i form af værker eller anden retsbeskyttet information, der fra en Internet-hjemmeside stilles til rådighed for kopiering ved HTTP-requests. Ofte vil informationsleverandørens forudsætninger for at stille disse værker mv. til rådighed adskille sig fra de forudsætninger, informationsbrugeren har f.eks. når informationen linkes i bestemte sammenhænge, eller når hjemmesidens informationsindhold ekstraheres for at understøtte en efterfølgende søgning. Et centralt ophavsretligt spørgsmål er her, hvad der er det forudsatte, og lovlige, formål med benyttelsen. Dette spørgsmål reguleres af ophl. §36, stk. 1, nr. 1, jf. nærmere under 3. Et andet spørgsmål er, om linking og robottering kan være afskåret ved de særlige regler om databasebeskyttelse, jf. ophl. §71, jf. nærmere under 4.

Uden for emnet er her den problemstilling, der foreligger, hvis der linkes til materiale, der er indlagt på en hjemmeside i strid med rettighedshaverens samtykke. Her opstår spørgsmålet om, hvorvidt man gennem en sådan linking gør sig til medvirker i relation til det retsbrud, der sker, når nogen aktiverer linket og udvirker en ny, ulovlig kopi af det pågældende materiale.

Spørgsmålet var genstand for drøftelse ved det 35. Nordiske Juristmøde i Oslo, august 1999, på grundlag af et oplæg fra mig. Spørgsmålet forventes reguleret ved det direktiv om visse retlige aspekter af elektronisk handel i det indre marked, som Rådet vedtog Fælles Holdning om den 28. februar 2000, se EFT 2000 C 128/32, jf. nærmere direktivforslagets afdeling 4 (art. 12-15). Se også Kasper Heine i NIR 1999.615 ff.

Når det gælder selve brugen af den rekvirerede information, er det nødvendigt at sondre mellem direkte og indirekte brug. Direkte brug kendetegnes ved at fremkomme som følge af en request, der indtastes i browserens navigationsfelt direkte mod informationsleverandørens hjemmeside hvad enten der sigtes mod startsiden, en underside eller en fil, der er placeret på hjemmesiden. At brugeren her kender adressen for sin request har bl.a. betydning for vurderingen af hans lovlige formål med at benytte værket, jf. ophl. §36, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 3.

Heroverfor står den indirekte brug, som kendetegnes ved, at en request udvirkes under en vis indirekte bistand. Bistanden kan forekomme på flere måder. Ved såkaldt linking afgives requesten, når brugeren klikker på et felt, der enten kan fremtræde som en ikon (f.eks. et varemærke), som et billede eller måske mest hyppigt som en tekst, der repræsenterer en

del af den information, der linkes til (f.eks. en overskrift). Linking kan ske på to måder, nemlig enten som almindelig linking, der ligesom direkte brug retter sig mod den Internet-adresse, informationsleverandøren selv anvender over for omverdenen, f.eks. [www.firma.dk](http://www.firma.dk), altså hjemmesidens »side 1«. Heroverfor står deep linking, hvor der linkes til efterfølgende sider eller filer under øverste niveau. Ved deep linking når brugeren altså ikke sit mål fra hjemmesidens øverste niveau. Ved såkaldt framing frembringer den hjemmeside, brugeren befinder sig på, automatisk en request mod en del af en anden hjemmeside, f.eks. et billede, som hermed fremtræder i en ramme på den hjemmeside, brugeren befinder sig på. Framing indebærer altså en slags skjult linking, idet den rekvirerede information hentes automatisk ind på hjemmesiden og umiddelbart fremtræder som en del af denne.

Dette er den almindelige betydning af ordet, når det anvendes i relation til linking. I teknisk forstand er framing ikke nødvendigvis forbundet med en skjult linking. I HTML-sproget er framing udtryk for, at man lader skærmen fremstå i en fast inddeling, f.eks. i tre rammer, som hver for sig kan vise information fra forskellige kilder: Et lodret felt til venstre, der indeholder en menu, et vandret felt øverst, der indeholder en overskrift, og et resterende felt, der indeholder den information, hjemmesiden i øvrigt indeholder.

En teknik, der spiller en særlig rolle, er den såkaldte robottering, der kort kan defineres som maskinel udvælgelse af links til andre hjemmesider. Ved at robottere et udvalg af de hjemmesider, der findes på nettet, gør man det muligt for robotterns bruger at søge efter information på disse hjemmesider efter bestemte kriterier. Sådanne søgerobotter kan have forskellige funktioner indbygget i sig og herunder være baseret på mere eller mindre generelle søgekriterier. De generelle søgerobotter retter sig mod hjemmesider af enhver art. Derimod er andre søgerobotter, de såkaldte intelligente agenter, på forhånd indrettet til at eftersøge information af en bestemt karakter, f.eks. ydelser, som restaurationer, hoteller, udbudte faste ejendomme og ferierejser.

To fremtrædende danske intelligente agenter kan findes fra hjemmesiderne [www.forum.dk](http://www.forum.dk) (boliger) og [www.kapow.dk](http://www.kapow.dk) (aktier, biler, både, boliger og bookmaking). Ligesom målet for søgningen via en søgerobot kan variere, kan der være forskel på, hvorledes informationerne hentes frem i en søgerobot. Det er ikke ualmindeligt, at generelle søgerobotter lader bestemte hjemmesider registrere mod betaling, således at hjemmesiden kommer frem før andre, når en bruger gennemfører bestemte typer af søgninger.

Det kendetegner søgerobotter, at den linking, de udvirker, først fremtræder for brugeren, efter at han har gennemført sin søgning på robotten. En søgning vil resultere i et antal links, der præsenteres for brugeren i en »hitliste«. Ved at klikke på de enkelte »hits« frembringer brugeren requests til den enkelte informationsleverandør, f.eks. en annoncehjemmeside, hvorfra et efterspurgt produkt udbydes til salg.

For de fleste søgeroboters vedkommende frembringes det tekniske grundlag for selve søgningen ved en forudgående indeksering, som indebærer, at en række informationer fra de pågældende informationsleverandørers hjemmesider er hentet fra disse hjemmesider og lagt ned på robotterns server, hvor de danner et gigantisk stikordsregister med henvisninger til de pågældende hjemmesider. Fordelene ved en sådan indeksering er

iøjnefaldende, først og fremmest fordi man i den enkelte søgning sparer transmissions- og opkoblingstid til de talrige hjemmesider, hvorfra informationen hentes ned. Den således gennemførte indeksering opdateres automatisk med bestemte intervaller, f.eks. dagligt eller hver time. Ofte foregår denne indeksering om natten, hvor systemerne ikke er under belastning fra almindelige brugere. Men indekseringen indebærer nødvendigvis, at de oplysninger, der danner grundlag for den aktuelle søgning på robotten, ikke nødvendigvis svarer til dem, der aktuelt foreligger på de hjemmesider, der søges på.

## 2. Hidtidig behandling

Spørgsmålet om lovligheden af Internet-linking har ikke været genstand for mere dybtgående retsvidenskabelige undersøgelser i dansk eller nordisk ret. Forskellige steder i litteraturen findes der generelt holdte udtalelser om lovligheden af linking. Det er dog fælles for disse udtalelser, at de ikke forholder sig specifikt til de tekniske omstændigheder, hvorunder linking finder sted. Denne måde at behandle problemerne på er forståelig. Emnet er nyt, og problemerne drøftes derfor på et forholdsvis generelt plan uden specifik adresse til de immaterialretlige regelsystemer, der har betydning.

Den mest indgående behandling af emnet herhjemme findes hos Thomas Riis i Blume m.fl.: IT-retlige emner (1998), s. 348 ff. Forfatteren fremhæver (s. 349), at det på nuværende tidspunkt ikke er muligt at give endegyldige svar på spørgsmålet om lovligheden af en linking, men udtaler på det retspolitiske plan, at etablering af links, der resulterer i en grov tilegnelse af andres indsats, bør imødegås med et passende retsværn, som ikke bør hentes i ophavsretten, men snarere i konkurrenceretten (s. 350).

Spørgsmålet drøftes også hos Kasper Heine m.fl.: Internet.Jura (1997), s. 227, i relation til de ophavsretlige regler om navngivning, jf. ophl. §3. Denne problematik har ingen betydning i den foreliggende situation, hvor hele idéen jo er at lede brugeren hen til »ophavsmanden« (dvs. informationsleverandøren). Senest har Knud Wallberg berørt emnet ovenfor s. 141, hvor spørgsmålet beskrives som uafklaret.

I norsk ret foreligger en udtalelse hos Anders Mediaas Wagle & Magnus Ødegaard Jr.: Ophavsrett i en digital verden (Oslo, 1997). Det siges her, s. 415 ff., at en linking til i forvejen offentliggjort materiale ikke er i strid med ophavsretlige regler. Betragtningen er, at materialet allerede er gjort tilgængeligt for almenheden, og at hypertekst-henvisningen ikke gør det »mere« tilgængeligt, end det var i forvejen, ligeså lidt som den kan siges at indebære medvirken til, at der sker en retsstridig handling. Forfatterne finder således ikke (se s. 416 f.), at en sådan linking indebærer, at der sker en uforudset (og dermed ikke tilladt) udnyttelse af det ophavsretligt beskyttede materiale på hjemmesiden (sml. for dansk ret den nedenfor omtalte bestemmelse i ophl. §36, stk. 2). Fra svensk ret kan nævnes Agne Lindberg & Daniel Westman: Praktisk IT-rätt, 2. udg. (1999), der kort drøfter spørgsmålet om linking s. 203 f. Forfatterne finder, at links, der alene indeholder henvisninger til andre sider (som brugeren i givet fald skal aktivere), som udgangspunkt må være lovlige, hvorimod retsstillingen vedrørende framing er under udvikling. Forfatterne hælder her til den opfattelse, at framing udgør en tilgængeliggørelse for almenheden, der kræver tilladelse fra ophavsmanden.

En principiel sag om retten til at linke fandt i 1997 sin afgørelse ved et forlig mellem de involverede parter efter en forbudskendelse. Sagen var rejst af The Shetland Times, der i tillæg til sin papirbaserede avisudgivelse havde etableret en hjemmeside. Sagsøgt var The Shetland News, der fra sin hjemmeside havde henvist til de mest interessante dele af Shetland Times-hjemmesiderne, som brugeren dermed kunne nå frem til uden at klikke sig igennem de indledende hjemmesider med reklamemateriale.

Sagen blev foreløbigt afgjort ved en forbudskendelse ved retten i Edinburgh den 24. oktober 1996, se *Shetland Times Ltd v. Wills & Anor*, 37 IPR 71 (1996), hovedsagelig på grundlag af særlige skotske ophavsretsregler: Der blev nedlagt fogedforbud, idet retten fandt det sandsynliggjort, at linkingen der ved sin direkte adresse til netop ét konkurrerende medium indebar et vist element af snyltning var retsstridig efter skotske regler om spredning af værker ved kabel, ligesom overskrifterne til de enkelte artikler efter omstændighederne måtte anses for ophavsretligt beskyttede. Afgørelsens resultat har dog været omdiskuteret, se bl.a. Chris Reed i *Computer Law & Security Report*, Vol. 13, no. 3, s. 167 (1997), og der kan næppe tillægges denne byretsafgørelse nævneværdig retskildeværdi for gældende dansk ret i dag.

Som nævnt blev sagen efterfølgende forligt. I modsætning til andre sager er dette forlig offentliggjort i en forligsskrivelse af 11. november 1997, hvis centrale bestemmelse lød således:

»The Defenders shall be entitled to link to stories on the Pursuers' website by means of headlines provided that they will not include in any service operated by them on the Internet any hyperlink linking to the Pursuers' website ([www.shetland-times.co.uk](http://www.shetland-times.co.uk)) other than as follows:

each link to any individual story shall be acknowledged by the legend »A Shetland Times Story« appearing underneath each headline and of the same or similar size as the headline;

adjacent to any such headline or headlines there shall appear a button showing legibly the Shetland Times masthead logo; and the legend and the button shall each be hypertext links to the Shetland Times online headlines page.«

Resultatet af dette forlig tegner et klart billede af, at problemet om hypertext-linking i højere grad er et spørgsmål om, hvordan linkingen finder sted, snarere end om, hvad linkingens konkrete retter sig imod. Generelt synes der således at være grundlag for at konkludere, at den hidtidige juridiske teori og praksis ser velvilligt på den loyale Internet-linking, der respekterer banner-annoncer, som ikke ændrer i indholdet af den hjemmeside, hvortil der linkes, og som i øvrigt sikrer brugeren mod vildledning, ikke kan anfægtes retligt. Derimod kan der være problemer med at gengive oplysninger fra andre hjemmesider ved framing.

### 3. Ophavsretlige spørgsmål

a. Hvad linkes der til? For at kunne konstatere, at en linking eller robottering (indeksering) strider mod ophavsretlige regler, må det afklares, om det materiale, der linkes til, indeholder et eller flere ophavsretligt beskyttede værker, altså om materialet har den fornødne »originalitet«. Er svaret på dette spørgsmål bekræftende, opstår spørgsmålet om, hvorvidt der ved en linking og en hermed forbunden indeksering sker en eksemplar fremstilling eller tilgængeliggørelse, der kræver ophavsmandens tilladelse, jf. lovens §2.

Typisk vil en hjemmeside indeholde flere typer af information. Når denne information fremtræder som litterære værker (f.eks. avisartikler), musikværker o.lign., vil der som udgangspunkt være ophavsretlig beskyttelse forudsat beskyttelsestiden ikke er udløbet osv. Indexering og robottering af hjemmesider, der indeholder annoncer, vil typisk koncentrere sig om de oplysninger, der er centrale for brugerens efterfølgende søgning, altså f.eks. pris, kvalitet, mængde etc. Det vil være undtagelsen, at annoncemateriale kopieres over. Sker det, kan en ophavsretlig beskyttelse også komme på tale i relation til sådanne værker.

Dansk ophavsret har hidtil primært behandlet spørgsmålet om den ophavsretlige beskyttelse af annoncemateriale ud fra et snyltningsperspektiv, hvor der fokuseres på, om en annoncør kan »genbruge« idéer mv. i en anden annonce. Ren kopiering af annoncemateriale har ikke været anset som et praktisk problem, formentlig fordi en sådan kopiering jo som udgangspunkt må anses for at være i annoncørens interesse. Ved fuldstændig kopiering af en annonce fuldbyrdes jo hele formålet med at annoncere, nemlig at blive eksponeret for et så stort publikum som muligt, sml. hertil Koktvedgaard: Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999), s. 65, der antager, at selv mindre ændringer normalt må antages at føre det konkurrerende produkt ud af beskyttelsessfæren, medmindre man står overfor en ganske usædvanlig (kunstnerisk) udformning. Den relevante beskyttelsesform vil derfor typisk være af konkurrenceretlig beskaffenhed. Ved den ganske vidtgående afgørelse i U 1980.330 SH fandtes en stilliseret farvetegning af et træ med to fugle og tre fugleunger ikke at besidde ophavsretlig værkshøjde. Annoncen anvendtes af Dansk Ejendomshandlerforening, der havde rejst sagen mod en ejendomshandler, der anvendte tegningen i en let varieret udgave.

b. Reglerne om eksemplar fremstilling: Når det gælder den ophavsretlige eneret til eksemplar fremstilling, opstår flere spørgsmål under den proces, der fører til robottering og heraf følgende indirekte brug af en hjemmeside. Det første angår den indledende brug af de pågældende hjemmesider, der sker, når robotfunktionen skal konstrueres med det formål at afdække, hvad der skal linkes til et problem, der primært har betydning ved intelligente agenter: Er det et »lovligt formål«, jf. ophl. §36, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 3, med brugen af en hjemmeside, at undersøge, hvordan den kan robotteres? Næste spørgsmål opstår ved den løbende indeksering af siderne: Udgør dette i sig selv en hjemlet eksemplar fremstilling? Tredje led er den delvise eksemplar fremstilling, der sker fra linkerens hjemmeside, når de udvalgte hjemmesider udsættes for indirekte brug.

I relation til det første spørgsmål må det først afklares, om resultatet af en HTML-request (altså den modtagne information fra den efterspurgte hjemmeside) frembringer et »eksemplar« hos brugeren, selvom den kun modtages i den såkaldte RAM-hukommelse. Om sådanne RAM-kopier udgør eksemplarer i ophavsretlig henseende, er omdiskuteret.

Efter min opfattelse, som jeg bl.a. har givet udtryk for i Lærebog i edb-ret (1991), s. 172, er der tale om en fiksering og dermed også et eksemplar, selvom informationen forsvinder, når strømmen afbrydes. Se tilsvarende Schönning Ophavsretsloven med kommentarer, 2. udg. (1998), s. 139 ff. Et modsat synspunkt har Kulturministeriet givet udtryk for i bemærkningerne til det lovforslag, der førte til ændringsloven om databasebeskyttelsen, nr. 407 af 26. juni 1998, de almindelige bemærkninger pkt. 3.1. Uanset hvorledes man stiller sig til dette spørgsmål, ligger det dog klart, at der foreligger et eksemplar, når brugerens computer gør brug af såkaldt »caching«, (dvs. løbende kopiering af informationen i RAM til harddisk) af den modtagne information. Spørgsmålet har været debatteret indgående under drøftelserne om det forslag til Direktiv om Harmonisering af Visse Aspekter af Ophavsret og Beslægtede Rettigheder i Informationssamfundet, som Kommissionen foreslog i 1997, men som der fortsat hersker stor retspolitisk uenighed om.

Lægges det til grund, at den modtagne information udgør et eksemplar, må det konstateres, at den eksemplar fremstilling af hjemmesidens indhold, der er tale om i den forberedende undersøgelsesfase, ikke kan støttes på reglerne om privatkopiering i ophl. §12. For det første er der typisk tale om en erhvervsmæssig eksemplar fremstilling, men selv om man skulle falde inden for det private område, rammes forholdet af det særlige forbud mod digital privatkopiering i §12, stk. 3, nr. 4. Spørgsmålet må derfor drøftes i lyset af den særlige regel i ophl. §36, stk. 3, jf. stk. 1, nr. 1, da der er tale om værker i digital form, »hvis anvendelse styres af et edb-program« (web-browseren). Afgørende for, om en sådan brug af en hjemmeside er lovlig, er altså, om dette kan siges at falde inden for sidens »formål«. Efter en snæver betragtning må svaret på dette være nej: Formålet med at gå på nettet er, at offentligheden skal læse den information, man lægger på sin hjemmeside. Men anlægger man en bredere betragtning, kan der omvendt argumenteres for, at interessen ved at være på nettet netop knytter sig til almenhedens adgang til at søge bredt efter information en adgang, som netop forudsætter, at der findes søgeværktøjer og hertil hørende indekseringsteknikker. Hertil skal lægges det retstekniske argument, at et forbud mod at undersøge hjemmesider med henblik på målrettet robottering vil være vanskeligt at afgrænse over for den frihed, som utvivlsomt gælder til at anmelde og omtale forskellige typer af hjemmesider. Sammenfattende må man derfor nå til den konklusion, at man med hjemmel i §36, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 3, har adgang til at undersøge en hjemmeside med henblik på i givet fald at robottere den målrettet.

Næste spørgsmål er så, hvorledes selve indekseringen skal betragtes. Også dette beror på en fortolkning af ophl. §36, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 3. På den ene side kan det være vanskeligt at hævde, at et stikordsregister, der indeholder alle ord i en bog, udgør en kopi af bogen, eftersom de fleste af ordene optræder flere gange i bogen, uanset de kun står én gang i stikordsregisteret. Men det særlige for et hypertext-baseret indeks er, at hvert ord er forsynet med information om, hvilke andre ord det hører til. Derfor kan man argumentere for, at indekset må betragtes som en overførelse af »bogen« (og her hjemmesiden) til en indretning, der er egnet til at gengive denne, jf. ophl. §2, stk. 2. Selv om denne betragtning har meget for sig, er resultatet ikke utvivlsomt. Der kan således også argumenteres for, at indekset som »indretning« slet ikke tager sigte på gengivelse, og at det kun med betydeligt besvær vil kunne udvirke en gengivelse af de pågældende værker. Spørgsmålet spiller dog næppe nogen større praktisk rolle, eftersom en formålsbetragtning (nettet som noget, der netop kendetegnes ved at være opbygget af links) også her må føre til, at det eksemplar, man måtte konkludere der forelå, må anses

for lovligt, jf. ophl. §36, stk. 1, nr. 1.

En væsentlig begrundelse for dette resultat er den almindelige anerkendelse af den form for eksemplar fremstilling, der sker ved den caching, Internet-udbydere ofte gennemfører med henblik på at kunne optimere transmissionstider mv.: I stedet for at lade den enkelte kunde kalde op til hyppigt efterspurgte hjemmesider via telenettet lægger man en kopi af de efterspurgte sider på egen server, som næste kunde herefter kan gå direkte til. Den, der lægger information ind på en hjemmeside på nettet, som stilles til adgang for almenheden, kan siges på forhånd at have accepteret, at der sker en caching af sidens indhold. Efter den http-standard, der styrer kommunikation omkring hjemmesider, kan muligheden for automatisk caching slås fra på de førnævnte måder, herunder ved at give den cachede side status som dynamisk eller give informationen en kort levetid. De færreste informationsleverandører har dog interesse heri, da deres tilstedeværelse på nettet netop er motiveret med ønsket om at opnå en så høj grad af eksponering som muligt, hvilken netop muliggøres gennem caching (andre synspunkter herunder ønsket om at kunne foretage en mere præcis optælling af »hits« med henblik på betaling for banner-annoncering kan dog tale i modsat retning). Er der derimod gennemført en teknisk foranstaltning med sigte på at afværge caching i overensstemmelse med de industrielle standarder, der regulerer Internet-kommunikation, må det dog antages, at en caching i kraft af en omgåelsehandling herefter er ulovlig. Spørgsmålet forventes reguleret ved det førnævnte direktivforslag om elektronisk handel, jf. nærmere dettes art. 13.

Det ligger omvendt klart, at den link, der frembringes, når man anvender en robot (eller i øvrigt placerer en link på en side), ikke i sig selv udgør et eksemplar af det pågældende værk. Det må for det første høre til undtagelsen, at de overskrifter, der kan tænkes at indgå i en sådan link, udgør et selvstændigt værk. I visse tilfælde har man dog set eksempler på, at en link forsynes med uddrag af den tekstmængde, der linkes til, f.eks. de første linjer af en artikel fra en elektronisk avis. Her kan der opstå et spørgsmål om, hvorvidt citatretten er overskredet. Tilbage står derfor, for det andet, spørgsmålet, om man ved at linke til et værk kan siges at have gjort det til genstand for en ophavsretlig udnyttelse i form af eksemplar fremstilling eller tilgængeliggørelse. Svaret på begge disse spørgsmål må være benægtende, allerede fordi betragteren, indtil linken aktiveres, jo slet ingen mulighed har for at gøre sig bekendt med værket. Disse tilfælde adskiller sig således fra tilfælde, hvor linkeren lægger en frame ind på sin hjemmeside, hvortil han trækker en enkelt informationsmængde f.eks. et foto ind fra en anden hjemmeside. Sådanne tilfælde må nærmest betragtes således, at det er linkeren selv, der udvirker eksemplar fremstillingen hos brugeren ikke brugeren selv.

Et centralt spørgsmål uden for sådanne tilfælde er derimod, om det eksemplar af et retsbeskyttet værk, som brugeren frembringer ved linking, enten i sig selv eller i kraft af en medvirkensbetragtning indebærer en ulovlig eksemplar fremstilling eller spredning. Når dette spørgsmål overvejes, er det på den ene side klart, at URL-henvisningen ikke i sig selv rummer en sådan eksemplar fremstilling. Lige så klart er det på den anden side, at den eksemplar fremstilling, brugeren udvirker ved sit besøg på siden, også er uproblematisk, hvis siden nås med udgangspunkt i startside. Spørgsmålet opstår ved deep linking i området mellem disse to yderpunkter, altså når siden nås direkte uden om startside. Problemet er her, at brugerens efterfølgende anvendelse dermed muligvis kan siges at ske i strid med de forudsætninger, informationsleverandøren som

»rettighedshaver« havde for at lægge sit værk på nettet.

Også svaret på dette spørgsmål findes i ophl. §36, stk. 3, der med sin henvisning til stk. 1, nr. 1, lader det være afgørende, om de kopier af hjemmesidens information, der udføres på brugerens system, »er nødvendige for at den pågældende [brugeren] kan benytte det [programmerne og de digitale værker] i overensstemmelse med dets formål. . .«, jf. ordlyden af §36, stk. 1, nr. 1. Den juridiske teori om ophl. §36 knytter sig primært til bestemmelsens anvendelse i relation til edb-programmer. Se således Schönning a.st. s. 351 f. I min Lærebog i edb-ret (1991), s. 173, fremhæver jeg bl.a. rådende typeforudsætninger som en central faktor ved begrebets afgrænsning. Det spiller i den forbindelse en rolle, hvordan man almindeligvis anvender programmer (og digital information, jf. stk. 2) af den pågældende art. Som nærmere udviklet nedenfor under 4. må det her lægges til grund, at det er sædvanligt at foretage hypertext-linking, der retter sig direkte mod enkelte områder af en hjemmeside. I det omfang det må anses for lovligt dvs. formålsbestemt at foretage linking til en hjemmeside uden om dens øverste niveau, må en heraf følgende eksemplar fremstilling også anses for lovlig. Vurderingen af dette spørgsmål er i hovedsagen sammenfaldende med opfattelsen af, hvad der er »god skik« på nettet, og herunder også i erhvervsmæssige forhold for »god markedsføringskik«. For en nærmere gennemgang af dette spørgsmål henvises til redegørelsen under 5.

Når der robotteres eller linkes dybt til en hjemmeside, der er opbygget ved hjælp af frames, vil der ofte opstå det problem, at requesten til den pågældende hjemmeside alene går til den side, der befinder sig på lavere niveau. Har hjemmesiden f.eks. en fast lodret bjælke menu til venstre i skærmbilledet, som »bliver stående«, medens man bevæger sig ned på dens undersider, kan det være nødvendigt, at robotten »hjælper til«, så man undgår, at requesten mod undersiden alene udvirker en returnering af den information, der ligger til højre for den lodrette bjælke, og dermed giver brugeren et ukomplet billede af, hvordan undersiden ser ud. Løsningen herpå ligger i at opbygge tilsvarende frames i robotten. Dermed opstår spørgsmålet, om en sådan opbygning udgør en ændring af det værk i digitaliseret form, som siden repræsenterer i sin helhed. At denne problemstilling opstår, skyldes, at retten til at udføre ændringer i digitale værker, hvis anvendelse styres af et edb-program, udtrykkeligt er afskåret i ophl. §36, stk. 3, 2. pkt. Bestemmelsen gælder tillige for fotografiske billeder, jf. henvisningen hertil fra §70, stk. 3. Det kan dog næppe antages, at den beskrevne teknik udgør en retsstridig ændring. Kriteriet må være, om siden set fra brugerens synsvinkel fremtræder på samme måde, som hvis brugeren selv havde koblet sig op på siden. Er systemet opbygget med den fornødne sikkerhed for, at der ikke indtræder nedbrud, hvorved informationsindholdet ændres eller delvis udebliver, er der således ikke grundlag for at antage, at den omhandlede tekniske foranstaltning udgør en ulovlig ændring.

#### 4. Databasebeskyttelse, ophl. §71

Man kan herudover overveje, om robottering er i strid med de nye regler om databasebeskyttelse, der er indsat i ophl. §71 ved lov nr. 407 af 26. juni 1998. Reglerne, der systematisk hører til blandt de ophavsretlige »naborettigheder«, fordi de ikke knytter sig til »værker«, beskytter bl.a. databaser. Beskyttelsen dækker kun visse handlinger vedrørende en database.

Er en hjemmeside en database? Ifølge §71, stk. 1, er de frembringelser, der beskyttes efter denne særlige bestemmelse, defineret som »et katalog, en tabel, en database eller lignende, hvori et større antal oplysninger er sammenstillet, eller som er resultatet af en væsentlig investering«. Der foreligger endnu ingen praksis om bestemmelsen, der har rod i om retlig beskyttelse af databaser. Efter bestemmelsens ordlyd beror spørgsmålet om, hvorvidt basen er beskyttet, på, om investeringskravet er opfyldt: Hvad har frembringeren investeret af penge eller kreativitet i udviklingen? I direktivets artikel 7 er dette krav præciseret med en bemærkning om, at investeringskravet skal måles enten kvantitativt eller kvalitativt.

Der er ikke taget stilling til spørgsmålet om bestemmelsens anvendelse i relation til hjemmesider hos Schönning a.st. s. 557. Kommentaren reflekterer det netop nævnte forhold, at man ved vedtagelsen af databasedirektivet havde de større databaser i tankerne, f.eks. baser med kursoplysninger, domme, bibliografiske data o.lign. I den 19. præambelbetragtning til direktivet nævnes som eneste eksempel, at en musik-cd med sin samling af titler normalt ikke vil være en database i direktivets forstand. Skal man bearbejde dette eksempel noget, kan det næppe heller antages, at samlingen af overskrifter i en elektronisk nyhedsavis derfor vil være beskyttet. Omfanget er for beskedent og den kvalitative indsats omkring indsamlingen typisk for gennemsnitlig. Selve det forhold, at man lægger oplysninger om sine ydelser i form af salgsoplysningerne på en Internet-hjemmeside, er som udgangspunkt næppe i sig selv udtryk for en sådan væsentlig investering, som kræves for at opnå beskyttelse efter §71. Men når man kommer op i antal, nærmer man sig en beskyttelse. En database over samtlige ejendomme, som et landsdækkende stort ejendomsmæglerfirma udbyder, vil formentlig kunne hævde databasebeskyttelse, sml. dommen i U 1983.981 Ø, hvor en prisliste over planteskoleprodukter uden videre fandtes omfattet af den dagældende »katalogregel«, der svarer til ophl. §71. At der er præsteret en investering i at gøre den grænseflade, ved hjælp af hvilken disse oplysninger lægges frem for omverdenen, så indbydende som muligt, kan i den forbindelse ikke tillægges vægt, hvis ikke denne kvalitet reflekteres i søgemulighederne, jf. Schönning a.st. Kriteriet knytter sig alene til datasamlingens kvalitet, ikke til dens layout.

Den autoritative fortolkning af begrebet vil i sidste instans henhøre under EF-domstolen. I en præjudiciel forelæggelsessag må det formodes, at EF-domstolen vil skele til det retspolitiske formål, man tilsigtede med direktivet, nemlig at opnå et alternativ til den ophavsretlige beskyttelse i tilfælde, hvor omfattende investeringer i udvikling af informationssamlinger ellers ville være ubeskyttede. Sådanne informationssamlinger vil nemlig i sig selv mangle »originalitet« pga. deres komplette karakter. Ligeledes er det tænkeligt, at domstolene vil tillægge de konkurrenceretlige implikationer af at tillade, eller afvise, ret til linking betydelig vægt.

Er linking omfattet af databaseværnet? Lægges det imidlertid til grund, at en hjemmeside opfylder de kvalitative og kvantitative investeringskrav, der bringer den inden for databasebeskyttelsen, kræves det yderligere, at databasen udnyttes på den i bestemmelsen angivne måde. Efter §71 kan dette ske på to måder.

Stk. 1-beskyttelsen: Ifølge stk. 1 har fremstilleren af (bl.a.) en database (og herunder en hjemmeside, der beskyttes efter §71) eneret til at råde over databasen som helhed eller en

væsentlig del deraf, ved at fremstille eksemplarer af den og ved at gøre den tilgængelig for almenheden. Igen opstår de tre spørgsmål, som gav anledning til tvivl i relation til reglerne om eksemplar fremstilling, nemlig i relation til undersøgelseshandlinger, indeksering og den løbende tilvejebringelse af søgemuligheder i robotten.

Når det gælder det redaktionelle forberedelsesarbejde er man klart uden for §71. De eksemplarer, der fremstilles i den forbindelse, vil alene udgøre repræsentative udpluk af basen og altså ikke hele basen eller »en væsentlig del deraf«.

Med hensyn til den efterfølgende indeksering ledes man tilbage til de overvejelser, der ovenfor under 3. førte frem til konklusionen om, at sådanne eksemplar fremstillinger ikke kunne anses for retsstridige. Dette skyldes, at §71, stk. 5, udtrykkeligt henviser til §36, stk. 2, der fastslår, at den, der har ret til at benytte en database ganske som brugeren af et program eller et litterært værk i digital form »må foretage sådanne handlinger, som er nødvendige for, at den pågældende kan få adgang til databasens indhold og gøre normal brug af dette«. Der henvises således til betragtningen ovenfor om, at en ophavsretlig eneret til en sådan undersøgelse og indeksering ville være ensbetydende med, at enhver brug af generelle søgerobotter på nettet ville være retsstridig, hvilket på afgørende vis ville ændre de almindelige forudsætninger, der utvivlsomt hersker for adfærd på nettet.

Derimod ligger det nogenlunde fast, at man ved at stille søgemuligheder til rådighed for almenheden gennem en søgerobot ikke bevæger sig inden for området af stk. 1. Søgerobottens funktion er jo netop ikke at kopiere hele basen, men derimod at give brugeren en enklere adgang til selv at finde frem til og kopiere udvalgte dele af den. Dermed samler opmærksomheden sig om bestemmelsens andet stykke.

Stk. 2-beskyttelsen: Ifølge stk. 2 er der derudover beskyttelse for så vidt udnyttelsen består i » . . . en eksemplar fremstilling eller tilgængeliggørelse for almenheden af uvæsentlige dele af indholdet . . . som foretages gentagne gange og systematisk, såfremt de nævnte handlinger kan sidestilles med handlinger, der strider mod en normal udnyttelse af de pågældende arbejder, eller som skader fremstillernes legitime interesser urimeligt«.

Objektivt set må det antages, at den linking, der foretages fra en søgerobot (uanset om denne er generel eller målrettet som en intelligent agent), falder inden for den del af beskrivelsen, der taler om en gentagen og systematisk brug af uvæsentlige dele af den linkede database (nemlig de enkelte oplysninger). Det er netop søgerobottens hovedfunktion at foretage en sådan systematisk gennemsøgning af de sider, hvortil der robotteres. Det springende punkt er derfor, om denne anvendelse kan siges at udgøre en »normal udnyttelse« eller »skade fremstillernes legitime interesser urimeligt«, jf. §71, stk. 2, 2. pkt. Vurderingen af dette spørgsmål falder i hovedsagen sammen med den god skik-vurdering, der f.eks. anlægges efter mfl. §1. Herom i det følgende.

## 5. God skik-betragninger

Som nævnt flere gange i det foregående beror svaret på de centrale spørgsmål om retten til at linke og robottere hjemmesider på betragninger om god skik, der i større eller mindre omfang korresponderer med generalklausulen i mfl. §1. Det er almindeligt antaget, at

begrebet »god markedsføringssskik« bl.a. kan ramme efterligning, snyltning og anden udnyttelse af andres indsats, jf. Koktvedgaard: Lærebog i konkurrenceret (1997), s. 252 ff. og 323 f. Ved fastlæggelsen af denne beskyttelses omfang spiller immaterialretlige betragtninger ind. Det kræves således, at snyltningen retter sig imod en frembringelse, der har et vist særpræg og er resultatet af en selvstændig indsats krav, der som nævnt ovenfor genfindes i §71, stk. 2, sammenholdt med stk. 1.

I denne afvejning er det nødvendigt at sondre mellem forskellige typer af formål med en robottering eller linking. Groft sagt kan man på den ene side udskille den linking og robottering, der søger at understøtte en konkurrerende virksomhed, og dermed søger at fjerne omsætning fra informationsleverandøren, og på den anden side den, der understøtter virksomhed af anden art, f.eks. ved at skabe trafik på egne hjemmesider for dermed at kunne opnå indtjening ved salg af banner-annoncering eller anden afledt forretning.

Formidlingsvirksomhed: Til illustration af første gruppe kan nævnes de meget besøgte hjemmesider, der efter forskellige forretningsmæssige principper formidler en forretningsmæssig kontakt, f.eks. stillingsannoncer, uden selv at markedsføre ydelser af den pågældende art. Når en sådan tjeneste finansieres ved banner-annoncering, vil dens levedygtighed stå og falde med, at brugerne rent faktisk lægger deres søgninger på hjemmesiden og dér eksponeres for de forskellige reklamer: Man sælger jo ikke andre ydelser. Med nutidens intense fokus på reklameeksponering må der i dag antages en vis retsbeskyttelse af denne eksponering. En robottering mod en sådan side, der i væsentligt omfang reducerer denne eksponering, må derfor anses for at være en snyltningshandling, der strider mod mfl. §1. Forholdet kan nærmest beskrives således, at robotten tilegner sig den modydelse (i form af annonceeksponeringen), som indehaveren af den robotterede hjemmeside med rimelighed kunne forvente til gengæld for sin investering med hjemmesidens opbygning og markedsføring.

Hjemmesider med salg af egne ydelser: Problemet er omvendt, når hjemmesidens formål er at sælge ydelser, som dens indehaver selv markedsfører, f.eks. fast ejendom. Her er det forholdsvis klart, at der ikke foreligger nogen snyltning: Resultatet af en søgning på den intelligente agent er jo netop, at brugeren ledes hen til den, der har varen til salg, hvilket i givet fald kan resultere i en handel til fordel for denne. Som udgangspunkt må det antages, at en sådan linking og robottering ikke er i strid med god Internet-skik (som praksis synes at tegne sig i dag) i almindelighed og god markedsføringssskik i særdeleshed, jf. ligeledes bemærkningerne under 2. Problemet med bannerannoncering har her begrænset betydning. En hjemmeside, der understøtter markedsføring af de ydelser, sidens indehaver udbyder, vil sjældent indeholde bannerannoncer for andre udbydere. Derfor opstår der ikke noget problem om beskyttelse af bannerannonceringerne.

Alligevel har visse, større mæglerfirmaer, modsat sig robottering af deres hjemmesider, muligvis ud fra en interesse i at holde markedets opmærksomhed fokuseret på deres, men ikke på andre ejendomsudbydernes hjemmesider. En sådan interesse i at holde andre ude af et marked kan ikke betegnes som »legitim«, sml. om konkurrencebegrænsende aftaler konkurrencelovens §6, stk. 2, nr. 2. Det kan i den forbindelse nævnes, at §5a i lov om omsætning af fast ejendom nu giver Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hjemmel til

medmindre andre gør det at oprette et søgesystem med central indgang til alle ejendomme, der udbydes via et offentligt tilgængeligt elektronisk medie.

Man kan overveje, om dette udgangspunkt bør fraviges i relation til intelligente agenter, ud fra den betragtning, at der kan opstå risiko for vildledning i det tidsrum, der går mellem sidens opdatering og robotens seneste indeksering. Når dette argument vurderes, må det tages i betragtning, at en sådan tidsforskydning er sædvanligt forekommende for alle søgerobotter på nettet. Søgerobotter fungerer ved på forhånd at have indekseret en række oplysninger, som herefter trækkes ned, og der vil derfor altid forekomme en tidsforskydning. Hvis man i øvrigt antager, at søgerobotter tjener en nyttig funktion til understøttelse af søgninger på Internet og denne opfattelse er vistnok den almindelige kan problemet derfor omformuleres til et spørgsmål om forbrugeroplysning: I det omfang denne viden ikke er almindeligt kendt, bør udbyderen af en sådan tjeneste sørge for, at den meddeles tydeligt, og helst på det skærmbillede, hvorfra søgningen gennemføres.

Nyhedsvirksomhed: I modsætning til de netop nævnte tilfælde står salg af information, f.eks. i form af nyheder. Disse tilfælde kendetegnes ved på den ene side at udgøre et produkt, der sælges af virksomheden (f.eks. et dagblad), men ved på den anden side at have flygtig karakter, idet informationen konsumeres i og med søgningen. Vurderingen af tilladeligheden af et informationsmæssigt genbrug påvirkes her af visse almene hensyn til den almindelige informationsstrøm i samfundet. Synspunktet er vel nærmest det jf. således også det foran under 2. nævnte forlig i den såkaldte Shetlands Times-sag at den, der vælger at lægge en nyhed ud på nettet, til en vis grad må acceptere, at nyheden fatter andres interesse, men at nyhedens ophavsmand på den anden side også må have en berettiget interesse i at andre nyhedsformidlere ikke giver nyheden videre som sin egen. I retspraksis har spørgsmålet om lovligheden af elektroniske søgetjenester været prøvet ved en enkelt lejlighed. Ved Højesterets dom om On-line avisen, U 1987.882 H, blev det fastslået, at en elektronisk database med korte ekstrakter af dagbladenes nyheder, som kun i begrænset omfang indeholdt egentlige citater, hverken krænkede ophavsretten til dagbladsartiklerne eller indebar en uberettiget snyltning, jf. mfl. §1. Højesteret tilslutter sig her de præmisser, Sø- og Handelsretten havde lagt til grund for sin afgørelse. I denne rets præmisser siges det således, at tjenesten » . . . ikke kan antages at have tilsigtet konkurrence med dagbladene og findes i hvert fald ikke at have kunnet påføre dagbladene konkurrence af nogen betydning. En orientering om, hvad der findes af stof om forskellige emner i dagens aviser, kan utvivlsomt være af interesse og dermed have et rimeligt formål.«

Man kan nok have sine tvivl om, hvorvidt afgørelsen foregriber den hensynsafvejning, der vil gøre sig gældende i det moderne netværkssamfund. Modsat forholdene i midten af 1980'erne, hvor On-line avisen blev skabt, er de større aviser nu selv gået på nettet, hvor de står i direkte konkurrence med sådanne tjenester. Denne del af Højesterets begrundelse er derfor ikke længere dækkende. Omvendt ligger det også klart, at den konkurrence, der således udøves, i vid udstrækning accepterer, at der linkes og robotteres: Man kan jo også linke til det øverste niveau af den elektroniske avis, hvilket som udgangspunkt ikke kan være retsstridigt. I nogle tilfælde sker en linking til mere målrettede informationsmængder efter aftale (uden at der tegner sig noget klart billede af, hvorfra og -til pengestrømmene i givet fald går), i andre tilfælde foreligger sådanne aftaler ikke. Praksis er formentlig i bevægelse. Det eneste, man formentlig kan sige i dag, er, at

man ved dyb linking i almindelighed må respektere den bannerannoncering, der fremtræder på den konkurrerende informationsleverandørs side, eller hvor en sådan ikke findes sikre sig, at det gøres klart over for den indirekte bruger, hvordan den autentiske informationsmængde ser ud, og hvem der er den autentiske nyhedsformidler.

Framing: Med denne konklusion er det også forudsat, at det ikke er lovligt at linke dybt til en side således, at det kun er enkelte informationselementer herfra, der trækkes over i en anden side. Har B således placeret et fotografisk billede på sin hjemmeside, må A ikke foretage en link isoleret hertil, hvorved billedet trækkes ind som sådant, uden at brugeren af A's hjemmeside er i stand til at se, at billedet reelt er udvirket ved en framet request mod billedet på B's side. En sådan handling må reelt sidestilles med en eksemplar fremstilling af billedet udvirket af A til et formål, der ikke har hjemmel i ophl. §36, stk. 1, nr. 1, og ikke A's bruger, jf. bemærkningerne ovenfor under 3.b. om framing.

Særligt om disclaimere: At en informationsleverandør indsætter disclaimere, der forbyder linking eller formidling af oplysninger, kan ikke tillægges betydning. En sådan, ensidig, meddelelse er ikke i sig selv aftaleskabende og vil således alene i mangel af en immaterialretlig beskyttelse, jf. bemærkningerne ovenfor kunne tillægges retsvirkning, i det omfang den pågældende anvendelse er retsstridig på andet grundlag (f.eks. som stridende mod reglerne om god markedsføringsskik). Der er i øvrigt næppe grund til at antage, at denne praksis for indgåelse af aftaler om linking vil blive særligt udbredt. I kraft af det kontraktforhold, linkerens derved bringes i over for den part, der linkes til, vil retten til at linke stå og falde med, at kontraktforholdet består. Bringer den linkede part kontraktforholdet til ophør, vil det være vanskeligt for linkerens at gøre gældende, at retten til at linke bestod uafhængigt af aftaleforholdet.

## 6. Konklusion

Redegørelsen ovenfor har vist, at lovligheden af hypertextlinking og robottering på Internet må tage udgangspunkt i vanskelige ophavsretlige afgrænsninger, der trods deres kompleksitet ikke kan siges at være fremmede for de begrebsafgrænsninger, der i øvrigt indgår i ophavsrettens system. Det er bl.a. afgørende, hvornår disse teknikker resulterer i eksemplar fremstillinger, og hvornår sådanne eksemplarer er nødvendige, jf. ophl. §36, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 3. Hvor de første spørgsmål lader sig afgøre nogenlunde klart gennem en juridisk-teknisk analyse, beror svaret på det sidste på, hvad man til enhver tid vil karakterisere som »god praksis« på nettet. Efter den opfattelse, der må anses for fremherskende i dag, som til en vis grad har støtte i litteraturen, og som i øvrigt bæres af konkurrenceretlige hensyn, må det konkluderes, at dyb linking og robottering, der sker med respekt for rettighedshaverens loyale interesser i bannerannoncering og afsætning af egne net-ydelser, formentlig er lovlig. Almindelig linking til en sides øverste niveau er som altovervejende udgangspunkt lovlig (når selve brugen af den pågældende hjemmeside ikke i øvrigt er i strid med andre, herunder strafferetlige regler).