

Ophavsretlige problemstillinger i forbindelse med Internettet

Pensum: Immaterialret, 1. udg, Schovsbo og Rosenmeier

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

- Eksemplar fremstilling
- Spredning
- Visning
- Offentlig fremførelse

Ideelle rettigheder - § 3

- Faderskabsretten
- Respektretten

Indskrænkninger

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

Aktører

Serviceudbyder ↔ ISP ↔ Brugere

Serviceudbyder 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.

Linking

Problemstillingen

- Er det lovligt at oprette links til andre værker på internettet?
- Sker der derved en eksemplarfremsstilling? fremførelse? evt. medvirker hertil?

Forhåndskonklusion

- Den bedste løsning synes at være at linking ikke udgør en fornyet eller selvstændig fremførelse, uanset linkets form.
- Medvirkensansvar ved ulovligt materiale, MFL § 1 og respektretten i OPHL § 3, stk. 2, synes at give tilstrækkeligt værn mod uberettiget linking.

Referencelinks

Det er fast antaget at det er lovligt at **linke til forsiden** af en hjemmeside.

Deeplinks

Det er omtvistet hvorvidt det er lovligt at linke direkte til undersider på en hjemmeside e.l..

Det må dog fastslås at der rent teknisk ved et link, **ikke kan være tale eksemplarfremsstilling!**

- Teknisk kopieres der ikke noget over på linkerens hjemmeside. Kopiering sker alene hos ISP og bruger.

Spørgsmålet bliver herefter om der ophavsretligt er sket en krænkelse i form af **selvstændig offentlig fremførelse**.

Generelle fortolkningsprincipper

UP: Alt er lovligt

- Ophavsretten er en eneret / monopolret der således **fungerer som undtagelse**.
- Eneret til et fænonem kræver lovhjemmel, og kan ikke støttes på frie overvejelser.
 - => Der bør ikke foretages analogislutninger.
 - => Fortolkninger i grænseområder bør være tilbageholdende.
- Infosoc-direktivet angiver at være udtømmende, jf. art. 8.
 - => ingen regulering af links
 - => ingen begrænsninger

Ordlyden af § 2

”fremstille”, ”overføres”, ”gengives”, ”gøres tilgængeligt”

- Synes at give udtryk for aktivitet.
- Links er blot en henvisning, ikke en egentlig aktiv handling.
 - Sprogligt anstrengt at tale om at ”gøre det tilgængeligt for almenheden”.

- => taler således imod at der skulle være en begrænsning af brugen af links.

Konsekvensbetragtninger

Konsekvensen af at linking skulle være omfattet af eneretten vil være **at linking altid vil kræve samtykke**.

- Dette vil gøre internettet situationen idag ulovlig.
- Dette kunne forsøges løst ved indfortolkning af **stiltiende samtykke**.
- Samtykkekonstruktionen vil betyde af en ophavsmand udtrykkeligt kan frabede sig at der linkes til siden!
 - => Ophavsmanden kan ensidigt bestemme hvorvidt det er lovligt at linke til netop hans side.
 - Teknisk er dette umuligt at løse for diverse søgemaskiner.
 - Vil dette pålægge enhver linker at tjekke sine links jævnlige? Hvor ofte?
- Samtykket vil næppe kun indfortolkes i alle situationer.

Retspraksis

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 2003.1063 SH – Newsbooster

- .

Krænkelse af MFL § 1

Spørgsmålet er i markedsføringsretten om linkningen overholder god skik.

- Om den i den konkrete situation er loyal.

Benyttes link for selv at slippe for at lave arbejdet

- f.eks. links til korttjeneste.
- Taler for at linket strider mod MFL § 1.

Er der tale om en helt ny tjeneste

- F.eks. søgemaskiner
- taler for at der ikke strider mod MFL § 1.
 - Særligt hvis der ikke er tale om konkurrerende virksomhed.

En bannerannonce på en hjemmeside er nok til at den ikke længere er privat, men omfattet af MFL.

Embedded links

Hvis der er tale om kommercielle hjemmesider kan der være et markedsføringsmæssigt problem i embedded linking.

I øvrigt kan der være tale om krænkelse af respektretten, jf. § 3, stk. 2.

- Bringes et værk i en sådan sammenhæng ved brug af embedded linking (f.eks. indlejring af et billede) at det krænker ophavsmanden, vil dette være en ophavsretskrænkelse.

Links til ulovligt materiale

Peger et link på ulovligt tilgængeligt 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.

Fildeling

Brugerens ansvar

Det giver ikke anledning til tvivl at brugeren foretager ophavsretskrænkelse i form af eksemplarfremsstilling, 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 eksemplarfremsstilling).

Systemudvikleren og udbyderens ansvar

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**ne.

- 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.

Skærpene 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 krænkelse.
- Teknologien er OpenSource og det er umuligt at føre kontrol om netværket.

ISP'ens ansvar

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

Med infosoc-direktivet er det klart at også disse eksemplarfremstillinger er omfattet af eneretten i § 2.

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

Midlertidig eksemplarfremstilling – § 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.

Ansvarsfri

I E-handelslovens § 14 er ISP'er fritaget for ansvar.

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

Ansvarsfrihed medfører dog ikke at der ikke sker en krænkelse.

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

- TDC-sagen
- 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.

Hvad med indlejret kode på en hjemmeside ?

Da § 11a ikke finder anvendelse på edb-programmer, jf. § 11a, stk. 2, er spørgsmålet hvor ISP'en finder hjemmel til at transmittere hjemmesider indeholdende edb-programmer?

- Javascript, java, activex, flash m.m.
- Svaret er måske § 36 ?
 - Dette er dog ikke sikkert, da § 36 omhandler ”den, der har ret til at benytte” !
 - ISP'en har vel ikke en sådan ret, bare fordi brugeren har det ?
- Svaret kan søges i stiltiende samtykke ?
 - Men hvorfor så overhovedet § 11a ?
 - Er der ikke også stiltiende samtykke til øvrige værker på internettet ?