

# Spørgsmål 3

## Medvirken til krænkelse på internettet

Pensum: IT-retten, 2. udg. kap. 17

### Indledning

---

#### Værker

Stort set alt hvad der findes på nettet, kan være omfattet af ophavsret.

§ 1

- Litterære
  - Stort set alle hjemmesider indeholder tekst, der højest sandsynligt ophavsretligt beskyttet.
  - Edb-programmer, herunder f.eks. inlejret kode i hjemmesiden (javascript, java, activex, flash)
- Kunstneriske
  - Billeder, film, musik osv.
- Værkskrav
  - Menneskeskabt
  - Originalt
    - ”egen intellektuelle indsats”
    - Et krav om at man selv har skabt det, der skal være valgfrihed/kreativitet.
    - Meget mildt krav → stort set alt er omfattet (Langelinie bestikket)

#### Naboretlige ”værker”

Hvis originalitetskravet ikke er opfyldt, kan der være tale om beskyttelse efter kap. 5.

#### Rettigheder

Økonomiske rettigheder - § 2

- Eksemplarfremsstilling
- Tilgængeliggørelse – Spredning, visning og offentlig fremførelse

Ideelle rettigheder - § 3

- Faderskabsretten
- Respektretten

#### Indskrænkninger

De sædvanlige indskrænkninger finder anvendelse, jf. kap. 2.

Særligt § 12, stk. 2, nr. 5. Digitale kopier til personligt brug.

#### Sanktioner

- Fogedforbud
- Beslaglæggelse
- Inddragelse / tilintetgørelse
- Straf
- Erstatning / godtgørelse

## Aktører

Indholdsleverandøren ↔ ISP ↔ Brugere

Indholdsleverandøren kan f.eks. være indehaver af hjemmeside, serveransvarlig, softwaretjenester m.m.

## Normalsituationen

Ved oprettelse af hjemmesiden gøres værket tilgængeligt for almenheden.

Når en bruger kigger på hjemmesiden sker

- Midlertidig eksemplarfremsstilling i ISP'ens netværk.
- Midlertidig eksemplarfremsstilling på brugerens computer (RAM + browser-cache).
- Fremførelse / visning.

**Hjemmel** hertil findes som udgangspunkt i § 11a, for så vidt der er tale om lovlige eksemplarer, jf. § 11, stk. 3.

## Medvirkensansvar

Straffelovens § 23: Ansvar for ved tilskyndelse, råd eller dåd at medvirke til gerningen.

## Ansvar for indholdsleverandøren – ICP'en

---

### Upload af materiale

Upload af materiale udgør en selvstændig eksemplarfremsstilling.

Desuden vil der være tale om tilrådighedsstillelse for almenheden (offentlig fremførelse), jf. § 2, stk. 4, nr. 1.

- Uploaderen medvirker således også til brugerens eksemplarfremsstilling.
- U 2005.60 V – DivXit
  - Uploading af undertekster er selvstændig eksemplarfremsstilling.
  - Samt medvirken til andres eksemplarfremsstilling.

### Links til ulovligt materiale

Peger et link på ulovligt tilgængeliggjort materiale, vil der kunne være tale om medvirken, jf. STRL § 23.

I forhold til uploaderen

- Medvirken til offentlig fremførelse, i forhold til ham der ligger materialet tilgængeligt.
  - Eksemplarfremsstillingen han intet med selve linket at gøre, og er typisk klaret inden linket etableres. Således kan der ikke medvirkes hertil efterfølgende.
  - Tilgængeliggørelse må dog anses for en **tilstandsforbrydelse**, der varer så længe værket er offentligt tilgængeligt.

I forhold til brugeren

- Medvirken til eksemplarfremsstilling, såfremt brugeren gemmer værket.
- Brugeren kan ikke foretage privat kopiering **til personligt brug**, jf. § 12, da dette kræver **lovligt forlæg**, jf. § 11, stk. 3.

### Mp3-sagerne

- U 2001.1572 V – DK mp3-sag
  - Der var etableret direkte links til mp3-filer, fra en knægts hjemmeside.
  - Retten fastslog at linkningen måtte **”sidestilles” med offentlig fremførelse**.
- SE:
  - Retten udtalte meget vagt at der enten var tale om **offentlig fremførelse eller medvirken** hertil.
- NO:

- Retten fastslog klart og præcist at deeplinking **ikke udgør selvstændig offentlig fremførelse**, men at der var tale om medvirken.

#### U 2005.60 V – DivXit

- Kontaktformidlingen mellem brugerne udgår medvirken.

### Almindelig ”bruger”

Det giver ikke anledning til tvivl at brugeren foretager ophavsretskrænkelser i form af eksemplar fremstilling, hvis han downloader materiale uden ophavsmandens samtykke.

Privat eller personligt brug, jf. § 12, finder ikke anvendelse, da der kræves lovligt forlæg, jf. § 11, stk. 3.

Deler brugeren selv filer vil der være tale om offentlig fremførelse, (samt medvirken til eksemplar fremstilling).

## Internetudbyderen – ISP'en

---

Objektivt foregår der en eksemplar fremstilling i ISP'ens netværk når data transporteres fra knudepunkterne på internettet.

Med infoc-direktivet er det klart at også disse eksemplar fremstillinger er omfattet af eneretten i § 2.

- Som redning blev indført en indskrænkning ved § 11a.

### Midlertidig eksemplar fremstilling – § 11a

Flygtige kopier i netværk må fremstilles.

Er der tale om ulovligt materiale (dvs. uden samtykke fra ophavsmanden) finder § 11a dog ikke anvendelse.

- Indskrænkninger i kap. 2 finder kun anvendelse hvis **lovligt forlæg**, jf. § 11, stk. 3.
- => ISP foretager således objektivt en krænkelse af ophavsretten, jf. § 2.

### Ansvarfrihed efter e-handelsloven

- E-handelsloven § 14-16 : Ansvarsfritagelse (strafferetligt og civilretligt/ erstatningsretligt ansvar) for formidlere af retsstridig information.
- E-handelsloven regulerer *ikke*, hvornår formidlere m.fl. *er* ansvarlige, dette reguleres af almindelige strafferetlige og erstatningsretlige regler om medvirken.
- E-handelsloven gennemfører direktivet om elektronisk handel fra 2000.
- E-handelsdirektivets artikel 15: Ingen almindelig undersøgelses-/ overvågningsforpligtelse.
  - Medlemsstaterne må ikke ”pålægge tjenesteyderne en generel forpligtelse til at overvåge den information, de fremsender eller oplagrer, eller en generel forpligtelse til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed....”

### Ren videreformidling – ansvarsfri EHL § 14

I E-handelslovens § 14 er ISP'er fritaget for ansvar, hvis de ikke tager initiativ, ikke bestemmer modtageren, og ikke ændrer i den transmitterede data.

- Der kan således ikke gøres et straffeansvar eller erstatningsansvar gældende vedrørende krænkelse der sker i deres netværk.

### Fogedforbud

Ansvarsfrihed medfører dog ikke at der ikke sker en krænkelse.

Infoc-direktivets art. 8 (?) angiver at dette ikke er til hinder for at der kan nedlægges fogedforbud mod ISP'en, med krav om at blokere forbindelsen til krænkeren.

- U 2006.1474 H – TDC-sagen
  - TDC's transmission indebærer objektivt set en krænkelse af ophavsrettighederne, jf. OPHL § 2, stk. 1 og 2.

- Der er i dommen enighed om, at TDC er ansvarsfri, jf. E-handelslovens § 14.
- Ansvarsfriheden iht. E-handelsloven hindrer ikke nedlæggelse af forbud mv. (jf. forarbejderne til E-handelsloven)
- Det indgik i proportionalitetsvurderingen at efterlevelse af forbudet kun var muligt ved generelt at kræve afbrydelse af internetforbindelsen for ejerne af serverne, men da der ikke var reel risiko for at TDC ville pådrage sig erstatningsansvar og da forbudet ikke ville stå i åbenbart misforhold til rettighedshavernes interesse skulle forbudet opretholdes.
  - Også lovlig trafik berøres!
- AllofMP3.com
  - Nedlæggelse af fagedforbud.
- The Pirate Bay – sagen
  - Fagedforbuddet er stadfæstet i Østre Landsret, og sagen forventes om muligt indbragt for Højesteret.
  - Problemet er forskellige fortolkninger af infosoc-direktivet i f.eks. Sverige og Danmark.
    - Mere præcist om der kan kræves lovligt forlæg, jf. § 11, stk. 3.

### **Editionspligt**

Der er mulighed for at give pålæg om udlevering af kundeoplysninger ved isoleret bevisoptagelse.

- Desuden telelovens § 15c.

### **Caching – EHL § 15**

Det er lovligt at stille en proxy-server på et kommercielt netværk.

### **Hosting – EHL § 16**

Afsenderen har anmodet formidleren om at oplagre information, hvilket ikke er tilfældet ved caching, hvor det er formidleren selv, der vælger hvilken information denne vil oplagre.

- Hvis tjenesteyderen skal være ansvarsfri skal følgende være opfyldt:
- 1. Formidleren må ikke have kendskab til den retsstridige information. jf. Stk. 1, nr. 1.
  - Strafferetligt: Positiv viden om et retsstridigt forhold fører til straf.
  - Der kan ikke straffes ved simpel eller grov uagtsomhed
  - Erstatningsretligt: Formidleren kan også blive erstatningsansvarlig ved grov uagtsomhed (formidlerens burde-viden), men der er ikke en generel overvågningsforpligtelse for udbyderen.
- 2. Formidleren skal straks tage skridt til at fjerne den retsstridige information eller hindre adgangen hertil så snart formidleren får kendskab til den retsstridige information.

Formidleren kan ikke påberåbe ansvarsfrihed for hosting af retsstridigt materiale, når afsenderen handler under formidlerens ”myndighed” eller ”kontrol” jf. stk. 2.

- Dette sikrer, at det ikke er muligt for formidleren ansvarsfrit at indgå et samarbejde med afsenderen om hosting af retsstridigt materiale.

### **Forholdet mellem E-handelslovens § 16 og e-handelsdirektivets artikel 15?**

Efter art. 15 kan der ikke pålægges *generel* undersøgelsespligt.

EHL § 16 er ikke i modstrid hermed.

- Tjenesteyderen har alene pligt til at foretage skridt hvis man *konkret* er blevet opmærksom på et muligt retsstridigt forhold.

### Systemudvikleren – tjenesteyderen

Det er terminologisk ukorrekt at kalde en udbyder af en hjemmeside for ”systemudvikler”.

- Viser blot juristers manglende indsigt i den tekniske verden.
- Systemudvikler bør bruges om den eller de personer der *udvikler* edb-programmet eller systemet.
- Der bør sondres mellem udvikler af software og udbyder af tjeneste.
- Disse behandles dog under et indtil videre.

### Overordnet

Ved at stille en service eller et program til rådighed der kan anvendes til krænkelse af ophavsrettigheder, risikerer ”systemudvikleren” et medvirkensansvar for de krænkende handlinger.

Objektivt set er der i P2P fildelingen ikke tale om at systemudvikleren foretager kopiering.

- Anderledes hvis filerne skal igennem dennes server, eller ligger tilgængeligt der.
- Spørgsmålet er i hvilket omfang systemudvikleren har en handlepligt.
  - Der kan blive tale om passiv medvirken. Der skal foreligge skærpede omstændigheder.

### Kriterierne

Der skal være **påvist en krænkelse** hos brugerene.

- Denne betingelse er åbenlys. Hvis ingen krænkelse => ingen medvirken.

Systemudvikleren skal være i **ond tro** om at systemet bruges til krænkelse.

- Ond tro vurderingen kan skærpes af antallet af ulovligheder der foretages ved brugen heraf.
- Er der sket direkte påskyndelse og opfordring til krænkelse er ansvaret åbenbart.
  - U 2005.60 V – DivXit
    - Gut opretter et forum på nettet, hvor brugere kan komme i kontakt med hinanden og udveksle film.
    - Ingen film på selve forumet, men et par undertekster kan hentes direkte.
    - Forklarer hvorledes film kan laves om til DivX, samt opfordrer hertil.
    - Tilbyder desuden at foretage kopieringen, mod betaling af udgifter hertil.
    - Klart medvirken. Dommens rækkevidde kan diskuteres.

Systemudvikleren skal have haft mulighed for at **standse krænkelse**erne.

- Vildt krav.
- Mange domme fra udlandet, Grokster, Kazaa (Australien), Taiwan, Korea, Japan opstiller dette krav.
- Kazaa (Norge) er en klog dom, der rigtigt og korrekt finder at et sådant **filter er umuligt at lave**.
- Ansvarfraskrivelse i licensvilkår er ikke tilstrækkeligt
  - Når der er positiv viden om at krænkelse sker bør der i det mindste forsøges inden for muligheden at stoppe den ulovlige brug.

Systemudvikleren skal have bidraget til krænkelsen.

- Altid opfyldt, da han enten har lavet programmet, eller sat tjeneste til rådighed.

Skærpende omstændighed hvis han har **profit** ved krænkelse

- Helt oplagt.
- Fastslået ved de fleste udenlandske sager.

Jo tættere systemudvikleren er på brugeren, desto større sandsynlighed er der for handlepligt.  
Er systemets formål at krænke, vil et medvirkensansvar være oplagt.

Hvorfor er der endnu ikke rejst sag mod **BitTorrent** systemudvikleren ?

- Måske netop fordi der ikke er tale om profit.
- Filter er umuligt at lave.
- Teknologien kan anvendes til meget andet end krænkelser.
- Teknologien er OpenSource og det er umuligt at føre kontrol om netværket.

## **Ophavsrettens håndhævelse. Sanktioner**

---

### **Fogedforbud – Retsplejelovens kapitel 57 (§§ 641 ff.)**

- Pålæg om at ”undlade handlinger, som strider mod rekvirentens ret”.
- Sikkerhedsstillelse for den ”skade og ulempe, som kan påføres rekviritus ved forbuddet”, jf. § 644.
- Justifikations sag inden 14 dage, jf. § 648.
- Eksempler: U 1993.17 H (tipsdommen) og U 2006.1474 H (TDC) MBA s. 331 ff.

### **Beslaglæggelse / Bevissikring**

- ”Rørligt gods”, jf. . RPL § 645, stk. 2.
- Bevissikring ved RPL kap. 57a
  - Eksempel: U 2002.1065 V (MBA s. 338 ff.)
    - Tillod fogedforretning hos en 14-årig mhp. På bevissikring. Den 14 årige havde deltaget i netparty med 300 andre, og det fandtes sandsynliggjort at han i ikke ubetydeligt omfang havde foretaget ulovlig kopiering.

### **Inddragelse/tilintetgørelse – OPHL § 84**

- F.eks. slette de ulovlige filer.

### **Straf – OPHL §§ 76-80**

- OPHL § 76, stk. 1: Bødestraf ved forsæt eller grov uagtsomhed.
- OPHL § 76, stk. 2: Fængsel i op til 1½ år (medmindre højere straf iht. straffelovens § 299b)
  - Betingelser: Forsæt + ”skærpende omstændigheder”, f.eks.:
    - Erhvervsmæssig overtrædelse.
    - Betydeligt antal eksemplarer (ulovlig eksemplarfremstilling og spredning).
    - Tilrådighedsstillelse on demand, jf. § 2, stk. 4, nr. 1, 2. led.
- Straffelovens § 299b
  - Fængsel indtil 6 år, hvis særlig grov karakter.

### **Erstatning/godtgørelse**

- OPHL § 83, stk. 1: Erstatning for økonomisk skade, som ophavsmanden har lidt.
  - Forsætlige + uagtsomme overtrædelser af §§ 76 og 77.
- Udmåling af erstatning iht. § 83, stk. 1:
  - Rimeligt vederlag for udnyttelsen (stk. 1, nr. 1).

- Det rimelige vederlag for udnyttelsen svarer til **ophavsmandens sædvanlige honorar for retmæssige udnyttelser**.
- Bestemmelsen har karakter af en **minimumkompensation**. Den sikrer en rimelig godtgørelse, hvor bevisbyrden for et lidt tab er vanskelig at løfte.
- Ved beregning af vederlagets størrelse forsøges der at tage **udgangspunkt i en fiktiv aftale mellem parterne**.
  - Efter en betragtning om hvad de ville have aftalt. Der er ikke tale om en erstatning,
  - Princippet i KBL § 5 kan ikke direkte overføres.
  - Dette medfører at det forbedret retstilling for krænkeren. Efter KBL § 5, skal erhververen betale hvad der forlanges så længe det ikke er ubilligt. Efter § 83, stk. 1, nr. 1 skal ”erhververen” alene betale hvad der er rimeligt.
- Eksempel: U 1999.326 Ø – Microsoftkopierne
  - (mat.saml. s. 14 ff. + MBA s. 334, 334 og 336)
- Erstatning for *yderligere* skade (stk. 1, nr. 2).
  - Eksempler:
    - U 2001.1572 V – MP3-filerne (mat.saml. s. 18 ff. + MBA s. 325, 334, 335, 660 og 728)
    - U 2005.60 V – DivXit (mat.saml. s. 26 ff. + MBA s. 325, 334, 335, 336 og 338)
  - MBA s. 333 ff. + mat.saml. s. 164-165.
- OPHL § 83, stk. 2: ”Ved fastsættelse af erstatning efter stk. 1, nr. 2, skal der tages hensyn til bl.a. den forurettedes tabte fortjeneste og krænkerens uberettigede fortjeneste”.
  - Tilfælde, hvor krænkerens vinding er større end rettighedshaverens tab?
- **OPHL § 83, stk. 3: Godtgørelse for ikke-økonomisk skade.**

## Påtale

- Den forurettede påtaler krænkelse, jf. OPHL § 81, stk. 1.

## Bevisbyrden

- **ØLD af 5. september 2008**
  - <http://www.scribd.com/doc/5627278/ifpidom050908>
  - Spørgsmål om erstatningsansvar for ophavsretlige krænkelse vha. fildelingssystem.
  - Det påhviler ikke indehaveren af en trådløs internetforbindelse at bevise, at han/hun ikke har begået ophavsretlige krænkelse.
  - Ikke præsumptionsansvar, og rettighedshaverne havde ikke ført bevis for culpa.
  - **Sml. telesex-tjenester: Der må ikke udsendes faktura alene på grundlag af vis nummerfunktion, <http://www.forbrug.dk/nyheder/pressemeddelelser/pressemeddelelser-2005/19/>**