

Ansvarssubjektet ved krænkelse over internettet

Liability for copyright infringements by the use of the Internet

af JESPER LAURSEN

Specialet indeholder en undersøgelse af torrentfilernes ophavsretslige placering. Igennem en sammenligning med links, har jeg fundet, at torrentfilerne skal anses for værende tilgængelige jf. OPHL § 2, stk. 3, da de stiller værket til rådighed on demand jf. OPHL § 2, stk. 4, nr. 1.

Endvidere har jeg undersøgt, hvem ansvarssubjektet er for krænkelse af den økonomiske eneret jf. OPHL § 2 ved anvendelsen af fildelingstjenester, som anvender BitTorrent-teknologien.

Gennem en undersøgelse af Infosocdirektivet og sammenlignet den danske implementering af direktivet med den svenske har jeg fundet, at det danske krav om lovligt forlæg jf. OPHL § 11, stk. 3, ved den midlertidige eksemplarfremsættelse i OPHL § 11 a er for vidtgående.

Slutteligt er der foretaget en redegørelse af hvilke bestemmelser i e-handelsloven, der er relevante for henholdsvis fildelingstjenesten og for Internet Service Provideren, hvorefter det fastslås under hvilke betingelser, de er ansvarsfrie.

This thesis contains a study of the treatment of torrents within the Danish Copyright Act. By comparing this treatment with deep-links, I found that torrent files are to be regarded as violating paragraph 2, section 3 of the Danish Copyright Act, as they make the copyrighted work available on demand according to the Danish Copyright Act paragraph 2, section 4, no. 1.

I have also studied who is liable for violation of paragraph 2 of the Danish Copyright Act when file sharing services, which use BitTorrent technology, are used.

Through an examination of the Infosoc Directive, and a comparison between the Danish and Swedish implementation of the Directive, I have found that the Danish implementation is incorrect. Finally the provisions in the e-commerce Directive which are relevant to the respective file-sharing service and internet service provider are examined, with a view to determining the extent to which these groups are free of liability.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1. Problemformulering	4
1.1. Afgrænsning	5
Kapitel 2. Hvad er beskyttet?	5
2.1 Det beskyttede objekt	5
2.1.1 Originalitetskravet	5
2.2 Enerettens indhold	6
2.2.1 Eksemplarfremsstilling	7
2.2.2 Tilgængeliggørelse	
Kapitel 3. Torrentfilernes ophavsretlige placering	8
3.1 Indholdet og funktionen af torrentfilerne	8
3.2 Torrentfiler sammenlignet med links	9
3.2.1 Eksemplarfremsstilling	10
3.2.2 Tilgængeliggørelse	11
3.2.2.1 Deeplinks	11
3.2.2.1.1 Retspraksis	11
3.2.2.1.2 Sammenfatning	13
3.2.2.2 Torrentfiler	13
Kapitel 4. Ansvar for krænkelse af den økonomiske eneret	15
4.1 Brugere	15
4.2 Systemudbydere	16
4.3 ISP'erne	17
Kapitel 5. Medvirken til krænkelse af den økonomiske eneret	18
5.1 Medvirken efter straffeloven	18
5.2 Medvirken efter erstatningsretten	19
5.3 Brugere	19
5.4 Systemudbydere	20
5.4.1 Den svenske Pirate Bay-dom	22
5.5 ISP'erne	23
Kapitel 6. Infosocdirektivet	23
6.1 Den danske implementering	24
6.1.1 Lovligt forlæg	24
6.1.1.1 Til privat brug jf. OPHL § 12	24
6.1.1.2 Midlertidig eksemplarfremsstilling	26
6.1.1.2.1 Tre-trins-testen	27
6.1.1.2.2 Formålet	28
6.1.1.2.3 Formuleringen af Infosocdirektivet	28
6.2 Den svenske implementering	30
6.3 Betydningen af de forskellige implementeringer af Infosocdirektivet	31
6.3.1 Fogedforbud	31
6.3.2 Betydningen for ISP'erne og systemudbydere	32
Kapitel 7. E-handelsloven	34

7.1 EU-rettens placering i national ret	34
7.2 Retspraksis	35
7.3 Anvendelsesområdet	36
7.4 Ansvarsfritagelsesbestemmelserne	37
7.4.1 ISP'erne	38
7.4.2 Systemudbyderne	38
7.5 Strafansvar	39
7.6 Erstatningsansvar	39
7.7 Overvågningsforpligtelse	39
Kapitel 8. Konklusion	40
Kapitel 9. Litteraturliste og forkortelser	42

Kapitel 1. Problemformulering

Med den svenske sag mod The Pirate Bay og den danske blokering af www.thepiratebay.org er der skabt fornyet fokus omkring fildelingstjenester. Denne gang er omdrejningspunktet torrentfilerne, som anvendes ved denne nye generation af fildelingstjenester. Inspireret af denne sag omhandler nærværende afhandling ansvarssubjektet for krænkelse over internettet jf. ophavsretsloven (OPHL) § 2 i relation til fildelingstjenester, der anvender BitTorrent-teknologien. Fokus vil ligge på systemudbyderen¹ og internetudbyderen (ISP'eren). Brugere² vil også blive behandlet i det omfang, det har relevans for helheden af afhandlingen.

Da afhandlingen er inspireret af disse sager samtidig med, at de begge er rammende for afhandlingens fokus, vil disse blive inddraget. Trods forskelle mellem landenes lovgivning er inddragelsen af svensk ret relevant henset til den nordiske retsenhed samtidig med, at begge lande har implementeret Infosocdirektivet.

Afhandlingen vil belyse, hvornår man efter dansk ret kan blive gjort ansvarlig for ophavsretskrænkelser af den økonomiske eneret ved brugen af fildelingstjenester. Ligeledes vil den belyse fildelingstjenesternes ansvar for ophavsretskrænkelser af den økonomiske eneret.

Afhandlingens sigte er ikke en redegørelse af sanktionerne, men da fagedforbud spiller en meget central rolle, vil denne blive behandlet i afhandlingen, da en undladelse heraf vil gøre afhandlingen ufuldstændig.

Da denne nye generation af fildelingstjenester anvender torrentfiler, vil afhandlingen tage udgangspunkt i en analyse af torrentfilerne og placere disse ophavsretsligt.

Efterfølgende vil jeg se på mulighederne for at ifalde henholdsvis et direkte ansvar og et medvirkensansvar for krænkelse af de økonomiske enerettigheder jf. OPHL § 2 ved anvendelsen af fildelingstjenesterne, som den danske lovgivning er udformet.

Et centralt problem ved fildeling er eksemplarfremsættelsen i ISP'ernes netværk. Jeg vil derfor undersøge den danske implementering af Infosocdirektivet³ og foretage en sammenligning med den svenske implementering heraf. Indeholdende heri er også min analyse af, hvad den korrekte retsstilling burde være. Undersøgelsen afsluttes med en redegørelse for de konsekvenser forskellen i implementeringen medfører i relation til nærværende afhandling.

Slutteligt vil jeg undersøge mulighederne for, at ISP'erne og fildelingstjenesterne kan være ansvarsfrie efter e-handelsloven⁴ ved fildeling.

Afhandling udarbejdes med udgangspunkt i de danske regler med inddragelse svenske og EU-retlige regler i det omfang, det har relevans.

1 En fildelingstjeneste er også en systemudbyder, hvorfor jeg ikke skelner mellem disse begreber i afhandlingen, da jeg benytter dem som synonyme

2 Jeg vil anvende betegnelsen "peer" frem for "bruger" i det omfang det er mere rammende betegnelse i den konkrete kontekst

3 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet

4 Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel - Lov nr 227 af 22/04/2002, hvormed Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked ("Direktivet om elektronisk handel") er blevet implementeret i dansk ret

1.1 Afgrænsning

Systemudbyderne defineres i nærværende afhandling som BitTorrent indexere. Der vil ikke blive skelnet mellem om systemudbyderen tillige stiller en tracker til rådighed. Ansvar for BitTorrent klienterne vil ikke blive berørt, da afhandlingen udspringer af Pirate Bay-sagen. I denne sag var det nemlig The Pirate Bay, som var sagsøgte og ikke en BitTorrent klient.

Jurisdiktion i forhold til fildelingsproblematikken vil der ligeledes ikke blive redegjort for.

I mine henvisninger til anden udenlandsk retspraksis er formålet ikke udtømmende redegørelse af udenlandsk retspraksis, men har til formål at trække en rød tråd fra den svenske Pirate Bay-dom til den internationale retspraksis. Det er dog klart, at så længe der ikke er tale om EU-rets domme eller danske domme, er der ikke tale om afgørelser, som på nogen måde er bindende for de danske domstole. Desuden er det klart, at de ikke er direkte sammenlignelige henset til, at der er tale om forskellige retssystemer og lovgivning. Formålet er i stedet at gøre opmærksom på nogle tendenser, som ses i den udenlandske retspraksis i sammenhæng med den svenske Pirate Bay-dom.

De retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved at internetudbydere skal repræsentere systemudbydernes interesser ved en fogedretssag, vil ikke blive gennemgået⁵.

Kapitel 2. Hvad er beskyttet?

For at kunne redegøre for ophavsretlige krænkelse via internettet er det en forudsætning kort at redegøre for, hvad der er beskyttet.

2.1 Det beskyttede objekt

Det fremgår af OPHL § 1, stk. 1, at det beskyttede objekt er litterære og kunstneriske værker. Edbprogrammer henregnes til de litterære værker jf. OPHL § 1, stk. 3. Det ses desuden af OPHL § 4, stk. 1, at også bearbejdelser af værker kan være beskyttede.

Der knytter sig to betingelser til beskyttelsen. Den første er en betingelse om originalitet, og det andet er en betingelse om, at der skal være tale om et litterært eller kunstnerisk værk.

At opregningen i OPHL § 1 ikke er udtømmende ses af sætningen ”eller på anden måde”.

2.1.1 Originalitetskravet⁶

At et værk skal opfylde et krav om originalitet kan udledes af ”værk” i OPHL § 1. Hvad der nærmere ligger i denne betegnelse, kan defineres på flere måder⁷. Jeg har valgt at anvende betegnelsen individuel skabende åndsvirksomhed⁸. Det er endvidere ikke selve betegnelsen, som er vigtig, men indholdet heraf.

Indeholdt i originalitetskravet kan opstilles fire betingelser, som skal være opfyldte.

- Individuel frembringelse
- Ikke rent håndværksmæssig
- Ikke rekonstruerende
- Subjektiv nyhed

At der skal være tale om en individuel frembringelse betyder, at visse frembringelser ikke beskyttes.

5 Der henvises til Petersen, Clement Salung: Immaterialrettigheder og foreløbige forbud.

6 Originalitetskravet bliver nogle steder formuleret som et krav om værkshøjde. Indholdet af kravet er dog det samme. Se Madsen, Palle Bo: Markedsret del 3, s. 57

7 Rosenmeier, Morten: Værkslæren i ophavsretten, s. 118-126 diskuterer de forskellige terminologier

8 Betegnelsen anvendes også af Madsen, Palle Bo: Markedsret del 3, s. 57

Dette gælder rene videregivelser af, hvad der betegnes som public domain. Originalitetskravet indebærer desuden, at frembringelsen skal være udtryk for kreativitet fra ophavsmandens side. Virkningen heraf er, at banale frembringelser, som er rent håndværksmæssige ikke nyder ophavsretslig beskyttelse, da de ikke er udtryk for noget kreativt. Resultatet er, at originalitetskravet for visse værkstyper er skærpet. Dette gælder inden for brugkunst og industrielt design, da sådanne frembringelser skal opfylde visse krav, som er fastsatte på forhånd, for at nå deres formål. Dette gør, at valgmulighederne indsnævres, og risikoen for dobbeltfrembringelser stiger. Som følge af dette ses det, at til trods for at beskyttelse kan gives, skal der i disse tilfælde mere til for, at domstolene vil anse værket for krænkelse. Dette vil ofte kun være tilfældet for de nærtgående efterligninger⁹.

Værket skal også have en form for nyhed. Dette betyder, at det skal adskille sig fra det allerede eksisterende, samt at der skal være tale om en subjektiv nyhed. Heri ligger der et krav om, at det for ophavsmanden skal være et nyt værk. Resultatet heraf er, at dobbeltfrembringelser kan forekomme og er beskyttede i så fald, da ophavsretten ikke er en prioritetsret. Kravet er blot, at der er tale om en selvstændig skabende indsats fra ophavsmanden side¹⁰.

Slutteligt skal der være tale om en form for bearbejdelse, som udtrykker noget kreativt, hvorfor rene reproduktioner ikke beskyttes. Frembringelsen må ikke være rent rekonstruerende, da man i så fald ikke kan tale om, at personen selv har skabt frembringelsen¹¹.

2.2 Enerettens indhold

Jeg vil redegøre for indholdet af den økonomiske eneret for herefter at kunne påvise, i hvilket omfang der sker krænkelse af denne gennem anvendelsen af BitTorrent-teknologien.

Rettighedshaverens¹² økonomiske eneret består i eneretten til tilgængeliggørelse og til eksemplar fremstilling jf. OPHL § 2, stk. 1

2.2.1 Eksemplar fremstilling

Eneretten til eksemplar fremstilling består i det indlysende; at fremstille kopier af værket. Der er uden tvivl tale om eksemplar fremstilling, når der downloades en kopi til harddisken eller ved uploading af en fil til en anden server, hvor der i det sidste tilfælde også kan være tale om tilgængeliggørelse, hvis det er muligt for andre at få adgang til filen.

I forbindelse med nærværende afhandling, er det et relevant spørgsmål, hvor bestandig en kopi skal være for, at der er tale om eksemplar fremstilling.

Tidligere har det været genstand for stor diskussion i litteraturen, om de midlertidige eksemplarer, som skabes i ISP'ernes netværk, når denne transmitterer data, kan anses for værende eksemplar fremstilling i ophavsretslovens forstand¹³. Ved ændringen af ophavsretsloven i 1998 fandt man, at sådanne eksemplar fremstillinger måtte falde udenfor eneretten til eksemplar fremstilling¹⁴. Implementeringen af Infosocdirektivet medførte, at man herefter anså enhver eksemplar fremstilling som omfattet af den økonomiske eneret¹⁵. Dette fremgår af Infosocdirektivet artikel 2, som omtaler "enhver" eksemplar fremstilling. Efter implementeringen af Infosocdirektivet definerer OPHL § 2,

9 Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier: Immaterialret, s. 61-65

10 Rosenmeier, Morten: Værkslæren i ophavsretten, s. 91-92

11 Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier: Immaterialret, s. 61

12 Betegnelsen "rettighedshaver" vil blive brugt frem for ophavsmanden, som det er tilfælde i størstedelen af litteraturen, for at opnå den mest præcise terminologi, da indehaveren af de økonomiske enerettigheder ikke altid er ophavsmanden.

13 Andersen, Mads Bryde: IT-retten, s. 306-307

14 Forarbejderne til lov nr. 407 af 26. juni 1998

15 Notat fra Kulturministeriet ophavsretskontor om EU-direktivet om ophavsret – <http://www.kum.dk/sw2567.asp>

stk. 2 således eksemplarfremsstilling som ”enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent, hel eller delvis eksemplarfremsstilling på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form”. Der skal altså ikke meget til, for at der er tale om eksemplarfremsstilling i ophavsretslovens forstand.

Martin Kyst fastslår, at bestemmelsen ”indebærer, at enhver form for eksemplarfremsstilling omfattes af eneretten, også de flygtige og tilfældige fikseringer, der opstår som led i en transmissionsproces, f.eks. via internettet...”¹⁶. Mads Bryde Andersen fokuserer derimod på, hvor varig fikseringen er for derved at kunne konstatere, om der er tale om en eksemplarfremsstilling¹⁷. Men eftersom Infosocdirektivet udtrykkeligt angiver, at selv flygtige¹⁸ eksemplarfremsstillinger er omfattet, mener jeg ikke, at det er nødvendigt at gå yderligere ind i en sådan diskussion, da det må anses for afklaret ved Infosocdirektivet.

Mads Bryde Andersen beskæftiger sig også med det, som han betegner som ”partitioneringsproblemet” i forbindelse med edbprogrammer. Problemstillingen i relation til edbprogrammer er, at der ikke gælder nogen funktionel begrænsning for, hvornår noget er et program eller blot en del af et. Dette betyder, at det kan være svært at klarlægge, hvor stor en del, der må kopieres, inden der er tale om en krænkelse. Problemstillingen er interessant i forhold til BitTorrent-teknologien, da der her sker en overførsel af værket gennem mange små dele. Men eftersom disse til sidst sættes sammen gennem BitTorrent-klienten, så de udgør værket, vil problemstillingen ikke komme op, da man kopierer alle delene af værket. Der vil derfor være tale om en krænkelse af den økonomiske eneret jf. OPHL § 2¹⁹.

Den bredere bedømmelse af, hvornår der foreligger eksemplarfremsstilling, bliver opvejet af Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1 litra a og b, som er implementeret i OPHL § 11 a. Denne bestemmelse indeholder undtagelser til forbudet mod eksemplarfremsstilling.

Bestemmelserne i OPHL § 11 a om midlertidig eksemplarfremsstilling er nødvendig for, at internettet kan fungere. Dette skyldes, at enhver handling på internettet skal igennem computerens ram, for at handlingen kunne udføres. Dette ville, uden undtagelsesbestemmelsen OPHL § 11 a, være tilstrækkeligt til en krænkelse af ophavsretslovens § 2.

Undtagelsesbestemmelsen i OPHL § 11 a har dog en begrænset anvendelse, da Danmark har stillet et krav om lovligt forlæg i OPHL § 11, stk. 3 for, at undtagelsesbestemmelsen i OPHL § 11 a kan finde anvendelse.

2.2.2 Tilgængeliggørelse

Eneretten til tilgængeliggørelse for almenheden jf. OPHL § 2, stk. 3 omfatter tre områder. Disse er spredningsretten, visningsretten og offentlig fremførelse.

Spredningsretten består i rettighedshaverens eneret til at disponere over værkerne. Men når det enkelte værk først er blevet spredt²⁰, foreligger der konsumtion i forhold til det enkelte værk jf. OPHL § 19, og rettighedshaveren mister retten til at råde over eksemplaret, som frit kan spredes videre jf. OPHL § 19. Konsumtion af spredningsretten forudsætter altså et samtykke fra rettighedshaveren. I lyset af nærværende fremsstilling er det dog vigtigt at være opmærksom på, at konsumtion jf. OPHL § 19 kun indtræder ved fysiske eksemplarer, hvorfor reglen ikke finder anvendelse ved digitalt tilgængeliggjorte eller erhvervede værker²¹.

Visningsretten er rettighedshaverens eneret til at fremvise værkerne ved offentlig udstilling og

16 Kyst, Martin: U2001B.305

17 Andersen, Mads Bryde: IT-retten, s. 306-310

18 At også flygtige eksemplarfremsstillinger er omfattet fremgår af betragtning 33 samt artikel 5, stk. 1, da der ikke ville være behov for disse bestemmelser, hvis ikke en sådan flygtig eksemplarfremsstilling blev anses for omfattet af eneretten

19 Andersen, Mads Bryde: IT-retten s. 310, 357-358

20 Det skal være solgt eller på anden måde overdraget til andre med rettighedshaverens samtykke

21 Heine, Kasper m.fl.: Internetjura, s. 406-407

lignende. Denne eneret ophører, når værket er udgivet eller er blevet videreoverdraget jf. OPHL § 20.

Det sidste område består i offentlig fremførelse, hvor OPHL § 2, stk. 4 er en supplerende hertil. Offentlig fremførelse vil være ved koncerter og lignende, men også ved trådløs og trådbunden overføring af værker til almenheden on demand, hvorfor tilrådgivelsesstilling over internettet er omfattet.

Der skal gøres opmærksom på, at både ved visningsretten og retten til offentlig fremførelse er det et krav, at dette sker offentligt, for at bestemmelserne finder anvendelse, og ved spredning at dette er sket til almenheden.

Kapitel 3. Torrentfilernes ophavsretlige placering

For at kunne redegøre for hvordan torrentfiler og fildelingstjenester, som anvender BitTorrent-teknologien, skal bedømmes ophavsretligt, er det nødvendigt først at redegøre for selve torrentfilerne og deres funktion.

Peer-to-peer fildeling består overordnet i, at brugerne stiller en del af computerens ressourcer til rådighed f.eks. plads på harddisken, processorkraft eller netværksbåndbredde. Disse ressourcer bliver stillet til rådighed for de andre brugere af peer-to-peer netværket. Herved adskiller man sig fra det traditionelle netværk, hvor serverne stillede ressourcerne til rådighed, og brugerne brugte disse ressourcer.

3.1 Indholdet og funktionen af torrentfilerne

BitTorrent-teknologien blev opfundet af Bram Cohen i 2001. BitTorrent-teknologien fungerer ved, at brugerne henter en torrent-fil. Denne torrentfil indeholder i sig selv ikke noget, der kan være ophavsretligt beskyttet, men derimod blot en række data, som kan identificere den fil, som brugerne ønsker at downloade²².

I nogle tilfælde indeholder torrentfilen også en tracker, og i andre tilfælde er der tale om en trackerløs torrent.

En tracker er et lille program, som koordinerer fildelingen. Den holder styr på, hvem der har den fil, som man efterspørger, og sætter så brugerne i forbindelse med hinanden, hvorpå de downloader direkte fra hinanden.

Når torrentfilen er trackerløs betyder dette, at hver enkelt BitTorrent klient anvender DHT²³-netværket. Herved fungerer klientprogrammet som en tracker, da det henter information i DHT-netværket om hvilke andre peers, der har den efterspurgte fil og kontakter så disse²⁴. Det er det mest udbredte at anvende trackerløse torrentfiler²⁵, men de kan også anvendes ved siden af trackers til at optimere fildelingen.

Jeg vil ikke i det følgende sondre imellem, om man anvender en tracker eller trackerløs torrent, da jeg ikke mener, at forskellen i den tekniske måde, der bliver skabt kontakt mellem peers, medfører nogen forskel i den ophavsretlige placering af torrentfilerne.

Det samme gælder om fildelingstjenesten stiller en tracker til rådighed eller ej, da det ikke er ved brugen af en tracker, der sker en krænkelse. Denne er blot eller kan være en del af den tekniske måde, hvorpå en torrentfil fungerer. Trackeren forbinder blot torrentfilen med de relevante peers henset til de data, som torrentfilen indeholder. Men den indeholder ingen ophavsretligt beskyttet

22 Trzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten, s. 356

23 Distributed Hash Table

24 For en mere indgående forklaring på trackerløse torrentfiler mv. se <http://torrentfreak.com/bittorrents-future-dht-pex-and-magnet-links-explained-091120>

25 Hansen, Kenneth: Verdens største bittorrent-tracker lukker

data.

Torrentfilen hentes fra en BitTorrent indexer som f.eks torrentz.com, men mange andre hjemmesider tilbyder dette. En sådan indexer laver en liste over torrentfiler, som gør det muligt at søge efter den torrentfil, som man ønsker. Visse BitTorrent hjemmesider, heriblandt The Pirate Bay, er både en BitTorrent indexer og tracker²⁶.

Efter at have downloadet torrentfilen bliver den herefter åbnet i en BitTorrent klient. BitTorrent klienten er det program, som brugerne af BitTorrent-teknologien har installeret på deres computere for at styre deres upload og download²⁷. BitTorrent klienten tager herefter kontakt til trackeren f.eks. The Pirate Bay eller DHT-netværket, og får herigennem kontakt til andre peers, som har den ønskede fil.

Trackeren har oplysninger om, hvem der har hvilke data, hvorefter trackeren sætter brugeren i forbindelse med de pågældende peers, som har de efterspurgte data, hvorpå brugeren begynder at downloade fra disse peers²⁸. Ved anvendelse af DHT-netværket er det BitTorrent-klienten, som tager kontakten til netværket og finder, hvilket peers der har de efterspurgte data.

Først herefter sker der en egentlig deling af ophavsretligt beskyttet materiale, men fildelingen sker kun mellem de forskellige peers.

Peer-to-peer ved hjælp af BitTorrent-teknologien gør, at man ikke henter data fra ét bestemt sted. I stedet downloader man bidder af filen fra mange forskellige steder på samme tid²⁹. Disse bidder af filen downloader man fra andre, som allerede har hentet hele filen og har valgt at lade andre downloade bidder herfra, eller fra andre som også er i gang med at downloade filen, og som allerede har downloadet den pågældende del, hvorpå man automatisk får adgang til denne del af filen³⁰.

I den svenske retssag mod The Pirate Bay bliver det allerede på baggrund af en gennemgang af funktionen og indholdet af torrentfilerne, i stil med den som jeg har gennemgået ovenfor, konkluderet, at der er tale om tilgængeliggørelse³¹. Dette mener jeg ikke er tilstrækkeligt til at bedømme torrentfiler, hvorfor jeg vil foretage en fyldestgørende gennemgang nedenfor.

3.2 Torrentfiler sammenlignet med links

Jeg vil derfor i det følgende redegøre for, hvorfor en torrentfil ophavsretligt skal anses for værende et link samt svaghederne ved denne sammenligning.

Et link kan kort defineres som en henvisning til en hjemmeside, en fil m.v., som aktiveres ved at brugeren trykker på det. En torrentfil kan umiddelbart behandles på samme måde som et link, da torrentfilen, ligesom et link, indeholder information om, hvor brugeren skal ledes hen.

Der findes tre forskellige typer links – referencelinks, deeplinks og embedded links. Embedded links har ikke interesse for nærværende afhandling, da handlingen, som disse foretager, ikke er

26 Mazziotti, Giuseppe: EU Digital Copyright Law and the End-User s. 165 laver dog den fejl ikke at sondre mellem en indexer og en tracker

27 Eksempler på BitTorrent-klienter er ABC, Limewire, mu-Torrent

28 Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06, s. 14-17 og Mazziotti, Giuseppe: EU Digital Copyright Law and the End-User s. 165

29 Det er en fejl, når Hanne Kirk Deichmann i Trzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten, s. 356 skriver, at brugerne henter små bidder af torrentfilerne. Der er tale om, at man henter små bidder af filen, som torrentfilen leder brugeren hen til ved hjælp af torrentfilen. Dette fremgår også af Mazziotti, Giuseppe: EU Digital Copyright Law and the End-User, s. 164-166

30 Mazziotti, Giuseppe: EU Digital Copyright Law and the End-User s. 165

31 Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06, s. 51-52

forekommende ved torrentfiler³².

Et referencelink er en direkte henvisning til en anden hjemmeside, hvor man kommer til denne hjemmesides forside. Dette er en lovlig måde at linke på³³, men heller ikke denne er rammende for den linking, der foretages med en torrentfil, da en torrentfil sigter mod en bestemt fil, hvor brugeren af torrentfilen ikke skal foretage sig yderligere for at komme hen til denne fil. Ved et referencelink skal brugeren derimod, fra den hjemmeside linket fører denne til, selv trykke på den fil, som brugeren ønsker eller finde filen på hjemmesidens undersider.

Karakteristisk for en torrentfil er, at den indeholder nogle metadata, som gør, at den kan finde den fil, som brugeren ønsker at downloade. Disse karakteristika er ikke åbenlyst forskellige fra et deeplink. Et deeplink henviser nemlig direkte til f.eks. en fil, som ligger på en hjemmeside.

I relation til fildeling er der altså både ved torrentfiler og ved deeplink tale om, at der henvises direkte til den fil, som brugeren ønsker. Ligeledes indeholder torrentfilen ikke noget ophavsretligt krænkende. Et deeplink indeholder blot internetadressen på stedet, hvor den pågældende fil befinder sig, hvilket heller ikke kan anses for ophavsretligt krænkende i sig selv³⁴.

Der er ingen tvivl om, at det indebærer en krænkelse af rettighedshaverens eneret jf. OPHL §§ 2, stk. 2 og stk. 3 at uploade et ophavsretligt beskyttet værk til en hjemmeside, hvor det er stillet til rådighed for alle³⁵. Mere tvivlsom er den ophavsretlige placering af deeplinks³⁶.

Trods det er klart, at selve indholdet af linket eller torrentfilen ikke er ophavsretskrænkende i sig selv, skal det undersøges, om den linking, der i begge tilfælde sker ved, at brugeren føres hen til en fil, som indeholder et ophavsretligt beskyttet værk, er ulovlig, eller om det blot er selve eksemplarfremsstillingen af filen gennem uploading og downloading, som er ulovlig.

Det interessante er altså om et link eller en torrentfil foretager en tilgængeliggørelse i strid med rettighedshaverens eneret jf. OPHL § 2, stk. 3, og/eller om de udgør en ophavsretskrænkende eksemplarfremsstilling jf. OPHL § 2, stk. 2. Dette vil jeg behandle i det følgende.

3.2.1 Eksemplarfremsstilling

Da et link eller en torrentfil blot er en henvisning til et sted på internettet, kan der ikke være tale om et link eller en torrentfil udgør en eksemplarfremsstilling, da der hermed foretages en eksemplarfremsstilling. Der sker først en eksemplarfremsstilling ved, at værket downloades fra stedet, hvor der bliver linket til, og ved at værket bliver uploadet.

Ved deeplinks sker der først en eksemplarfremsstilling efter, at brugeren af linket er blevet ledt hen til hjemmesiden, hvor filen er uploadet. Herefter sker eksemplarfremsstillingen mellem hjemmesiden, hvor filen er uploadet, og brugeren igennem i ISP'ernes netværk. Deeplinket foretager således ikke nogen eksemplarfremsstilling i sig selv.

For torrentfiler sker eksemplarfremsstillingen ligeledes først, når de forskellige peers har fået kontakt med hinanden ved hjælp af torrentfilen. Torrentfilens funktion er kun at forbinde brugeren med andre brugere, hvorefter der foretages en eksemplarfremsstilling mellem disse gennem ISP'ernes netværk.

Derfor foretages der hverken med deeplinket eller torrentfilen en selvstændig eksemplarfremsstilling

32 En mere indgående behandling af embedded links kan findes i Trzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten, s. 359

33 Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier: Immaterialret s. 130, Trzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten s. 359

34 Samme konklusion kan læses af Schovsbo, Jens, Henrik Udsen: Ophavsrettens missing link? s. 59

35 Hvis brugeren har foretaget uploading til egen hjemmeside, som er beskyttet mod andre brugere har adgang til denne, vil dette dog være lovligt forudsat, at der ikke er sket omgåelse af kopispærring jf. OPHL § 11, stk. 3, 1.pkt., og der er tale om eksemplarfremsstilling til privat brug, som opfylder betingelserne i OPHL § 12

36 Madsen, Palle Bo: Markedsret del 3, s. 73

i strid med OPHL § 2, stk. 2³⁷, men denne foretages mellem brugerne og i ISP'ernes netværk.

3.2.2 Tilgængeliggørelse

Jeg vil først undersøge om deeplinks foretager tilgængeliggørelse for almenheden for herefter at kunne sammenligne med torrentfilerne.

3.2.2.1 Deeplinks

Det er omdiskuteret i litteraturen, hvorvidt man kan anse et link for værende tilgængeliggørelse for almenheden. Den omdiskuterede bestemmelse i ophavsretsloven angående tilgængeliggørelse for almenheden er, om der med deeplinking er tale om offentlig fremførelse jf. OPHL § 2, stk. 4.

Efter min mening kan der ikke være tale om tilgængeliggørelse ved brug af deeplink, da linket rent teknisk blot henviser til stedet på internettet, hvor filen allerede er blevet gjort tilgængelig. Linket foretager således ikke i sig selv umiddelbart nogen tilgængeliggørelse³⁸.

Udsen og Schovsbo's dybdegående analyse³⁹ fremhæver, at da de ophavsretlige enerettigheder har karakter af undtagelser, må disse således fortolkes indskrænkende og kan ikke være genstand for analogislutninger. Hvis man anså deeplinks for værende tilgængeliggørelse, ville dette medføre en udvidelse af den ophavsretlige eneret, da dette ville betyde, at deeplinks var omfattet af eneretten med det heraf følgende krav om samtykke til brugen, medmindre der er tale om en brug, som er indeholdt i indskrænkningerne i ophavsretslovens kapitel 2.

Infosocdirektivet giver ikke nogen hjælp til behandlingen af deeplink, da disse ikke er reguleret heri. En regulering af links kan ligeledes ikke indfortolkes i Infosocdirektivet, da dette udtaler, at det "indeholder en udtømmende opregning af undtagelser og indskrænkninger til reproduktionsretten og retten til overføring til almenheden"⁴⁰.

Udsen og Schovsbo ser desuden på ordlyden af OPHL § 2, som forudsætter en aktivitet. Et link står i modsætning til dette, da et link ikke er en egentlig aktivitet, men derimod blot en henvisning.

Domstolene har dog været noget mere upræcise i deres holdning til, hvordan deeplinks skal behandles ophavsretligt, hvorfor en gennemgang af retspraksis er på sin plads. Jeg har her udvalgt tre domme, som er meget sammenlignelige i deres problemstilling, men som til trods for dette er faldet ud på forskellige måder. Målet er ikke en udtømmende gennemgang af retspraksis vedrørende deeplinks, da dette ikke er, hvad nærværende afhandling har for øje. Formålet er en kort redegørelse for den divergerende retspraksis, for herefter at give min vurdering af placeringen af deeplinks i ophavsretten ud fra dommene.

3.2.2.1.1 Retspraksis

Den danske mp3-sag⁴¹

To personer havde på deres hjemmesider oprettet deeplinks til en række lydfiler. Disse lydfiler var blevet kopieret og uploadet uden rettighedshaverens tilladelse. Landretten udtalte, at der er sket en tilgængeliggørelse, som kan sidestilles med offentlig fremførelse jf. OPHL § 2 og fandt desuden, at de tiltalte var medvirkende til den ulovlige eksemplar fremstilling udøvet af brugerne af deres deeplinks. Når domstolen siger, at deeplinksene måtte sidestilles med offentlig fremførelse, tyder det på, at der er anvendt en analogislutning i stedet for den direkte hjemmel⁴². Dommen siger, at det var netop den måde, hvorpå man i sagen havde deeplinket, som medførte, at denne skulle sidestilles

37 For links vedkommende se Schovsbo, Jens, Henrik Udsen: Ophavsrettens missing link? s. 50-51

38 Samme argument ses ved Tzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten s. 361

39 Schovsbo, Jens, Henrik Udsen: Ophavsrettens missing link? s. 54-58

40 Infosocdirektivet betragning 32

41 U 2001.1572 V

42 Schlüter, Johan, Jakob Plesner Mathiasen: Festskrift til Mogens Koksvedgaard, s. 531-534

med offentlig fremførelse.

Selvom norsk retspraksis ikke er bindende for de danske domstole, og den svenske retspraksis ligeledes ingen betydning har for så vidt angår domme, som enten ikke omhandler EU-direktiver, eller som er afsluttet inden implementeringen af Infosocdirektivet, vil de dog stadig kunne give en vis vejledning i den retslige bedømmelse af visse problemstillinger henset til den nordiske retsenhed.

Jeg vil derfor gennemgå to domme, som har stor relevans for den ophavsretlige placering af deeplinks.

Den svenske mp3-sag⁴³

Ligesom i U 2001.1572 V blev der i denne sag deeplinket fra en hjemmeside til nogle lydfiler, som var blevet uploadet uden rettighedshaverens tilladelse.

Den tiltalte var blevet frikendt ved den svenske tingsrätt, da retten ikke fandt, at der kunne være tale om tilgængeliggørelse eller medvirken til ophavsretskrænkelser ved at deeplinke til materialet.

Om medvirken til ulovlig eksemplar fremstilling udtalte den svenske tingsrätt, at spørgsmålet er ”om [den tiltalade] kan anses ha medverkat till intrång i grammofonbolagens rättigheter genom att besökare på hans hemsida kopierar ljudfilerna. Som hovrätten tidigare konstaterat är kopiering av ljudupptagningar tillåten om kopieringen skett för eget bruk. Detta undantag är inte begränsat utan får enligt hovrättens mening även anses omfatta kopiering av exemplar som framställts utan fonogramframställarens samtycke. I målet är inte styrkt att besökare kopierat ljudfilerna för annat ändamål än för eget bruk och att intrång därmed skett i grammofonbolagens rättigheter. Vid angivna förhållanden kan [den tiltalade] inte heller fällas till ansvar för medhjälp till sådant intrång”⁴⁴.

Begrundelsen for, at dommen endte i en frifindelse af tiltalte, skal blandt andet findes i, at svensk ret indtil indførelsen af Infosocdirektivet ikke havde krav om lovligt forlæg⁴⁵.

Ved den svenske højesteret ændrede man anklageskriftet til spørgsmålet, om der var tale om ulovlig tilgængeliggørelse og medvirken hertil. Retten kunne så kun vurdere, om deeplinksene var udtryk for ulovlig tilgængeliggørelse. Her fastslog retten, at der med deeplinks ikke kunne være tale om ulovlig tilgængeliggørelse for almenheden, og at en sådan tilgængeliggørelse gennem deeplinks kunne ikke straffes uanset, om der var tale om offentlig fremførelse eller medvirken hertil⁴⁶.

Den svenske højesteret placerer altså deeplinks, som offentlig fremførelse eller medvirken hertil⁴⁷.

Som Daniel Westman også anfører i tilknytning til dommen, må tilgængeliggørelse anses for værende en tilstandsforbrydelse, som varer i den tid, hvor værket er offentligt tilgængeligt⁴⁸. Dette betyder, at det strafbare forhold ligger i at opretholde en tilstand. Endvidere betyder det, at der kan medvirkes, så længe tilstanden bliver opretholdt.

Den norske mp3-sag⁴⁹

43 Den svenske højesterets dom af 15. juni 2000, sag nr. B 413-00

44 Westman, Daniel: Första svenska rättsfallet om länkning

45 Det bliver i Schlüter, Johan, Jakob Plesner Mathiasen: Festskrift til Mogens Koksvedgaard, s. 532 note 29 antydnet, at det, på grund af anklagemyndighedens undladelse af at lade tiltalen omfatte ulovlig kopiering, ikke var muligt for den svenske højesteret at tage stilling til, om deeplinking kunne anses for medvirken til ulovlig kopiering. Det overses her, at der ikke fandtes et krav om lovligt forlæg ved den daværende udformning af den svenske ophavsretslov. Ulovlig kopiering kunne således heller ikke straffes, medmindre man kunne bevise download til andet end privat brug.

46 Westman, Daniel: MP3-målet i HD – rettslaget kring länkning fortfarande oklart

47 Schlüter, Johan, Jakob Plesner Mathiasen: Festskrift til Mogens Koksvedgaard, s. 532 note 29

48 Westman, Daniel: Första svenska rättsfallet om länkning. Samme konklusion fremgår af Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06 s. 64

49 Dom af 27. januar 2005, HR-2005-00133-A, sagsnr. 2004/822

Omdrejningspunktet i sagen var, at den norske hjemmeside napster.no indeholdt deeplinks til værker, som var lagt ud på forskellige hjemmesider.

Tingsretten⁵⁰ fandt ikke, at der var tale om medvirken til ulovlig eksemplar fremstilling. Retten lagde til grund, at kopieringen var sket til privat brug, hvilket var lovligt efter den norske ophavsretslov.

Det blev derimod slået fast, at der var tale om tilgængeliggørelse ved selvstændig offentlig fremførelse. Dette skete efter at have set på den svenske og danske mp3-sag samt på forarbejderne til de nordiske ophavsretslove.

Den norske højesteret ændrede dommen lidt og fastslog, at der med den skete deeplinking var tale om medvirken til den ophavsretskrænkelser, som uploaderne havde foretaget, men at deeplinking ikke var en selvstændig tilgængeliggørelse for almenheden⁵¹.

3.2.2.1.2 *Sammenfatning*

Dommene kommer altså frem til forskellige resultater på trods af, at sagernes indhold lignede hinanden meget.

Mads Bryde Andersen er kritisk overfor både den danske og den svenske dom, da han ikke mener, at der er tale om en fremførelse ved, at man linker til en fil på internettet, da der ikke foretages nogen teknisk proces ved, at der laves et link, hvilket en fremførelse forudsætter. Ligeledes har han det samme konsekvens-argument, som fremkommer ved Udsen og Schovsbo⁵² om, at hvis man anser et link, som offentlig fremførelse ville dette medføre en betydelig udvidelse af eneretten med uoverskuelige konsekvenser⁵³. Dette skyldes, at ophavsrettens enerettigheder har karakter af undtagelser, hvorfor disse må fortolkes indskrænkende og ikke kan støttes på friere overvejelser. Det omtalte konsekvens-argument er, at brugen af links ville kræve, at rettighedshaveren har samtykket hertil, da det så vil anses for omfattet af eneretten til tilgængeliggørelse jf. OPHL § 2, stk. 3, hvilket ville hæmme internettets dynamik betragteligt. Dette ville desuden gøre internettet meget mindre smidigt og gøre store dele linking på internettet ulovlig.

Den danske landsrets anvendelse af det vage udtryk i U 2001.1572 V om, at deeplinks skal sidestilles med offentlig fremførelse, virker nærmere som en konstruktion for at ramme visse tilfælde af ophavsretskrænkelser end en korrekt placering i ophavsretten af links ud fra deres reelle funktion og internettets opbygning. Men begrundelsen om, at det var måden hvorpå man linkede, som medførte at man sidestillede deeplinksene med offentlig fremførelse gør betænelighederne lidt mindre, men det virker stadig ikke, som en korrekt løsning henset til internettets opbygning. Begrundelsen herfor er, at man gennem et deeplink bliver ledt hen til et sted, som det også ville være muligt at finde uden brug af linket. Det ville blot kræve, at brugeren brugte lidt mere tid og skulle igennem lidt flere sider, inden brugeren nåede frem til filen eller siden. Men dette ændrer ikke på, at der er tale om en fil eller side, som allerede er gjort tilgængelig på internettet. Det virker derfor kunstigt at tale om, at man gennem et deeplink kan blive ansvarlig direkte eller for medvirken til tilgængeliggørelse af noget, som allerede er blevet tilgængeliggjort på internettet. Der er blot tale om, at linket peger hen til det pågældende sted⁵⁴.

Det er ligeledes svært at anse links for omfattet af OPHL § 2, stk. 3 henset til ordlyden heraf, som forudsætter en aktivitet. Da et link blot er en henvisning og ikke en egentlig aktivitet, er det svært at

50 SØR-Gudbrandsdal Tingrett 22. januar 2003, sagsnr. 02-00203 A

51 Dom af 27. januar 2005, HR-2005-00133-A, sagsnr. 2004/822

52 Schovsbo, Jens, Henrik Udsen: Ophavsrettens missing link? s. 54-58

53 Andersen, Mads Bryde: IT-Retten s. 324-325

54 Samme konklusion ses i Trzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten, s. 361, Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier: Immaterialret s. 130f

anse linking for indeholdt i ”gøre tilgængelig for almenheden” jf. OPHL § 2, stk. 3⁵⁵.

Jeg mener derfor ikke, at der kan være tale om tilgængeliggørelse eller medvirken til tilgængeliggørelse ved brug af et deeplink.

3.2.2.2 Torrentfiler

At uploade, downloade eller hoste en torrentfil udgør ikke en selvstændig eksemplarfremsstilling jf. OPHL § 2, stk. 2, da hverken linket eller torrentfilen i sig selv medfører fremstillingen af noget eksemplar⁵⁶. Derfor er det relevant at se på, om torrentfilen kan antages at udgøre en tilgængeliggørelse for almenheden jf. OPHL § 2, stk. 3 af det ”bagvedliggende” ophavsretlige beskyttede værk, som filen henviser til. Det skal altså undersøges, om der med en torrentfil kan være tale om spredning, visning eller offentlig fremførelse af et værk jf. OPHL §§ 2, stk. 3, nr. 1-3.

For det første skal der redegøres for, om en torrentfil kan anses for tilgængeliggørelse for almenheden jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 1 gennem spredning af eksemplaret. Spredningsretten er en eneret til at kontrollere salg, udlejning, udlån og andre former for fysisk spredning af eksemplarer af værket til almenheden. At spredningsretten ikke kan anvendes ved torrentfiler skyldes, at spredningsretten er knyttet til de fysiske eksemplarer⁵⁷. Da der ikke er tale om et fysisk eksemplar, vil det være anstrengt at placere en torrentfil under spredning af værket jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 1.

Det kan ligeledes hurtigt konkluderes, at der ikke kan være tale om visning jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 2, da der her er tale om, at det er det enkelte værkseksemplar, der fremvises. Værket bliver ikke vist gennem anvendelsen af torrentfiler⁵⁸. Når visning skal ses i sammenhæng med internettet kræves det, at værket bliver vist ved hjælp af en pc⁵⁹.

Det interessante er herefter, hvornår der er tale om, at værket fremføres offentligt jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3.

Retspraksis har fastslået, at fremførelse på steder, hvor alle i princippet har adgang, er offentlig⁶⁰. Da alle har adgang til en torrentfil⁶¹, som er lagt på internettet, medfører dette, at værket kan anses for fremført offentligt.

OPHL § 2, stk. 4, nr. 1 uddyber, at der også er tale om offentligt fremførelse ved ”trådbunden eller trådløs overføring af værker til almenheden, herunder udsendelse i radio eller fjernsyn og tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt”. Der er her tale om tilrådighedsstillelse ”on demand”, hvilket betyder, at det sker på en sådan måde, at almenheden har adgang til værkerne på et individuelt valgt sted og tidspunkt. Dette opfylder en torrentfil klart. Der er derfor tale om, at torrentfiler foretager en tilgængeliggørelse af ophavsretligt beskyttede værker gennem offentlig fremførelse jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3.

55 Schovsbo, Jens, Henrik Udsen: Ophavsrettens missing link? s. 54-58

56 Schovsbo, Jens, Henrik Udsen: Ophavsrettens missing link? s. 50 og min gennemgang i afsnit 3.2.1

57 Heine, Kasper m.fl.: Internetjura, s. 405-406

58 Heine, Kasper m.fl.: Internetjura, s. 407

59 Andersen, Mads Bryde: IT-retten, s. 319-322

60 Hvis den, der fremfører værket, gør dette overfor personer, til hvem den pågældende ikke er knyttet med personligt bånd, vil der være tale om fremførelse for offentligheden. Der kan dog være tale om en så lille kreds, at der ikke kan være tale om offentlig fremførelse jf. U 2007.1581 H. Af retspraksis kan i øvrigt nævnes U1999.2057Ø, U2002.649Ø, U2003.212Ø

61 Der kan dog findes nyhedsgrupper på internettet, hvor man kun har adgang til torrentfilerne og tilknyttede peers, hvis man bliver inviteret ind i disse nyhedsgrupper. Om der i et sådan tilfælde vil være tale om offentlig fremførelse vil bero på en konkret bedømmelse, da der skal sondres mellem offentlige fremførelser og fremførelser af privat karakter jf. Madsen, Palle Bo: Markedsret del 3, s. 72. Hvis deltagerne i arrangementet er særligt indbudte vil dette tale imod offentlig fremførelse.

Svagheden ved at sammenligne torrentfiler med deeplinks ligger i den forskel, at mens deeplinket henviser til en placering af filen på internettet, som allerede er til stede, består en torrentfils funktion i at forbinde brugeren med andre peers, som har den pågældende fil. Men denne svaghed understreger samtidig rigtigheden i at anse torrentfiler som offentlig fremførelse jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3, da torrentfilen modsat deeplinket foretager en aktivitet og ikke blot henviser brugeren til et sted på internettet, som han kunne have kommet i kontakt med på anden vis. Argumentet for netop ikke at anse deeplinks for tilgængeliggørelse er argumentet for, at torrentfiler udgør tilgængeliggørelse jf. OPHL § 2, stk. 3. Uden den pågældende torrent ville det nemlig ikke være muligt for brugeren af blive forbundet med de andre peers. Der er således ikke tale om, at man skaber en henvisning til noget, som i forvejen var at finde på internettet, hvilket der er tale om ved deeplinks⁶². Forskellen understreges også af fremførelsesbegrebet, da en torrentfil netop foretager en teknisk proces, der går videre end blot vise værket frem⁶³, hvorved det adskiller sig fra et link. Torrentfilen er således en nødvendighed for, at der kan opnås adgang til den netop ønskede version af værket, og der er således ingen hensyn at tage til, at torrentfilen blot skulle tilbyde en lettere henvisning til værket, end det ellers ville være tilfældet. Der er derfor tale om, at en torrentfil tilgængeliggør værket jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3, hvilket ikke er tilfældet ved deeplinks⁶⁴. På baggrund af ovenstående er det helt klart, at en torrentfil udgør en tilgængeliggørelse for almenheden, som er i strid med rettighedshaverens eneret jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3, hvis ikke denne har samtykket. Konsekvensargumentet fra links vil ikke have samme vægt her, da det ikke ødelægger internettets dynamik og struktur at anse torrentfiler for værende omfattet af rettighedshaverens eneret.

Kapitel 4. Ansvar for krænkelse af den økonomiske eneret

Efter at have redegjort for hvorfor en torrentfil må anses for offentlig fremførelse jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3, vil jeg gennemgå ansvar for krænkelse af den økonomiske eneret.

I relation til peer-to-peer-fildeling via BitTorrent er et af spørgsmålene, hvem den eller de ansvarlige for krænkelse af den økonomiske eneret er. De involverede kan blive ansvarlige på forskellige grundlag. I dette afsnit vil jeg undersøge, i hvilke tilfælde der er tale om et direkte ansvar jf. OPHL § 2.

4.1 Brugerne

Brugerne af peer-to-peer fildeling er ansvarlig for krænkelse af rettighedshaverens økonomiske eneret i det omfang, at det downloadede eller uploadede er ophavsretligt beskyttet, og at det bliver downloadet eller uploadet uden rettighedshaverens samtykke.

Brugeren foretager først og fremmest en eksemplar fremstilling i strid med OPHL § 2, stk. 2, når denne downloader. Når brugeren anvender BitTorrent-teknologien, henter han ikke en samlet fil indeholdende hele værket på en gang, men henter små bidder af filen fra flere forskellige fildelere, som det fremgår af min gennemgang af BitTorrent-teknologien under afsnit 3.1. Dette har ingen betydning for brugernes ansvar for ophavsretskrænkelsen, da OPHL § 2, stk. 2 også omfatter en delvis eksemplar fremstilling. Brugeren vil derfor gennem downloading af selv små dele af filen, som indeholder værket, gøre sig skyldig i krænkelse af rettighedshaverens eneret til eksemplar fremstilling jf. OPHL § 2, stk. 2.

62 Schovsbo, Jens, Henrik Udsen: Ophavsrettens missing link? s. 54-56

63 Andersen, Mads Bryde: IT-retten s. 325 om fremførelsesbegrebet

64 Se mine argumenter ovenfor i afsnit 3.2.2.1

Ved at anvende BitTorrent-teknologien vil brugeren dog ikke kun foretage en eksemplarfremstilling af det pågældende værk, men tillige gøre sig skyldig i krænkelse af rettighedshaverens eneret til tilgængeliggørelse jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3. Begrundelsen for dette er, at man automatisk også deler den bid af filen, som man har hentet, med andre, når man anvender BitTorrent-teknologien. Ved denne deling af værket er der tale om tilgængeliggørelse for almenheden, da der er tale om en offentlig fremførelse jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3. Det er tilstrækkeligt, at denne fremførelse blot er potentiel.

Der vil ikke være tale om, at brugeren kommer ind under undtagelsesbestemmelsen i OPHL § 12, stk. 2, nr. 5 om eksemplarfremstilling til privat brug, da der i den danske ophavsretslov kræves lovligt forlæg jf. OPHL § 11, stk. 3. Kravet om lovligt forlæg medfører, at ”det objektivt set ikke vil være tilladt at fremstille eksemplarer af værker på grundlag af en gengivelse af værket, som ophavsmanden ikke har givet samtykke til, eller som ikke har hjemmel i en af lovens undtagelsesbestemmelser.”⁶⁵

Ved at brugerne uploader en torrentfil til systemudbyderens server, foretager de en tilgængeliggørelse af værket, da torrentfilen foretager en teknisk proces, der går videre end blot vise værket frem⁶⁶.

Det er her værd at bemærke, at der er forskel på den situation, hvor brugeren selv hoster en torrentfil, og hvor systemudbyderen hoster torrentfilen.

Da tilgængeliggørelse er en tilstandsforbrydelse, ligger forbrydelsen i at opretholde tilstanden. Det kan derfor diskuteres, om brugeren opretholder tilstanden efter at have uploadet torrentfilen til en systemudbyder, hvis brugeren står uden mulighed for at slette denne? Hvis han ikke har mulighed for at bringe denne tilstand til ende, vil det være meget vidtgående at pålægge brugeren et ansvar for at opretholde tilstanden.

Men i det omfang brugeren selv har mulighed for at bringe tilstanden til en ende, er der ikke nogen betænkeligheder ved at anse ham for ansvarlig jf. OPHL § 2, stk. 3.

4.2 Systemudbyderne

For at sikre en ensartet terminologi definerer jeg systemudbyderen, som den eller de personer, der udbyder systemet. Der skal dog gøres opmærksom på, at i flere fremstillinger bliver systemudbyderen blandet sammen med systemudvikleren, hvilket kan forekomme forvirrende⁶⁷.

Fildelingstjenester foretager ikke nogen eksemplarfremstilling af de ophavsretsligt beskyttede værker, da de i deres funktion som indeksere og trackers blot formidler torrentfilerne og kontakten mellem peers. Til eksemplarfremstilling kræves der, at fildelingstjenesten foretager en ”direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent og hel eller delvis eksemplarfremstilling på en hvilken som helst måde” jf. OPHL § 2, stk. 2.

Fildelingstjenesterne foretager kun en eksemplarfremstilling af torrentfilerne ved, at disse lagres på deres servere. Da torrentfiler ikke kan anses for ophavsretsligt beskyttede, foretager fildelingstjenesten altså ikke en eksemplarfremstilling i strid med ophavsretsloven jf. OPHL § 2, stk. 2 ved at lave eksemplarer af torrentfilerne.

Systemudbyderne foretager heller ikke eksemplarfremstilling af de værker, som torrentfilerne

65 Det danske krav om lovligt forlæg blev indført ved ændringsforslag til Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven. Kulturudvalget 2000-01 (L141 – Bilag 55)

66 Andersen, Mads Bryde: IT-retten s. 325 om fremførelsesbegrebet

67 Eksempler herpå findes i Trzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten, s. 354f og Mathiasen, Jakob Plesner: Fildeling s. 47f og 54f. Det giver anledning til åbenbare problemer at sammenblende personerne, som udvikler et program med personerne, som rent faktisk udbyder programmet. En ting er at udvikle et program til at udnytte f.eks. BitTorrent-teknologien, men det er en væsentlig anden at være den, som anvender det på en sådan måde, at man kan blive pålagt et ansvar.

henviser til, hvorfor de ikke kan pålægges et direkte ansvar for eksemplar fremstilling jf. OPHL § 2, stk. 2. Der er nemlig ikke tale om, at ophavsretligt beskyttede værket bliver transmitteret gennem deres servere eller lignende. Argumentet er det samme som gennemgået i afsnit 3.2.1; ved at der oprettes en torrentfil, som henviser til, hvor brugeren kan hente det pågældende værk, er der ikke rådet over værket på en sådan måde, så der kan være tale om, at der er foretaget en eksemplar fremstilling. Fildelingstjenesten foretager ikke en eksemplar fremstilling af værket, da denne kun sker mellem de enkelte peers gennem ISP'ernes netværk.

Ved en torrentfil bliver uploadet på systemudbyderens server, bliver værket tilgængeliggjort gennem offentlig fremførelse jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3, idet det bliver stillet til rådighed on demand jf. OPHL § 2, stk. 4, nr. 1.

Selvom det ikke er systemudbyderen, som uploader torrentfilen, vil denne ifalde et direkte ansvar, da det er igennem dennes hosting af torrentfilen, at der foretages tilgængeliggørelse jf. OPHL § 2, stk. 3.

Der er dog ikke tale om, at fildelingstjenesten foretager en tilgængeliggørelse af ophavsretligt beskyttede værker gennem spredning jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 1 eller gennem visning jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 2, da selve torrentfilen heller ikke medfører en sådan tilgængeliggørelse jf. afsnit 3.2.2.2.

4.3 ISP'erne

ISP'erne har i de senere år indtaget en mere central rolle i rettighedshavernes forsøg på at håndhæve krænkelse af deres rettigheder. Dette er blandt andet sket ved U 2006.1474H (TDC-sagen), allofmp3-sagen⁶⁸ og slutteligt den danske Pirate Bay-sag⁶⁹.

I relation til fildelingstjenester er ISP'ernes rolle at transmittere data mellem brugerne, hvorfor jeg vil nøjes med at behandle denne videreformidling og ikke udtømmende behandle de forskellige former for caching, som ISP'eren også foretager.

Ved videreformidlingen vil ISP'erne ifalde et ansvar for krænkelse af rettighedshaverens økonomiske eneret jf. OPHL § 2, stk. 1, hvis ikke rettighedshaveren har givet brugerne sin tilladelse til brugen, da omfattet er enhver eksemplar fremstilling jf. OPHL § 2, stk. 2.

ISP'ernes ansvar skal herefter ses i forhold til undtagelsesbestemmelsen i OPHL § 11 a. Denne bestemmelse opstiller fire kumulative betingelser for, at den midlertidige eksemplar fremstilling er tilladt.

§ 11 a. Det er tilladt at fremstille midlertidige eksemplarer, som

1) er flygtige eller tilfældige,

2) udgør en integreret og væsentlig del af en teknisk proces,

3) udelukkende har til formål at muliggøre enten en mellemmands transmission af et værk i et netværk mellem tredjemænd eller en lovlig brug af et værk og

4) ikke har selvstændig økonomisk værdi.

Den midlertidige eksemplar fremstilling, som ISP'ere foretager i deres netværk og routere, når de transmittierer data mellem tredjemænd, er flygtig, da dataene ikke blive lagret permanent, men til det formål at sende dem videre til tredjemænd. Tilfældighedskravet er ligeledes opfyldt, da ISP'erne ikke selv har nogen kontrol over, hvilke data brugerne sender mellem hinanden og som følge heraf bliver midlertidigt lagret i deres routere og netværk. At der er tale om en integreret og væsentlig del af en teknisk proces giver sig selv, da transmissionen af data gennem ISP'ernes netværk og routere

68 Københavns Fogedrets kendelse af 25. oktober 2006 i sag F1-115124

69 Københavns Fogedrets kendelse af 5. februar 2008 i sag FS-14324. Stadfæstet ved Østre Landsrets kendelse den 26. november 2008. Sagsnr. B-530-08

er en forudsætning for at internettet kan fungere. Der skal desuden være tale om en midlertidig eksemplarfremsstilling, som blot sker med det formål at formidle data videre til tredjemand og slutteligt, at den midlertidige eksemplarfremsstilling ikke har nogen økonomisk værdi i sig selv.

Det kan diskuteres, om eksemplarerne har en selvstændig økonomisk værdi jf. OPHL § 11 a, stk. 1, nr. 4. Dette krav skal ses i sammenhæng med den såkaldte tretrinestet⁷⁰, jf. Infosocdirektivet art. 5, stk. 5, hvorefter undtagelser fra den ophavsretlige eneret kun må ske i særlige tilfælde, og hvor kravet desuden er, at undtagelsen ikke må indebære urimelig skade for rettighedshavernes legitime interesser eller påvirke den normale udnyttelse af værket på en skadelig måde. Rettighedshaveren legitime interesser er blandt andet muligheden for at få økonomiske gevinst af værket.

Der kan dog ikke være tale om, at selve eksemplarfremsstillingen i ISP'ernes netværk ved fildeling har en selvstændig værdi for rettighedshaveren, da den kun sker for at muliggøre transmissionen af værket mellem tredjemænd, og således ikke har en selvstændig værdi i ISP'ernes netværk. I dette tilfælde vil ISP'eren være ansvarsfri for den midlertidige eksemplarfremsstilling, som følge af OPHL § 11 a, stk. 1, da der er tale om en midlertidig eksemplarfremsstilling og de fire krav må anses for værende opfyldte.

Opmærksomheden skal dog henledes på OPHL § 11, stk. 3, som stiller et krav om lovligt forlæg. Dette indebærer, at ISP'eren objektivt krænker ophavsretten ved at foretage transmissionen, selvom bestemmelsen i OPHL § 11 a finder anvendelse, hvis der ikke er tale om lovligt forlæg jf. OPHL § 11, stk. 3. For at der kan være tale om lovligt forlæg, kræves det, at der er tale om et lovligt fremstillet værk eller en lovlig tilgængeliggørelse af værket⁷¹, hvilket relativt sjældent er tilfældet ved fildeling.

Dette medfører altså, at ISP'ere efter dansk ophavsretslovgivning næsten konstant objektivt overtræder ophavsretslovgivningen, selvom de opfylder betingelserne i OPHL § 11 a. Dette gælder i sine klareste tilfælde, når der er tale om, at brugerne overfører ophavsretsbeskyttede værker over ISP'ernes netværk og routere.

Det er dog ikke muligt at anse ISP'ernes handling som tilgængeliggørelse af værket, da dette i så fald skulle være gennem offentlig fremførelse jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3 henset til min tidligere gennemgang af begrebet om tilgængeliggørelse. Da der heller ikke er tale om, at ISP'erne stiller værkerne til rådighed on demand, finder bestemmelsen ikke anvendelse.

Kapitel 5. Medvirken til krænkelse af den økonomiske eneret

Eftersom der i den danske ophavsretslov ikke er hjemmel til at straffe medvirken til ophavsretskrænkelser, skal der ses på, om ansvar kan pålægges med hjemmel i straffeloven (STFL) eller i de civile retlige regler.

Først og fremmest er betingelsen for, at man kan ifalde et medvirkensansvar, at der er begået en strafbar handling af hovedmanden, som der er medvirket til.

Herefter gennemgås i hvilke tilfælde brugerne, systemudbydere og ISP'erne kan ifalde et medvirkensansvar, hvilket selvfølgelig er under forudsætning af at betingelserne, som gennemgås nedenfor, er opfyldte.

5.1 Medvirken efter straffeloven

STFL § 2 fastslår, at man kan straffes for medvirken til krænkelse af ophavsretten, da det heraf følger, at medvirkensbestemmelsen i STFL § 23 finder anvendelse på alle strafbare forhold.

⁷⁰ Denne tretrinestet hænger sammen med tretrinseten i TRIPS-aftalen og Bernerkonventionen. Tretrinseten i sammenhæng med ophavsretsloven er genstand for en selvstændig analyse i afsnit 6.1.1.2.1

⁷¹ (L 141 - bilag 43 og bilag 44), forslag til lov om ændring af ophavsretsloven, Spørgsmål 42

Resultatet heraf bliver, at medvirken til en krænkelse efter særlovgivning, som ophavsretsloven, også kan straffes jf. STFL § 23⁷².

Efter dansk ret gælder det, at tilregnelseskravet for den medvirkende til forbrydelsen følger af tilregnelseskravet til forbrydelsen jf. STFL § 19⁷³. Straf for krænkelse af den økonomiske eneret kræver, at der er udvist fortsæt eller grov uagtsomhed jf. OPHL § 76, stk. 1, nr. 1.

Medvirkensansvar jf. STFL § 23 kan pålægges, hvis man ved tilskyndelse, råd eller dåd, har medvirket til gerningen. Medvirken er i sin klareste form, når der er tale om fysik medvirken. Men medvirken omfatter også psykisk medvirken, hvilket kan være gennem rådgivning eller opfordring til den strafbare handling. Kravet er blot, at den medvirkende samvirker med en anden om en lovovertrædelse som fuldbyrdes, eller som de har til hensigt skal fuldbyrdes. Man også kan blive ansvarlig for medvirken på passivt grundlag, men hertil knytter der sig nogle yderligere krav, som skal være opfyldte. Disse krav er, at den passive medvirkende kan og bør indse, at der er tale om et retsstridigt forhold, at han havde mulighed for at forhindre forbrydelsen, samt at han skulle have haft en særlig grund til dette. Dette kan være i form af sit forhold til hovedmanden og den krænkedes interesser.⁷⁴

Det er for fremstillingen væsentligt at bemærke, at medvirkensansvaret efter straffeloven ikke omfatter en efterfølgende medvirken, men kun den forudgående medvirken eller en medvirken, som sker samtidig med forbrydelse. Dette har den betydning, at der ikke efterfølgende kan medvirkes til overtrædelser, som har karakter af tilstandsforbrydelser, hvis tilstanden er ophørt. At tilgængeliggørelse efter OPHL § 2, stk. 3 må anses for værende en tilstandsforbrydelse er blevet konkluderet i litteraturen⁷⁵ og senest i den svenske dom mod The Pirate Bay⁷⁶. Dette betyder, at når tilgængeliggørelsen er ophørt, vil der ikke længere kunne statueres medvirken hertil.

5.2 Medvirken efter erstatningsretten

Som det også er tilfældet efter straffeloven, er det ligeledes muligt at ifalde et erstatningsansvar for fysisk, psykisk eller passiv medvirken. Medvirkensansvaret i erstatningsretten er ikke lovreguleret men har hjemmel i retspraksis. Man kan ifalde ansvar for passiv medvirken, hvis der er en forbindelse til skadevolder og situationen, hvor der er risiko for skade. Desuden skal der være en mulighed for at forhindre den skadegørende handling.

Ligesom med medvirken efter straffeloven følger ansvarsgrundlaget for medvirken efter erstatningsretten af ansvarsgrundlaget for hovedmanden⁷⁷. OPHL § 83, stk. 1 fastslår, at der skal være tale om fortsæt eller simpel uagtsomhed.

5.3 Brugerne

I forbindelse med at en bruger downloader et ophavsretsligt beskyttet værk ved hjælp af en torrentfil, medvirker denne samtidig til eksemplar fremstilling, hvis der er andre peers tilsluttet denne bruger. Dette skyldes, at man stiller den del af værket, som man allerede har downloadet, til rådighed for andre, så de kan downloade netop denne del. Ophavsretsloven definerer nemlig eksemplar fremstilling som ”enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent, hel eller delvis eksemplar fremstilling” jf. OPHL § 2, stk. 2.

Det gør således ikke nogen forskel, at den del af værket, som brugeren stiller til rådighed er en

72 Andersen, Mads Bryde: IT-retten, s. 728-729

73 Trzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten, s. 457

74 Trzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten s. 457-458

75 Westman, Daniel: Första svenska rättsfallet om länkning

76 Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06, s. 64

77 Trzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten s. 458-459

meget lille del. Der vil altså være tale om medvirken til den eksemplar fremstilling, som de forbundne peers foretager jf. OPHL § 2, stk. 2, jf. STFL § 23.

For uploaderen af torrentfilerne gælder det, at denne ifalder et medvirkensansvar for den eksemplar fremstilling, som brugeren foretager ved hjælp af torrentfilen.

Udover dette vil uploaderen af torrentfilerne også ifalde et medvirkensansvar for den eksemplar fremstilling, som uploaderen af den ophavsretskrænkende fil foretager⁷⁸. Dette skyldes, at der ikke, som det er tilfældet ved deeplinks til filer, er tale om en eksemplar fremstilling, som allerede er foretaget. Der er derfor ikke tale om en efterfølgende medvirken. Selve eksemplar fremstillingen sker nemlig først, idet torrentfilen bliver anvendt, da dette er tidspunktet, hvor der foretages en kopiering af værket, som sendes til de forbundne peers. Dette forekommer indlysende og giver ikke anledning til betænkeligheder, da en sådan linking gennem torrentfilen er sket med hensigten om, at brugeren af linket skal kunne foretage eksemplar fremstillingen af det pågældende værk. Uploaderen af torrentfilen opfylder således kravet om forsæt eller grov uagtsomhed jf. OPHL § 76, stk. 1, nr. 1 jf. STFL § 23.

Dette adskiller sig fra deeplinks, hvor der ikke kan blive tale om medvirken til den eksemplar fremstilling, som uploaderen foretog, da han lagde filen ud på internettet. Dette skyldes, at denne uploading allerede er sket på det tidspunkt, hvor der bliver deeplinket til filen, hvorfor man ikke ved at linke til denne fil, kan medvirke til eksemplar fremstillingen efterfølgende.

Slutteligt vil uploaderen af torrentfilen medvirke til brugerens eksemplar fremstilling jf. OPHL § 2, stk. 2, jf. STFL § 23, hvis brugeren har foretaget en sådan eller forsøgt herpå ved hjælp af den uploadede torrentfil.

5.4 Systemudbyderne

Systemudbyderen foretager ikke direkte en eksemplar fremstilling af værket jf. OPHL § 2, stk. 2.

Spørgsmålet er derfor, i hvilke tilfælde systemudbyderen ifalder et medvirkensansvar for eksemplar fremstillingen af ophavsretsligt beskyttede værker ved at stille et program til rådighed, som kan anvendes til ophavsretskrænkelser, og om en eventuel ansvarsfritagelse for medvirken forudsætter visse handlinger. Ligeledes vil der undersøges muligheden for at pålægges systemudbyderen et medvirkensansvar for tilgængeliggørelse, hvis retspraksis mod forventning skulle fastslå, at man ikke kan pålægges systemudbyderen et direkte ansvar herfor.

Eftersom en torrentfil skal anses for en offentlig fremførelse af et værk, er der mulighed for, at systemudbyderne kan ifalde et medvirkensansvar for tilgængeliggørelsen jf. OPHL § 2, stk. 3, jf. STFL § 23, når brugerne uploader torrentfilerne til fildelingstjenestens servere. Dette kan enten være i form af tilskyndelse, råd, dåd eller gennem passivitet, hvilket må vurderes i det enkelte tilfælde henset til sagens omstændigheder.

Hvorvidt en fildelingstjeneste risikerer at ifalde et medvirkensansvar afhænger af, om de har opfordret brugerne af fildelingstjenesten til at foretage en tilgængeliggørelse af værker i strid med ophavsretten jf. OPHL § 2, stk. 3, eller hvis de har udvist passivitet. Som nævnt i indledningen til afsnittet om medvirken, kræves der, at hovedmanden har begået en strafbar handling, som der er medvirket til. I dette tilfælde er det altså et krav, at brugeren har tilgængeliggjort et ophavsretsligt beskyttet værk. I det omfang dette sker vil fildelingstjenesten kunne ifalde et medvirkensansvar jf. OPHL § 2, stk. 3, jf. STFL § 23⁷⁹. Der stilles hertil et krav om forsæt eller grov uagtsomhed jf. OPHL § 76, stk. 1, nr. 1 for, at der pålægges et straffeansvar for medvirken. For medvirken efter erstatningsretten er det blot krævet, at der er tale om fortsæt eller simpel uagtsomhed jf. OPHL § 83,

⁷⁸ Uploaderen af torrentfilen behøver ikke at være den samme som den, der uploader det ophavsretsbeskyttede værk, da der typisk er flere peers, som uploader værket.

⁷⁹ Nielsen, Gorm Toftegaard: Strafferet 1, s. 202-204

stk. 1.

Fildelingstjenesten kan også ifalde et medvirkensansvar for eksemplar fremstilling jf. OPHL § 2, stk. 2, jf. STFL § 23. Dette skyldes, at brugeren af torrentfilen foretager en eksemplar fremstilling af værket til sin egen harddisk. Herudover vil den eller de peers, hvorfra brugeren af torrentfilen downloader værket fra foretage en eksemplar fremstilling af værket, idet der sker en kopiering af hele eller en del af værket, som disse peers har liggende, som sendes til de tilsluttede peers.

Efter både dansk og svensk ret er der et krav om lovligt forlæg ved kopiering til privat brug jf. OPHL § 11, stk. 3 og den svenske ophavsretslov § 12, stk. 4⁸⁰. Det er ikke tilstrækkeligt for et medvirkensansvar, at det blot er muligt at anvende fildelingstjenesten, som led i en efterfølgende ulovlig eksemplar fremstilling. Men hvis tjenesten har opfordret hertil, eller hvis den har viden eller burde viden om, at tjenesten bliver anvendt til efterfølgende at foretage en ulovlig eksemplar fremstilling, kan denne ifalde ansvar for medvirken hertil jf. STFL § 23. Ved eksemplar fremstilling er det en forudsætning for medvirken, at torrentfilerne efterfølgende anvendes, eller det er meningen, at disse skal anvendes til en eksemplar fremstilling af værket, da torrentfilen kun udgør en tilgængeliggørelse af værket.

Efter min vurdering er navnet "The Pirate Bay" ikke alene tilstrækkeligt til, at man kan anse fildelingstjenesten for at have tilskyndet til krænkelse, og derpå blive ansvarlige for medvirken jf. STFL § 23 alene på dette grundlag. Men det er klart, at det giver et udtryk om formålet med fildelingstjenesten, hvorfor det vil være et moment i vurderingen af medvirkensansvaret.

Fildelingstjenesten kan dog ifalde ansvar, hvis den blot forholder sig passiv. Hertil kræves der, at denne vidste eller burde vide, at fildelingstjenesten blev anvendt til ulovlige forhold.

Det kan diskuteres, hvornår der forligger en sådan burde viden. Dette må dog klart være tilfældet i den svenske retssag mod The Pirate Bay, hvor man på hjemmesiden gjorde det klart, at man ikke ville rette sig efter henvendelser fra rettighedshavere:

"På servern finns enbart torrentfiler. Därmed finns inget upphovsrättsskyddat och/eller olagligt material lagrat hos oss. Det går därför inte att hålla personerna bakom The Pirate Bay ansvariga för materialet som sprids via trackern. Alla eventuella klagomål från upphovsrättspersoner och/eller lobbyorganisationer kommer göras till åtlöje och hängas ut på siten."⁸¹

Sådanne henvendelser fra rettighedshavere må medføre en handlepligt for fildelingstjenesten, hvis den ikke skal ifalde en medvirkensansvar. Dette er naturligvis forudsat, at det er muligt for fildelingstjenesten at forhindre krænkelsen⁸². Det nærmere indhold af denne handlepligt har været genstand for flere retssager, da det er svært for fildelingstjenesterne at sørge for, at der ikke bliver delt ophavsretskrænkende materiale. I nogle retssager har dette afledt et krav om, at fildelingstjenesten skulle udvikle et filter, så det var muligt, at sortere de ophavsretskrænkende filer fra⁸³ og i andre retssager har man fundet, at et sådan filter ikke er muligt at lave⁸⁴.

Men det er klart, at hvis det er muligt for fildelingstjenesten at lave et filter, således det er muligt at forhindre krænkelsen, vil dette være en måde, hvorpå fildelingstjenesten kan opfylde sin handlepligt. Handlepligten kan også opfyldes ved at fjerne de krænkende torrentfiler fra serverne. Fildelingstjenesten har altså en handlepligt, når denne ved eller burde vide, at der foregår ophavsretskrænkelse igennem fildelingstjenesten, hvis denne skal undgå at blive ansvarlig for

80 Der blev først indført et krav om lovligt forlæg i den svenske ophavsretslovgivning i 2005 ved implementeringen af Infosocdirektivet

81 Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06, s. 29

82 Nielsen, Gorm Toftegaard: Strafferet 1, s. 221

83 Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd

84 Decision of the Court of Appeal of Amsterdam of 28 March 2002, LJN-nummer: AE 0805, Zaaknr: 1370/01 SKG

medvirken på grund af passivitet. Den nærmere udstrækning af denne handlepligt må i sidste ende afgøres af domstolene.

Der kan ikke være tale om, at fildelingstjenester ifalder ansvar ved blot at have oprettet en tjeneste, som kan anvendes til krænkende formål, når der foreligger en reel mulighed for, at tjenesten kan udnyttes lovligt. Hvis dette var tilfældet, ville en udnyttelse af BitTorrent-teknologien blive forhindret. Men det er omvendt åbenbart, at hvis en fildelingstjeneste meddeler, at den ikke vil reagere på krænkelse, som foretages ved hjælp af dennes tjeneste, til trods for at den havde muligheden herfor, er dette en klar tilsidesættelse af handlepligten, hvorpå den ifalder et medvirkensansvar.

5.4.1 Den svenske Pirate Bay-dom⁸⁵

Bagmændene blev først tiltalt for medvirken til ulovlig eksemplar fremstilling samt medvirken til ulovlig tilgængeliggørelse. Men tidligt i sagen frafaldt man tiltalen om medvirken til ulovlig eksemplar fremstilling, men fastholdt tiltalen om medvirken til ulovlig tilgængeliggørelse. Medvirken til ulovlig eksemplar fremstilling sker i dette tilfælde ved, at brugeren gemmer værket på sin computer. Tiltale frafaldet var grundet i, at idet anklagemyndigheden havde fået tilladelse af rettighedshavere til at downloade materialet, da de indsamlede beviserne, kunne der ikke blive tale om, at de foretog en ulovlig eksemplar fremstilling, og dermed kunne The Pirate Bay heller ikke medvirke til en sådan. Derfor blev tiltalen om medvirken til ulovlig eksemplar fremstilling droppet⁸⁶.

I Carl Lundströms argumenter mod et ansvar gentages et argument lignende det, der anvendtes i Betamax-sagen⁸⁷: ”Det är inte kriminaliserat att i sig tillhandahålla en fildelningstjänst, som kan användas för både lagliga och olagliga syften”⁸⁸. Det er dog ikke et argument, som domstolen tager særskilt hensyn til, men de forholder sig derimod til, at der ved hjælp af fildelingstjenesten skete brud på ophavsretten.

Personerne bag The Pirate Bay blev idømt et medvirkensansvar for tilgængeliggørelsen af ophavsretligt beskyttede værker.

”Genom att tillhandahålla en webbplats med välutvecklade sökfunktioner, enkla uppladdnings- och lagringsmöjligheter samt genom att förmedla kontakter mellan enskilda fildelare genom den till sajten knutna trackern har, enligt tingsrätten, den genom The Pirate Bay bedrivna verksamheten underlättat och således främjat dessa brott (jfr Ds 2007:29, s. 323 och Rosén i NIR 2008 s. 101)”⁸⁹.

Den svenske domstol mente på baggrund heraf, at The Pirate Bay gjorde sig skyldig i medvirken til ophavsretskrænkelserne. Udtalelsen fra domstolen er utrolig bred, da den vil være en mulig hindring for hele BitTorrent-teknologien, men samtidig bærer den præg af ikke at have taget stilling til den teknologiske udvikling. Dette betyder, at der ved en senere dom vil være usikkerhed om rækkevidden, da man i høj grad er begyndt at anvende trackerløse torrentfiler⁹⁰. Man vil således ikke i en fremtidig sag kunne gøre gældende, at hjemmesiden har formidlet kontakten mellem fildelerne gennem den tilknyttede tracker. Vil dette være tilstrækkeligt for at frifinde en sådan fildelingstjeneste? Det havde været mere hensigtsmæssigt, at domstolen havde gjort mere ud af at placere torrentfilerne ophavsretligt, hvorved man kunne forholde sig til dette på et mere overordnet plan, end hvem der tekniske set skaber forbindelsen til de forskellige peers. The Pirate Bay har efter

85 Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06

86 Houe, Jens Peter: Politiet begår brøler i Pirate Bay-sag

87 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)

88 Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06, s. 20

89 Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06, s. 63

90 Se afsnit 3.1

dommen nedlagt deres tracker og er gået helt over til trackerløst netværk. Dette betyder kort sagt, at det ikke er The Pirate Bays tracker, som forbinder peers, men det er derimod brugernes BitTorrent klienter, som snakker sammen og henviser til den peer, som har den efterspurgte fil. Dette gør det svært at bedømme rækkevidden af dommen baseret på ovenstående citat.

Det er i lyset af Grokster-dommen⁹¹ interessant, om man har anset The Pirate Bay for ansvarlige gennem en lignende forestilling om inducement⁹². En ting er, at selve navnet ”The Pirate Bay” i relation til fildeling kan åbenlyst anses for værende inducement ”as shown by clear expression”. The Pirate Bays brug af at offentliggøre og latterliggøre rettighedshavernes henvendelser på deres hjemmeside bringer også tankerne hen mod inducement. Hertil er der den australske Kazaa-dom⁹³, hvor retten lagde vægt på, at man på hjemmesiden havde været negativt stemt mod rettighedshaverne.

Argumentet fra Betamax-sagen, som også blev anvendt i den hollandske Kazaa-dom⁹⁴ får ikke meget opmærksomhed i den svenske The Pirate Bay-sag. Domstolen gør ikke meget ud af, at det er muligt at anvende fildelingstjenesten til lovlige formål, men den hæfter sig derimod ved, at den i stor stil anvendtes til krænkelse af ophavsretten, hvorved Carl Lundströms argument fra Betamax-sagen mister sig berettigelse, da det netop var et væsentligt argument i Betamax-sagen, at videomaskinerne i langt de fleste af tilfældene blev anvendt til lovlig brug.

I den svenske Pirate Bay-dom er der ikke taget stilling til, om fildelingstjenesten kunne eller burde have oprettet et filter, således at det var muligt at opfange de krænkende torrentfiler, for herved at opfylde sin handlepligt. Dette kan dog have grund i, at en frifindelse kunne have været mulig allerede, hvis man havde rettet sig efter rettighedshavernes henvendelser, hvorved man ville være beskyttet af e-handelsdirektivet. Dette bliver gennemgået nærmere i kapitel 7.

Den største fejl fra personerne bag The Pirate Bay lå altså i, at de var overbeviste om, at idet filerne ikke i sig selv indeholdte noget ophavsretskrænkende, kunne delingen af disse torrentfiler fra deres servere heller ikke være i strid med rettighedshavernes ophavsret. Måske af samme grund valgte de aldrig at fjerne torrentfiler på baggrund fra henvendelser fra rettighedshaverne, men udstillede i stedet rettighedshavernes indsigelser mod krænkelse ved at offentliggøre henvendelserne på deres hjemmeside.

5.5 ISP'erne

ISP'erne foretager selv en eksemplar fremstilling i strid med den økonomiske eneret jf. OPHL § 2, stk. 2, når værket bliver delt mellem de forbundne peers, hvilket jeg har redegjort for i afsnit 4.3. Herudover medvirker ISP'erne til den ulovlige eksemplar fremstilling jf. OPHL § 2, stk. 2 jf. STFL § 23, som de forbundne peers i peer-to-peer-netværket foretager i det omfang, det ikke sker fra lovligt forlæg jf. OPHL § 11, stk. 3.

Efter Østre Landsrets dom⁹⁵ mener man desuden, at ISP'erne medvirker til eksemplar fremstilling den efterfølgende eksemplar fremstilling ved at give dens kunder adgang til thepiratebay.org, hvorfra der lå filer, som udgjorde en tilgængeliggørelse.

I hvilke tilfælde ISP'erne er ansvarsfrie for krænkelsen, hvilket vil blive undersøgt i afsnit 7.4.1.

91 Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, Ltd.

92 Inducement bliver i dommen formuleret på følgende måde: We hold that one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties

93 Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd.

94 Decision of the Court of Appeal of Amsterdam of 28 March 2002, LJN-nummer: AE 0805, Zaaknr: 1370/01 SKG

95 Østre Landsrets kendelse den 26. november 2008. Sagsnr. B-530-08

Der vil ikke umiddelbart være tale om medvirken til tilgængeliggørelse jf. OPHL § 2, stk. 3, jf. STFL § 23, allerede fordi ISP'erne mangler den fornødne subjektive tilregnelser. Et medvirkenansvar gennem passivitet vil dog kunne pålægges, hvis ISP'erne indså eller burde indse det retsstridige forhold samt have mulighed for at gribe ind. En sådan viden kan de have erhvervet sig ved, at rettighedshaverne har taget kontakt til dem og en måde at gribe ind, er blokering af internetsiden.

Kapitel 6. Infosocdirektivet

I betragtningerne til Infosocdirektivet har man, ligesom ved e-handelsloven, fundet, at "rettighedshaverne bør have mulighed for at kræve nedlagt forbud over for en mellemmand, der overfører en tredjemands krænkelse af et beskyttet værk eller andre frembringelser i et netværk"⁹⁶. Endvidere fastslås det, at ovenstående bør være gældende til trods for, at undtagelsen i Infosocdirektivet artikel 5 finder anvendelse. Denne bestemmelse svarer til OPHL § 11 a.

I Infosocdirektivet er der i artikel 8, stk. 1 åbnet op for, at medlemstaterne kan iværksætte sanktioner til håndhævelsen af rettighedshavernes ophavsret bl.a. gennem nedlæggelse af fagedforbud. At dette også gælder overfor mellemmand fremgår af Infosocdirektivet artikel 8, stk. 3. Danmarks krav om lovligt forlæg rækker her videre end det svenske, som kun gælder ved kopiering til eget brug. Dette skyldes, at fortolkningen af Infosocdirektivet er forskellig i Danmark og Sverige.

Forskellene i fortolkningen og begrundelsen herfor vil jeg redegøre nærmere for i de følgende afsnit.

6.1 Den danske implementering

6.1.1 Lovligt forlæg

Kravet om lovligt forlæg fremgår af OPHL § 11, stk. 3 og blev indført inden Infosocdirektivet blev vedtaget⁹⁷. Der er således ikke tale om, at det danske krav om lovligt forlæg er en følge af implementeringen af Infosocdirektivet. Det interessante er således, om dette krav er foreneligt med Danmarks forpligtelser ifølge de internationale konventioner, som Danmark har underskrevet, og endvidere om kravet stadig har sin berettigelse efter implementeringen af Infosocdirektivet⁹⁸, som har til formål at harmonisere ophavsretten i EU-landene.

Spørgsmålene vil blive behandlet i lyset af OPHL §§ 11 a og 12, da det er disse bestemmelser, som har størst betydning i relation til fildeling, og det er i relation til disse, at forskellen mellem den danske og svenske implementering viser sig.

6.1.1.1 Til privat brug jf. OPHL § 12

Om kravet om lovligt forlæg er foreneligt med forpligtelserne i de internationale konventioner behandles af Peter Schönning i U2000B.499⁹⁹.

Peter Schönning konkluderer i artiklen, at følgen af Danmarks forpligtelser jf. Bernerkonventionen

96 Infosocdirektivet, betragtning 59

97 Kravet om lovligt forlæg var ikke til stede i det første lovforslag, men blev tilføjet ved ændringsforslag L 141, Bilag 55. Se Betænkning afgivet af Kulturudvalget den 9. maj 2001: Betænkning over Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven. (Digital eksemplarfremsstilling til personlig brug, aftalelicens m.v.) af kulturministeren Elsebeth Gerner Nielsen

98 Trzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten. s. 470 note 44 gør også opmærksom på det tvivlsomme i opretholdelsen af kravet om lovligt forlæg i relation til OPHL § 11 a

99 Artiklen blev skrevet inden OPHL § 11, stk. 3 blev indsat i den danske ophavsretslov, og der var udsigt til en ændring af ophavsretsloven, som bevirkede, at der ikke ville blive stillet et krav om lovligt forlæg ved digital privatkopiering. Loven som Peter Schönning behandler spørgsmålet ud fra er LBK nr 706 af 29/09/1998

og TRIPS¹⁰⁰-aftalen er, at der skal indfortolkes et krav om lovligt forlæg til digital eksemplarfremsstilling til privat brug, hvilket jeg er enig i.

Schønnings argumentation¹⁰¹ baserer sig på tre-trins-testen i Bernerkonventionen artikel 9, stk. 2, som omhandler eneretten til eksemplarfremsstilling og TRIPS-aftalens tre-trins-test i dennes artikel 13, som er af mere generel art. Baggrunden for disse konventioners relevans er, at Danmark har forpligtet sig i forhold til en række konventioner, hvorfor det er vigtigt at inddrage disse konventioner til fortolkningen af indskrænkningerne i ophavsretslovens kapitel 2.

Tre-trins-testen opstiller tre betingelser for, at rettighedshaverens eneret til eksemplarfremsstilling kan begrænses.

Betingelserne er, at indskrænkningerne kun sker i

- 1) særlige tilfælde,
- 2) som ikke på skadelig måde påvirker den normale udnyttelse af værket og,
- 3) som ikke på urimelig måde gør indgreb i ophavsmandens legitime interesser jf. Bernerkonventionen artikel 9, stk. 2.

Denne tretrinsetest kan også findes i Infosocdirektivet artikel 5, stk. 5. Dette betyder, at indskrænkningerne i rettighedshaverens enerettigheder kræver, at disse vurderes i overensstemmelse med tretrinsetesten¹⁰².

Infosocdirektivet artikel 5, stk. 2, litra b omhandler, hvornår medlemslandene kan gøre indskrænkninger og undtagelser fra rettighedshaverens eneret til eksemplarfremsstilling. Sigtet med Infosocdirektivet var tillige at harmonisere undtagelserne i ophavsretten. Men grundet stor uenighed blandt medlemsstaterne endte Infosocdirektivet ud i 21 undtagelser, hvor det kun er bestemmelsen i artikel 5, stk. 1, der er obligatorisk. Af størst betydning i relation til undtagelser fra eller indskrænkninger af eneretten til eksemplarfremsstilling er artikel 5, stk. 2, litra b.

Bestemmelsen omhandler privates ikke-kommercielle eksemplarfremsstilling, som ikke sker til erhvervsmæssigt formål. Bestemmelsen er således i overensstemmelse med OPHL § 12, stk. 1. Der tages i dansk ret hensyn til kompensationen ved indførelsen af blankbåndsaftiften jf. OPHL §§ 39-46¹⁰³.

Der er således hjemmel til indførelsen af indskrænkningerne i eneretten til eksemplarfremsstilling til privat brug, men Infosocdirektivet nævner ikke noget krav om lovligt forlæg.

Schønnings konklusion er, at tre-trins-testen kræver, at der skal ske kopiering på baggrund af lovligt forlæg¹⁰⁴. Tre-trins-testen medfører, at det ikke er alle handlinger, der kan rummes af undtagelsesbestemmelserne, der er mulige at vedtage jf. Infosocdirektivet artikel 5, stk. 5¹⁰⁵.

Det skal herefter undersøges, om indskrænkningen i eneretten til eksemplarfremsstilling til privat brug jf. Infosocdirektivet artikel 5, stk. 2 litra b er tilladt, hvis ikke der indfortolkes et krav om lovligt forlæg, eller om kravet om lovligt forlæg er en nødvendig følge af tre-trins-testen.

Som Peter Schønnings gennemgang i U2000B.499 også viser, er der i tre-trins-testens bestemmelse om ”normal udnyttelse” et krav om, at hvis den pågældende brug af værket er en normal måde for rettighedshaveren at udnytte værket på for at få et vederlag, er dette en udnyttelse, som rettighedshaveren bør kunne kontrollere. Hvis en person laver en kopi af en film eller musik-cd til brug i sommerhuset eller i bilen, er der ikke tale om en normal udnyttelse for rettighedshaveren, hvorfor denne udnyttelse er tilladt.

Der er yderligere to krav i tre-trins-testen. Herefter må indskrænkningen ikke skade rettighedshaverens legitime interesser og må kun anvendes i særlige tilfælde. Rettighedshaverens

100 Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

101 Schønning, Peter: Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer? s. 501

102 Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier: Immaterialret, s. 165f

103 Kyst, Martin: Direktivet om ophavsret i informationssamfundet, s. 308-310

104 Schønning, Peter: Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer? s. 504

105 Trzaskowski, Jan m.fl: Internetretten, s. 334

legitime interesser kræver, at rettighedshaveren sikres en indtjening. Dette betyder, at han skal sikres et vederlag, hvilket kan være gennem tvangslicenser, som Schönning nævner¹⁰⁶ eller gennem blankbåndsafgiften¹⁰⁷. Slutteligt er det understreget, at indskrænkningen kun må være i særlige tilfælde¹⁰⁸.

I lyset af tre-trins-testen, må jeg her tilslutte mig Peter Schönning's argumenter for, at der gælder et krav om lovligt forlæg i relation til eksemplar fremstilling til privat brug.

Som anført ovenfor må indskrænkninger i rettighedshavers enerettigheder kun ske i særlige tilfælde, hvilket Schönning betegner som "en begrænset, personlig brug"¹⁰⁹. Hvis det var tilladt at foretage eksemplar fremstilling til privat brug uden et krav om lovligt forlæg, ville der ikke blot være tale om særlige tilfælde, da en sådan eksemplar fremstilling ville være alt for omfattende hertil. En ret til at kopiere fra ulovlige kopier vil desuden stride mod rettighedshaverens legitime interesser, da det ville støtte en udbredelse af de ulovlige kopier, hvilket vil indebære et problem for rettighedshaverens mulighed for at udnytte sine økonomiske enerettigheder.

Det anførte er meget tydeligt i relation til peer-to-peer fildeling, hvor manglen på et krav om lovligt forlæg ville betyde, at det ville være tilladt at downloade eksemplarer fra internettet, selvom disse eksemplarer var ulovlige, hvis blot downloaderen har ret hertil gennem indskrænkningerne i rettighedshaverens enerettigheder. Som gennemgået tidligere medvirker personen, som downloader værket gennem peer-to-peer netværket, også til eksemplar fremstilling, da man stiller den del af værket, som man har downloadet, til rådighed for andre. Dette vil således medføre at kopierne spredes ukontrollerbart og dermed til stor skade for rettighedshaverens legitime interesser og den normale udnyttelse af værket.

Schönning tager desuden hul på det, på tidspunktet for artiklens offentliggørelse, fremtidige aspekt, at det ville umuliggøre etableringen af internettjenester med lovlige downloads, hvis der ikke var et krav om lovligt forlæg¹¹⁰.

Til støtte herfor kan der ses på Sverige, som først i 2005 med implementeringen af Infosocdirektivet indførte et krav om lovligt forlæg ved eksemplar fremstilling til privat brug. Implementeringen af dette krav i svensk ret har medført, at der er skabt fornyet interesse omkring etableringen af onlinetjenester i Sverige til køb af musik og film. Tidligere havde disse store problemer med at konkurrere med de ulovlige fildelingstjenester¹¹¹.

Følgen af kravet om lovligt forlæg er, at det nu må anses for utvivlsomt, at brugere, der downloader fra peer-to-peer fildelingstjenester, gør dette på grundlag af ulovligt forlæg jf. OPHL § 11, stk. 3, hvorfor en sådan eksemplar fremstilling altid vil være ulovlig, og dermed kan sanktioneres jf. OPHL § 76, stk. 1, nr. 1 og § 83 overfor brugerne.

Når vi taler om fildeling gennem BitTorrent-teknologien skal der også gøres opmærksom på, at vi her er ude over OPHL § 12 om eksemplar fremstilling til privat brug, da denne form for fildeling bevirker, at man stiller den del af værket, som man allerede har downloadet, til rådighed for andre.

Der kan altså så ikke være tale om eksemplar fremstilling kun til privat brug, og man kan således ikke komme ind under bestemmelsen i OPHL § 12, uanset om der stilles kravet om lovligt forlæg eller ej.

Hermed er Schönning's eksempel med Napster-dommen desuden også forfejlet, da dette stadig ville være ulovligt uden kravet om lovligt forlæg, hvorfor indførelsen af et sådant ikke havde nogen betydning i denne sammenhæng¹¹².

106 Schönning, Peter: Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer? s. 502

107 Kyst, Martin: Direktivet om ophavsret i informationssamfundet, s. 309f

108 Infosocdirektivet taler i artikel 5, stk. 5 om "specielle tilfælde", men betydningen må antages at være den samme

109 Schönning, Peter: Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer? s. 503

110 Schönning, Peter: Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer? s. 503

111 Renfors, Cecilia: Musik och film på Internet, s. 201-206

112 Samme konklusion ses ved Heine, Kasper m.fl.: Internetjura, s. 424, note 129

Det kan altså konkluderes, at det er i overensstemmelsen med tre-trins-testen, og dermed Infosocdirektivet, Bernerkonventionen og TRIPS-aftalen, at der i dansk ret er indfortolket et krav om lovligt forlæg i relation til OPHL § 12 om eksemplarfremsstilling til privat brug. Eftersom kravet er i overensstemmelsen med konventionerne, som Danmark har forpligtet sig i henhold til, har kravet om lovligt forlæg ved privat eksemplarfremsstilling stadig sin berettigelse, da det modsatte ville medføre en overtrædelse af konventionerne. Der skal for god orden skyld igen gøres opmærksom på, at Infosocdirektivet artikel 5, stk. 5 henviser til tre-trins-testen, hvorfor det også må anses for værende i overensstemmelse med Infosocdirektivet at stille et krav om lovligt forlæg ved eksemplarfremsstilling til privat brug.

6.1.1.2 Midlertidig eksemplarfremsstilling

Den danske ophavsretslov går dog videre end til blot at stille krav om lovligt forlæg ved eksemplarfremsstilling til privat brug, idet den også opstiller et krav om lovligt forlæg i forbindelse med midlertidig eksemplarfremsstilling i OPHL § 11 a.

Jeg vil i det følgende redegøre for, hvorfor det efter tre-trins-testen også er tilladt at foretage den yderligere indskrænkning i undtagelsen til rettighedshavernes enerettigheder at stille et krav om lovligt forlæg ved den midlertidige eksemplarfremsstilling, men hvorfor kravet om lovligt forlæg er problematisk henset til formålet med Infosocdirektivet og slutteligt formuleringen af Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1.

6.1.1.2.1 Tre-trins-testen

Jeg vil i det følgende redegøre for, hvorfor det ikke er et krav ifølge tre-trins-testen, at der også indsættes et krav om lovligt forlæg ved den midlertidige eksemplarfremsstilling. Dette vil jeg gøre ved at gennemgå tre-trins-testen i relation til den midlertidige eksemplarfremsstilling.

Opmærksomheden skal indledningsvis henledes på, at Peter Schønning heller ikke mener, at den midlertidige eksemplarfremsstilling i OPHL § 11 a nødvendigvis vil stride mod tre-trins-testen, selvom der ikke bliver stillet et krav om lovligt forlæg. Schønnings argument er, at hvis den midlertidige eksemplarfremsstilling er uden økonomisk betydning for rettighedshaveren, vil dette ikke være i strid med tre-trins-testen¹¹³. Hvis det således ikke er i strid med tre-trins-testen, vil undtagelsen overholde betingelserne i henhold til TRIPS-aftalen, Bernerkonventionen og Infosocdirektivet artikel 5, stk. 5.

Indskrænkninger i rettighedshaverens enerettigheder skal fortolkes i lyset af tre-trins-testen jf. Infosocdirektivet artikel 5, stk. 5. Denne bestemmelse er ikke medtaget i den danske ophavsretslov, men den må inddrages ved fortolkningen af ophavsretsloven¹¹⁴.

De tre betingelser i tre-trins-testen, som skal være opfyldte, for at rettighedshaverens eneret til eksemplarfremsstilling kan begrænses, er gennemgået ovenfor.

Grunden til at den midlertidige eksemplarfremsstilling muligvis vil falde udenfor tre-trins-testen, hvis den ikke er af økonomisk betydning for rettighedshaveren skyldes, at tre-trins-testen knytter sig stærkt til rettighedshaverens økonomiske interesser eftersom ”den normale udnyttelse af værket” handler om rettighedshaverens udnyttelse af værkerne i økonomiske henseende og de ”legitime interesser” handler om, at rettighedshaveren skal sikres et vederlag. Det tredje og sidste krav om ”særlige tilfælde” betyder, at der skal udvises en vis tilbageholdenhed med anvendelsen af indskrænkningerne i rettighedshaverens enerettigheder.

Hvis der således er tale om en midlertidig eksemplarfremsstilling baseret på en lovlig brug af et værk jf. OPHL § 11 a, stk. 1, nr. 3, 2. pkt., er det svært at se, hvordan dette skulle stride mod rettighedshaverens legitime interesser eller påvirke den normale udnyttelse af værket. Der er desuden tale om en begrænsning til særlige tilfælde, da der skal være tale om en midlertidig

113 Schønning, Peter: Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer? s. 503

114 Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier: Immaterialret, s. 166

eksemplarfremsstilling samt lovlig brug med den heraf følgende betydning¹¹⁵.

Det rejser imidlertid flere spørgsmål ved fremsstillingen af midlertidige eksemplarer for at muliggøre en transmission i et netværk mellem tredjemænd jf. OPHL § 11 a, stk. 1, nr. 3, 1.led.

Ved fremsstilling af midlertidige eksemplarer med det formål at muliggøre en transmission mellem tredjemænd er der ikke tale om en normal udnyttelse for rettighedshaveren, hvorfor det ikke kan antages, at denne eksemplarfremsstilling, som sker i ISP'ernes netværk, vil påvirke den normale udnyttelse for rettighedshaveren. Der er tilmed kun tale om særlige tilfælde, da det er et helt specifikt tilfælde. Bestemmelsen medfører ikke på urimelig måde et indgreb i rettighedshavers legitime interesser, da rettighedshaverne ikke har nogen legitim interesse i at få et vederlag blot ved at værket transmitteres gennem ISP'ernes netværk¹¹⁶. ISP'ernes ansvarsgrundlag er desuden reguleret i e-handelsloven §§ 14-16.

Spørgsmålet er herefter, om tre-trins-testen kan rumme den indskrænkning af undtagelsen til rettighedshaverens eneret, som det medfører, at der er et krav om lovligt forlæg. Dette kan den godt, da der i tre-trins-testen er tre undtagelser, som skal være opfyldte for, at rettighedshaverens eneret til eksemplarfremsstilling kan begrænses. Da et krav om lovligt forlæg medfører, at området for undtagelse af rettighedshaverens enerettighed til eksemplarfremsstilling indskrænkes, vil dette være tilladt efter tre-trins-testen henset til, at midlertidig eksemplarfremsstilling også ville have været tilladt efter tre-trins-testen uden kravet om lovligt forlæg.

Denne midlertidige eksemplarfremsstilling jf. OPHL § 11 a bør, i lyset af tre-trins-testen, således anses for værende lovlig, selvom der ikke fandtes et krav om lovligt forlæg, hvorefter den yderligere begrænsning i undtagelsen til rettighedshaverens eneret, der følger af kravet om lovligt forlæg, også er tilladt efter tre-trins-testen.

En yderligere indskrænkning i undtagelserne til rettighedshaverens enerettigheder end dem, som allerede er fastsat direkte i Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1 vil altid være tilladt efter tre-trins-testen, når undtagelserne til rettighedshaverens enerettigheder vil være tilladte uden denne yderligere indskrænkning.

6.1.1.2.2 *Formålet*

Det går dog direkte imod formålet med Infosocdirektivet at kræve lovligt forlæg ved midlertidig eksemplarfremsstilling, da formålet med undtagelserne til rettighedshaverens enerettigheder er, at gøre det muligt at foretage processer, som ”udelukkende foretages med henblik på at muliggøre enten en mellemmands effektive transmission i et net mellem tredjemænd”¹¹⁷. Dette må efter en formålsfortolkning betyde, at meningen er, at ISP'ere ikke skal holdes ansvarlige for den midlertidige eksemplarfremsstilling, som er nødvendig for at transmittere data mellem tredjemænd. Dette er under forudsætning af, at ”mellemanden ikke ændrer informationen og ikke foretager indgreb i den lovlige anvendelse af teknologi, som er almindelig anerkendt og anvendt af industrien med det formål at skaffe sig data om anvendelsen af informationen”¹¹⁸. Denne forudsætning skal ses i sammenhæng med e-handelslovens § 14 om ren videreformidling og § 15 om caching¹¹⁹.

6.1.1.2.3 *Formuleringen af Infosocdirektivet*

Et andet element, som klart taler for, at det er i strid med Infosocdirektivet at have et krav om lovligt forlæg i relation til den midlertidige eksemplarfremsstilling, er formuleringen af Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1, litra a og b, som svarer til OPHL § 11 a, stk. 1, nr. 3.

115 Se nærmere om lovlig brug nedenfor i afsnit 6.1.1.2.3

116 Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier: Immaterialret, s. 165f

117 Infosocdirektivet, betragtning 33

118 Infosocdirektivet, betragtning 33

119 Infosocdirektivet betragtning 33 om, at mellemanden ikke må ændre eller foretage indgreb i den lovlige anvendelse skal ses som en henvisning til e-handelsdirektivet artikel 12 om ren videreformidling og artikel 13 om caching, hvor mellemanden under visse betingelser er ansvarsfri

I formuleringen af denne artikel er der indsat et "eller" mellem litra a og b, hvilket medfører, at den midlertidige eksemplarfremsstilling er lovlig, hvis der *enten* er tale om "en mellemmands transmission i et netværk mellem tredjemænd, eller en lovlig brug" jf. Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1. Denne differentiering medfører, at en mellemmands transmission altid er lovlig eksemplarfremsstilling efter Infosocdirektivet, hvis den opfylder de øvrige betingelser i artikel 5, stk. 1, *uden* at der stilles et krav om lovlig brug.

Der gælder i direktivet artikel 5, stk. 2 en række undtagelser, som medlemslandene har mulighed for at indføre. Men da artikel 5, stk. 1 er obligatorisk, kan der ikke indsættes nogen undtagelser hertil, som vil gøre denne illusorisk, da dette ville stride mod hele formålet med at vedtage Infosocdirektivet, som skulle harmonisere ophavsretten med visse obligatoriske bestemmelser. Dette er også konklusionen i Cecilia Renfors rapport: "Ett sådant krav skulle motverka bestämmelsens syfte att möjliggöra överföringar i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand"¹²⁰. Indsættelsen af et krav om lovligt forlæg ved den midlertidige eksemplarfremsstilling medfører, at artikel 5, stk. 1 aldrig kommer til anvendelse i den form, hvori den er tilstede i Infosocdirektivet, da der ikke må stilles yderligere krav for til den obligatoriske bestemmelse i artikel 5, stk. 1.

Det fremgår netop af Infosocdirektivet, at artikel 5, stk. 1 ikke er fakultativ, som de resterende undtagelsesbestemmelser er det, men at der derimod er tale om en obligatorisk undtagelse i direktivet¹²¹. Da kravet i den danske ophavsretslov om lovligt forlæg jf. OPHL § 11, stk. 3 også omfatter den midlertidige eksemplarfremsstilling, som ISP'erne fortager, er der altså her tale om en uoverensstemmende implementering af et EU-direktiv.

Der er tale om lovlig brug jf. Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1, litra b, "...når den er godkendt af rettighedshaveren, eller når den ikke er undergivet lovmæssige restriktioner" jf. Infosocdirektivet betragtning 33.

Dette betyder ikke, at der ikke kan stilles et krav om lovligt forlæg ved Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1, litra b ved fortolkningen af lovlig brug. Dette vil ved den danske ophavsretslov give ganske god mening, da det er tilladt at indsætte et krav om lovligt forlæg ved eksemplarfremsstilling til privat brug¹²². Som følge af at "lovmæssige restriktioner" blandt andet dækker over tilfælde, hvor brugen er dækket af en undtagelse, vil der skulle tages hensyn til, at den danske ophavsretslov kræver lovligt forlæg ved indskrænkningerne i ophavsretten jf. OPHL § 11, stk. 3 herunder eksemplarfremsstilling til privat brug. Der kan altså godt ved den lovlige brug jf. OPHL § 11 a, stk. 1, nr. 3, 2. led indsættes et krav om lovligt forlæg for, at der kan være tale om en lovlig brug af værket.

Men hvis kravene om lovlig brug også skulle gælde ved ISP'ernes transmission af data, ville der ikke være behov for, at der var indsat et "eller" mellem litra a og b, hvorfor kravet om lovlig brug ikke kan udvides til også at være indeholdt i OPHL § 11 a, stk. 1, nr. 3, 1. led.

Kravet om lovligt forlæg for midlertidig eksemplarfremsstilling for mellemmand er således klart i strid med både formålet med og formuleringen af Infosocdirektivet.

Det danske krav om lovligt forlæg må derfor anses for værende for vidtgående, da dette ville stride mod formålet i Infosocdirektivet med at harmonisere dele af ophavsretten og imod formålet med at have en obligatorisk undtagelse, hvis det skulle være tilladt at knytte yderligere betingelser til denne undtagelse.

Kasper Heine m.fl. konkluderer uden yderligere begrundelse, at det er muligt for Danmark at opretholde kravet om lovligt forlæg jf. OPHL § 11, stk. 3 ved privat brug, da der er tale om en mindre indskrænkning. At kravet om lovligt forlæg også rammer den midlertidige eksemplarfremsstilling, som ISP'erne foretager og begrundelsen for, hvorfor dette kan opretholdes,

120 Renfors, Cecilia: Musik och film på Internet, s. 350

121 Kyst, Martin: Direktivet om ophavsret i informationssamfundet, s. 306-309

122 Se min gennemgang i afsnit 6.1.1.1

gives der imidlertid ingen indsigt i¹²³.

Ved regelkonflikter mellem national ret og EU-ret, skal EU-retten gå forud for national ret. National ret, der er i strid med EU-retten, kan derfor tilsidesættes af en domstol. Det er dog EF-domstolen, som har kompetencen til at fortolke EU-reglerne, og en endelig afklaring på problemstillingen vil derfor ikke foreligge, før problemet bliver forelagt EF-domstolen. I et sådan tilfælde af regelkonflikter skal der anlægges en EU-konform fortolkning. Da Infosocdirektivet på dette område, hvor der er tale om en obligatorisk undtagelse, er udtryk for en totalharmonisering, må resultatet således blive, at kravet om lovligt forlæg i relation til OPHL § 11 a, stk. 1, nr. 3, 1. pkt. bør bortfortolkes.

Kravet om lovligt forlæg i sammenhæng med den midlertidige eksemplarfremsstilling har således ikke sin berettigelse efter implementeringen af Infosocdirektivet. Der er ingen tvivl om, at formålet er, at ISP'erne skal holdes ansvarsfrie for den midlertidige eksemplarfremsstilling, som de foretager, når de transmitterer data mellem brugerne. Der kan derfor ikke stilles et krav om, at ISP'ernes midlertidige eksemplarfremsstilling skal ske på grundlag af lovligt forlæg.

Den forskellige implementering af Infosocdirektivet har derfor ingen betydning i denne sammenhæng grundet e-handelsloven, men bevirker dog, at ISP'erne konstant overtræder ophavsretsloven, da disse ofte foretager kopier, som ikke sker på grundlag af lovligt forlæg.

6.2 Den svenske implementering

Ligesom Danmark har Sverige tilsluttet sig både Bernerkonventionen og TRIPS-aftalen.

Sverige implementerede Infosocdirektivet ved lov den 1. juli 2005¹²⁴.

Sverige har modsat Danmark kun sat et krav om lovligt forlæg ved kopiering til eget brug og ikke ved midlertidig eksemplarfremsstilling¹²⁵. Dette stemmer bedre overens med Infosocdirektivet, som argumenteret for ovenfor.

Da indførelsen af Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1 er obligatorisk, kom den svenske regering i dens forslag til gennemførelsen af implementeringen af Infosocdirektivet frem til, at der "måste således i den nationella lagstiftningen införas regler med ett innehåll som resulterar i att syftet med artikel 5.1 uppnås. Eftersom det i artikel 5.1 uppställs ett antal specifika förutsättningar för att det skall vara tillåtet att framställa tillfälliga former av exemplar av upphovsrättsligt skyddade verk eller prestationer skyddade av till upphovsrätten närstående rättigheter är utrymmet för medlemsstaterna att tolka bestämmelsen mycket begränsat. I princip bör det inte komma i fråga att avvika från direktivets ordalydelse i annat än redaktionellt hänseende"¹²⁶.

Dette adskiller sig væsentligt fra den danske implementering, da OPHL § 11, stk. 3 medfører, at formålet med Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1 ikke opnås, da der også her stilles et krav om lovligt forlæg.

Cecilia Renfors argumenterer i sin rapport om ophavsret på internettet imod en indførelse af et krav om lovligt forlæg ved midlertidige eksemplarfremsstillinger i svensk ret.

Dette begrundes i hensynet til formidleren, ISP'eren, som i så fald ville være objektivt ansvarligt for krænkelse, som sker i hans netværk, hvilket er tilfældet i Danmark.

I fremsstillingen henviser Cecilia Renfors også til den svenske regeringens forslag til gennemførelsen af implementeringen af Infosocdirektivet, hvor hun er enig i dens betragtning om, at et krav om lovligt forlæg ved midlertidig eksemplarfremsstilling ville gå imod Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1, da det ville modvirke sigtet med bestemmelsen om, at muliggøre transmissioner

123 Heine, Kasper m.fl.: Internetjura, s. 442

124 Lov 2005:359

125 Den svenske ophavsretslov §§ 12 og 11 a. Se også Renfors Cecilia: Musik och film på Internet, s. 62-63

126 Regeringens proposition 2004/05:110, s. 93

mellem tredjemænd gennem en mellemmand, som her er ISP'eren¹²⁷.

Det kan også læses af den svenske regerings forslag til gennemførelsen af implementeringen af Infosocdirektivet at et ”fåtal remissinstanser, bl.a. Svenska Antipiratbyrå, har anført at endast sådana tillfälliga kopior som har en lovlig förlaga bör omfattas av den nya inskränkingsbestämmelsen. Att i svensk rätt uppställa ytterligare villkor för att tillåta framställning av tillfälliga exemplar vore emellertid inte förenligt med artikel 5.1. Dessutom skulle ett krav på lovlig förlaga helt motverka bestämmelsens syfte att möjliggöra dels överföringar i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand, dels att webbläsning kan ske. Det kan alltså inte komma i fråga att uppställa ett krav på lovlig förlaga för att framställning av tillfälliga former av exemplar skall vara tillåten”¹²⁸. Det er for nærværende afhandling interessant, da dette netop beskriver retstilstanden i Danmark og den forskellige fortolkning af Infosocdirektivet i Danmark og Sverige.

Hvor Sverige ikke mener, at der er plads til at indfortolke et krav om lovligt forlæg ved midlertidig eksemplarfremsstilling i direktivets artikel 5, stk. 1, har vi i Danmark forsat et krav om lovligt forlæg i OPHL § 11, stk. 3.

6.3 Betydningen af de forskellige implementeringer af Infosocdirektivet

Jeg vil herefter undersøge, om det har nogen betydning for muligheden for nedlæggelse af fagedforbud mod bestemte hjemmesider¹²⁹, at man i den danske ophavsretslov har medtaget et krav om lovligt forlæg i relation til den midlertidige eksemplarfremsstilling jf. OPHL § 11 a. Kravene for nedlæggelse af fagedforbud bliver gennemgået nedenfor.

6.3.1 Fagedforbud

Et fagedforbud er et såkaldt foreløbigt retsmiddel. Kendetegnet er, at de foreløbige retsmidler skal følges op af en justificationssag. Formålet med de foreløbige retsmidler er at forhindre, at rekvirenten lider retstab ved at skulle afvente en almindelig retssag. Retsplejeloven (RPL) giver således adgang til, at der kan nedlægges fagedforbud under visse nærmere angivne betingelser, hvilket er et af de vigtigste sanktionsmidler i immaterialretten. Forskellen fra de andre sanktioner er, at fagedforbuddet bliver nedlagt på grundlag af objektive kriterier og tager ikke hensyn til den subjektive hensigt eller uagtsomhed¹³⁰. Det er blot et krav, at det bliver sandsynliggjort, at der er en krænkelse.

RPL § 641, stk. 1 og 2 bestemmer, at fagedretten kan pålægge rekviritus at undlade at foretage handlinger, som strider mod rekvirentens ret, og at fagedretten kan pålægge rekviritus at foretage enkeltstående handlinger for at sikre den pålagte undladelsespligt.

Der er fire krav, der skal være opfyldte, for at der kan nedlægges fagedforbud. De første tre er at finde i RPL § 642, hvor det anføres, at de handlinger, der søges forbudt, skal stride mod rekvirentens ret, at der skal være risiko for, at rekviritus vil foretage de handlinger, der søges forbudt og at formålet forspildes, hvis der skal ske almindelig rettergang.

Slutteligt må der ikke foreligge en forbudsudelukkelsesgrund jf. RPL § 643, hvilket er tilfældet, hvis straffe- og erstatningsregler yder rekvirenten tilstrækkeligt værn, eller hvis det strider mod proportionalitetsprincippet at nedlægge forbud.

Rekvirenten skal i visse tilfælde stille sikkerhed jf. RPL § 644, hvis dette er nødvendigt henset til den skade og ulempe, som kan påføres rekviritus. Det er således en vurdering for retten, om der skal stilles sikkerhed samt den eventuelle størrelse af denne sikkerhed.

Muligheden for at nedlægge fagedforbud skal ses som den primære beskyttelse. Dette skyldes, at

127 Renfors, Cecilia: Musik och film på Internet, s. 349-350

128 Regeringens proposition 2004/05:110, s. 97

129 Dette er i dansk retspraksis sket i sagerne U2006.1474H, Allofmp3-sagen (F1-15124), The Pirate Bay-sagen (Østre Landsrets kendelse den 26. november 2008. Sagsnr. B-530-08

130 Madsen, Palle Bo, Markedsret del 3, 5. udgave, s. 301

den subsidiære beskyttelse i form af straf eller erstatning ved den efterfølgende retssag ofte ikke beskytter de immaterielle rettigheder tilstrækkeligt¹³¹.

At fogedforbuddet er det primære retsmiddel ses ved ophavsretlige krænkelse, når der sker ulovlig eksemplar fremstilling eller offentlig tilgængeliggørelse jf. OPHL § 2. Dette skyldes, at det i disse situationer er vigtigt hurtigt at kunne fortage et indgreb mod krænkelsen. Dette opnår man kun igennem et foreløbigt fogedforbud.

Under den senere justifikations sag kan det vise sig, at retten ikke eksisterer eller, at den ikke er krænkelse. I så fald er forbuddet ikke lovligt nedlagt, hvilket betyder, at der påhviler rekvirenten et objektivt erstatningsansvar jf. RPL § 648, stk. 1, jf. § 639, stk. 1¹³².

Justifikations sagen skal anlægges inden 2 uger efter, at forbuddet er nedlagt jf. RPL § 648 stk.1, jf. § 634.

Cecilia Renfors henviser til det danske krav om lovligt forlæg under hendes behandling af, om der bør indføres et ansvar for tilfældige kopier i svensk ret. Det er dog en forfejlet problemstilling, når Cecilia Renfors anfører, at det ville blive et problem, at brugerne er ansvarlige for ophavsretskrænkelser ved at surfe på hjemmesider med et indhold, som rettighedshaverne ikke har godkendt¹³³. For at kunne pålægge et straffeansvar jf. OPHL § 76 kræves der nemlig efter dansk ret, at der skal være tale om en forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse. Angående erstatning og godtgørelse jf. OPHL § 83, stk. 1 kræves der forsætlighed eller uagtsomhed. Der vil således ikke være noget retssikkerhedsmæssigt betænkeligt ved, at straffe en person der ved at handle forsætligt eller groft uagtsomt gør sig skyldig i krænkelse af rettighedshaverens enerettighed til eksemplar fremstilling jf. OPHL § 2, stk. 2.

Det risikeres derfor næppe, at uskyldige brugere bliver fanget af bestemmelsen og bliver pålagt et ansvar efter dansk ret.

Cecilia Renfors har dog ret i, at Infosocdirektivet også vil tillade den midlertidige eksemplar fremstilling som følge af browsning¹³⁴ under de betingelser, der er angivet i Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1, som er implementeret i OPHL § 11 a. Den danske ophavsretslov stiller et krav om lovligt forlæg jf. OPHL § 11, stk. 3, hvorfor brugerne let kan blive objektivt ansvarlige for eksemplar fremstilling i strid med rettighedshaverens enerettigheder. Dette er dog, som følge af min gennemgang ovenfor, en mere teoretisk risiko end en reel.

6.3.2 Betydningen for ISP'erne og systemudbydere

Det interessante i denne forbindelse er, hvilken betydning, om nogen, det danske krav om lovligt forlæg jf. § 11a har for muligheden for nedlæggelse af fogedforbud i Danmark samt strafbarheden af mellemmand.

Jeg har allerede redegjort for, at den danske ophavsretslov medfører, at mellemmand ofte bliver objektivt ansvarlige for den midlertidige eksemplar fremstilling, som sker i deres netværk og routere, når de transmitterer data mellem tredjemænd, da OPHL § 11, stk. 3 opstiller et krav om lovligt forlæg. Der kan således nedlægges et fogedforbud mod ISP'erne for den eksemplar fremstilling, der bliver foretaget i deres netværk. Et sådan fogedforbud vil resultere i en blokering af den pågældende hjemmeside.

I lyset af min redegørelse af den danske implementering af Infosocdirektivet er det i strid med formålet og formuleringen af Infosocdirektivet at kræve lovligt forlæg ved den midlertidige eksemplar fremstilling, som ISP'erne foretager, selvom kravet kan rummes af tre-trins-testen.

131 Madsen, Palle Bo, Markedsret del 3, 5. udgave, s. 27

132 Madsen, Palle Bo, Markedsret del 3, 5. udgave, s. 27 og Petersen, Clement Salung: Immaterialrettigheder og foreløbige forbud, s. 24-28

133 Renfors, Cecilia: Musik och film på Internet, s. 349-350

134 Infosocdirektivet, betragtning 33

Den uoverensstemmende implementering af Infosocdirektivet medfører, at ISP'erne efter danske ret er ansvarlige for enhver midlertidig eksemplarfremsstilling, som ikke stammer fra lovligt forlæg, hvilket ikke er i overensstemmelse med Infosocdirektivet.

En korrekt implementering af Infosocdirektivet i dansk ret ville betyde, at der ikke kan nedlægges fagedforbud i de tilfælde, hvor en hjemmeside krænker rettighedshaverens enerettigheder jf. OPHL § 2, stk. 2. Dette skyldes dog ikke Infosocdirektivet, men de danske betingelser for nedlæggelse af fagedforbud.

Det er netop anført i Infosocdirektivet, at selvom ISP'ernes handlinger er omfattet af en undtagelse i direktivets artikel 5 bør dette ikke medføre, at der ikke kan nedlægges forbud overfor ISP'eren. De nærmere betingelser for dette skal fastsættes i national lovgivning¹³⁵.

Ovennævnte skyldes ligeledes ikke e-handelsdirektivet, da dette udtrykkeligt siger, at begrænsningerne i formidleransvaret, som følger af e-handelsdirektivet, ikke er til hinder for, at der kan anvendes foreløbige retsmidler til blandt andet at hindre adgangen til ulovlige informationer¹³⁶.

Til nedlæggelse af fagedforbud kræver dansk lovgivning, at handlingen, som ISP'erne foretager, skal stride mod rekvirentens ret jf. RPL § 642. Ved en korrekt implementering af Infosocdirektivet vil der ikke være tale om en krænkelse af rettighedshavernes eneret jf. OPHL § 2, stk. 2 ved den midlertidige eksemplarfremsstilling, som sker i ISP'ernes netværk og routere jf. OPHL § 11 a, da der ikke her kan kræves lovligt forlæg. Der er desuden heller ikke tale om, at ISP'erne foretager en tilgængeliggørelse af værket i deres netværk jf. OPHL § 2, stk. 3.

Da ISP'erne således ikke ved den midlertidige eksemplarfremsstilling foretager en handling, som strider mod rekvirentens ret, vil det ikke være muligt at nedlægge et fagedforbud jf. RPL § 642.

Ved at brugerne af fildelingstjenesten har adgang til torrentfilerne, sker der ikke herved en eksemplarfremsstilling jf. OPHL § 2, stk. 2 mellem fildelingstjenesten og brugene. Eksemplarfremsstillingen sker først mellem de enkelte peers, men systemudbyderne kan ifalde et medvirkensansvar for denne eksemplarfremsstilling jf. OPHL § 2, stk. 2, jf. STFL § 23¹³⁷.

Ved den danske pirate Bay-dom¹³⁸ er det nye, at man pålægger ISP'erne et ansvar for medvirken til den efterfølgende eksemplarfremsstilling, og på det grundlag nedlægger man et fagedforbud. Tidligere har grundlaget været, at ISP'erne foretog en midlertidig eksemplarfremsstilling i deres netværk, hvilket, efter udformningen af ophavsretsloven, er en krænkelse jf. OPHL § 11 a, jf. § 11, stk. 3. Det er således meget interessant, at man anser denne medvirken, sammen med medvirken til tilgængeliggørelse, for værende tilstrækkeligt til at nedlægge fagedforbud.

Da torrentfiler er offentlig fremførelse jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3 vil overførelsen, som ISP'erne foretager, kunne være medvirken til offentlig fremførelse jf. STFL § 23. Da handlingen strider mod rekvirentens ret jf. RPL § 642, stk. 1, nr. 1 vil der være mulighed for at nedlægge et fagedforbud mod hjemmesiden, da ISP'erne ikke vil være beskyttet af Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1, da denne bestemmelse kun omhandler eneretten til eksemplarfremsstilling.

I det omfang betingelserne herfor er opfyldte foretager systemudbyderne en medvirken til tilgængeliggørelse af værket ved at hoste torrentfilerne. Dette er en tilstandsforbrydelse, som er opretholdt så længe, som værket er offentligt tilgængeligt. Denne krænkelse kan der nedlægges fagedforbud mod, da systemudbyderne direkte foretager en handling, som strider mod rekvirentens ret, jf. RPL § 642, stk. 1, nr. 1. Da den obligatoriske undtagelsen i Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1 kun omhandler eksemplarfremsstilling medfører forskellen i implementeringen ingen forskel på dette område.

135 Infosocdirektivet betragtning 59

136 E-handelsdirektivet, betragtning 45

137 Se afsnit 5.4

138 Østre Landsrets kendelse den 26. november 2008. Sagsnr. B-530-08

Det er derfor min vurdering, at Danmark ikke har implementeret Infosocdirektivet korrekt, hvorfor dette, ved en korrekt implementering uden ændring af retsplejeloven, vil komme til en konflikt mellem Infosocdirektivet artikel 8, stk. 3 og artikel 5, stk. 1.

Dette skyldes, at betragtning 59 i Infosocdirektivet siger, at muligheden for nedlæggelse af forbudet ”bør foreligge, uanset om mellemmandens handlinger er undtaget i henhold til artikel 5”. Ud fra en fortolkning af ordlyden kommer man her frem til, at også en mellemmands handlinger, som er omhandlet i Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1, skal kunne gøres til genstand for et forbud, blot med respekt for artikel 5, stk. 1. Ved at have kravet om lovligt forlæg er der mulighed for nedlæggelse af forbud på baggrund af den objektive krænkelse i netværket, som denne foretager, hvormed betragtning 59 er opfyldt, men det er ikke sket med respekt for artikel 5, stk. 1, da handlingerne ikke er undtaget fra eneretten til eksemplarfremsstilling.

Begge betingelser kan ikke opfyldes, hvis ikke man samtidig med en ændring af ophavsretsloven foretager en ændring af den danske retsplejelov, da det efter den nuværende udformning er et krav, at ISP'erne foretager en handling, som strider mod rekvirentens ret jf. RPL § 642, hvilket er uforenligt med ISP'ernes ansvarfrihed jf. artikel 5, stk. 1. Det er vigtigt at være opmærksom på, at det er den danske udformning af retsplejeloven, som gør, at det ikke vil være muligt at anlægge sag mod ISP'erne med det formål at blokere for en hjemmeside på grundlag af retsstridig eksemplarfremsstilling. Infosocdirektivet¹³⁹ og e-handelsdirektivet¹⁴⁰ har nemlig åbnet op for denne mulighed.

Om svensk ret lever op til Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1 kan diskuteres. Efter svensk ret har man fortolket dette krav således, at man skal have mulighed for at gribe ind over for den mellemmand, som f.eks. stiller en server til rådighed, hvorpå der er ophavsretligt krænkende materiale, hvis mellemmanden er objektivt ansvarlig. Det fremgår af den svenske regerings forslag til gennemførelsen af implementeringen af Infosocdirektivet, at man, i diskussionen af implementeringen af artikel 8, stk. 3, også har set på artikel 5, stk. 1, hvorefter ISP'erne er ansvarsfrie under de anførte forudsætninger. Hertil fastslår man, at det kræves, at mellemmanden har deltaget aktivt i den krænkende handling på en eller anden måde for, at han strafferetligt kan stilles til ansvar for krænkelsen.

Det bliver i forslaget konkluderet, at da det efter svensk ret i flere bestemte tilfælde er muligt at gribe ind overfor mellemmanden, lever sanktionerne op til Infosocdirektivet artikel 8, stk. 3. Disse muligheder findes i svensk ret, hvis mellemmanden medvirker til krænkelsen, eller hvis mellemmanden ikke fjerner det krænkende materiale på hans server efter påbud herom. Der er desuden mulighed for, at der kan foretages destruktion eller beslaglæggelse til håndhævelse af ophavsrettighederne. På denne baggrund konkluderes det således i forslaget, at sanktionerne lever op til artikel 8, stk. 3. Det fastslås, at der kan bringes et forbud mod ISP'eren, hvis han har medvirket ved råd eller dåd, hvilket er det samme, som kræves til medvirken efter den danske STFL § 23¹⁴¹.

Cecilia Renfors er dog en klar fortaler for indførelsen af muligheden for nedlæggelse af forbud ved ISP'ernes objektive krænkelse af ophavsretten, da disse er ansvarsfrie efter e-handelsdirektivet¹⁴².

Kapitel 7. E-handelsloven

I e-handelsloven reguleres ISP'ernes ansvar for brugernes handlinger og det materiale, der

139 Infosocdirektivet betragtning 58, 59, artikel 8, stk. 2, 8, stk. 3

140 E-handelsdirektivet artikel 12, stk. 3, 13, stk. 2, 14, stk. 3.

141 Regeringens proposition 2004/05:110, s. 382-385

142 Renfors, Cecilia: Musik och film på Internet, s. 350-358

transmitteres i netværket¹⁴³ i §§ 14-16.

7.1 EU-rettens placering i national ret

E-handelslovens bestemmelser i §§ 14-16, som er en implementering af e-handelsdirektivet artikel 12-14, siger, hvornår ISP'erne er ansvarsfri på baggrund af EU-lovgivningen. I disse tilfælde er der ikke tvivl om, at ISP'erne er ansvarsfrie, da der er tale om *lex specialis*, og at EU-retten har forrang frem for national ret¹⁴⁴.

Hvis betingelserne er opfyldte, kan de ikke pålægges erstatnings- eller strafansvar. Dette er dog ikke ensbetydende med, at ISP'erne er ansvarlige, når vi kommer uden for det område, som er reguleret i e-handelsloven, men at dette er overladt til dansk ret i øvrigt.

Ansvarsfritagelsesbestemmelserne betyder ikke, at der ikke kan nedlægges et fagedforbud mod tjenesteyderne, hvilket fremgår af Europa-Parlamentets og Rådets bemærkninger til e-handelsdirektivet. Heri angives det, at ”begrænsninger i formidleransvaret for tjenesteydere, der fastsættes i dette direktiv, påvirker ikke muligheden for at anvende forskellige former for foreløbige retsmidler; sådanne foreløbige retsmidler kan navnlig bestå i afgørelser fra domstole eller administrative myndigheder, hvori det kræves, at eventuelle overtrædelser bringes til ophør eller forhindres, herunder at ulovlige informationer fjernes, eller at adgangen til dem hindres”¹⁴⁵.

En række domme har fastslået, at det manglende subjektive ansvarsgrundlag for ISP'erne ved eksemplarfremsstillingen ikke medfører, at der ikke kan nedlægges et fagedforbud, men at dette afhænger af, om der objektivt sker en krænkelse i ISP'ernes netværk.

7.2 Retspraksis (Om e-handelsdirektivet)

TDC-sagen

I U 2006.1474H (TDC-sagen) fastslog retten, at ansvarsfrihed jf. e-handelsloven § 14 ikke var til hinder for nedlæggelsen af fagedforbud. Der var i dommen ingen tvivl om, at TDC var ansvarsfri jf. e-handelsloven § 14.

Retten vurderede i sagen, at det var nødvendigt at afbryde forbindelsen til internettet for ejerne af serverne, hvorfra de udbød film og musik i strid med ophavsretsloven, hvilket indebar en krænkelse af ophavsretsloven § 2, hvorfor man opretholdt fagedforbudet. Trods TDC's utvivlsomme ansvarsfrihed jf. e-handelsloven § 14 foregik der stadig en krænkelse i TDC's netværk. Dette er den objektive betingelse, som skulle være sandsynliggjort for, at et fagedforbud kunne nedlægges jf. RPL § 642. Man foretog herefter en afvejning af risikoen ved at nedlægge et fagedforbud, og da man fandt, at TDC ikke ville ifalde et erstatningsansvar, og forbudet heller ikke stod i åbenbart misforhold til rettighedshavernes interesse i forbudet, skulle dette opretholdes¹⁴⁶.

Allofmp3-dommen

Københavns Fogedrets kendelse af 25. oktober 2006 i sag F1-15124, som også kaldes Allofmp3-dommen, handlede om en russisk hjemmeside, hvor man kunne købe digital musik. Dette skete dog uden eller kun i begrænset omfang med rettighedshavernes accept, hvorfor der forelå en krænkelse jf. OPHL § 2.

Der forelå også en krænkelse ved Tele2's transmittering af data, da der ikke var tale om lovligt

143 Trzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten, s. 357

144 Princippet om EU-rettens forrang blev anerkendt ved blandt andet Costa/Enel sagen, sag. 6/64

145 E-handelsdirektivet betragning 45

146 Ved nedlæggelse af fagedforbud skal der tages hensyn til proportionalitetsprincippet. Thomas Riis udtaler i sin kommentar til U 2006.1474 H, at det er et uafklaret spørgsmål, hvilket omfang krænkelsen skal have for, at det ud fra proportionalitetsgrundsætningen vil være tilstrækkeligt til, at forbuddet nægtes. Ved en blokeringspærrer man også for den lovlige trafik. Det er tilmed meget interessant, at den norske byret i Asker og Bærum, i sag nr. 09-096202TVI-AHER/2, den 6/11 2009 afviste at spærre adgangen til thepiratebay.org, da man ikke mente, at det er ISP'ernes opgave at håndhæve ophavsrettighederne gennem spærring af hjemmesider.

forlæg, jf. OPHL § 11, stk. 3, hvorfor undtagelsen i OPHL § 11 a, stk. 1 ikke fandt anvendelse. Transmissionen, som skete i Tele2's netværk, udgjorde således en krænkelse jf. OPHL § 2, stk. 2, hvilken Tele2 var objektivt ansvarlig for. Tele2 blev derfor pålagt at hindre adgangen til hjemmesiden allofmp3.com ved at foretage en DNS spærring. Da retten ikke fandt, at Tele2 kunne pådrage sig et erstatningsansvar gennem spærringen af hjemmesiden, blev der ikke stillet noget krav om sikkerhedsstillelse.

Dommen er dog aldrig blevet fulgt op af en justificationssag, hvilket eventuelt kan forklares ved, at ISP'erne ikke har stor nok interesse i at risikere omkostningerne ved en justificationssag, da deres omkostninger ved at skulle blokere for en hjemmeside er yderst begrænsede.

Problemet er endvidere, at retten fastslog ud fra en proportionalitetsafvejning, at det ikke kunne kræves, at rettighedshaverne havde søgt at stoppe den russiske hjemmeside gennem sagsanlæg eller lignende i Rusland, da dette ville betyde, at hjemmesiden ville kunne fortsætte i længere tid, hvilket ville betyde yderligere tab for rettighedshaverne. Det er således problematisk, at det er lykkedes for IFPI Danmark¹⁴⁷ at anvende et foreløbigt retsmiddel til at blokere en hjemmeside, uden at dette blev fulgt op af en justificationssag, uden at det krævede sikkerhedsstillelse, og uden at man på nogen måde havde forsøgt at standse krænkelse direkte ved krænkeren¹⁴⁸.

Den danske Pirate Bay-dom¹⁴⁹

I den danske Pirate Bay sag havde IFPI på vegne af en række rettighedsorganisationer krævet nedlæggelse af fogedforbud mod¹⁵⁰ den svenske hjemmeside thepiratebay.org. The Pirate Bay indeholdt en BitTorrent-tracker og indexer. Desuden oplagredes der torrentfiler på servere, som udgjorde en tilgængeliggørelse af værkerne jf. OPHL § 2, stk. 3. Her stadfæstede Østre Landsret fogedforbudet. Der var i sagen ingen tvivl om, at Tele2 var fritaget for ansvar jf. e-handelsloven § 14.

Ved nedlæggelsen af fogedforbud skal man vurdere om blokeringen af hjemmesiden gennem fogedforbud som foreløbig retsmiddel i forhold til proportionalitetsprincippet. Rettighedshaverens interesser i at få bragt krænkelse til ophør gennem fogedforbuddet skal vejes op mod med den skade eller ulempe, som det vil påføre ISP'eren. Såfremt det står i åbenbart misforhold, kan fogedretten nægte at nedlægge fogedforbud, hvilket man ikke fandt i dette tilfælde. Det blev heller ikke krævet sikkerhedsstillelse fra IFPI.

Fogedretten kommer med det meget vidtgående argument, idet den siger, at formidlingen af adgangen til thepiratebay.org indebærer en transmission af ophavsretsligt beskyttede værker. Altså at allerede formidlingen af adgangen til thepiratebay.org indebærer en transmission af beskyttede værker igennem ISP'ernes net.

Da der ikke findes ophavsretligt beskyttet materiale i torrentfilerne, som bliver transmitteret i netværket mellem brugeren og thepiratebay.org, sker der som udgangspunkt heller ikke en krænkelse af OPHL § 2, stk. 1 i ISP'ens netværk ved denne transmission.

Torrentfilerne udgør dog en tilgængeliggørelse af værket jf. OPHL § 2, stk. 3. Ved at hoste torrentfilerne medvirker thepiratebay.org til tilgængeliggørelse af værket. Men selve eksemplarfremsstillingen sker mellem de enkelt peers udenom The Pirate Bay, hvorfor et fogedforbud overfor The Pirate Bay, som følge af eksemplarfremsstillingen ikke kan nedlægges. På

147 IFPI Danmark er den danske afdeling af pladebranchens internationale organisation IFPI (The International Federation of the Phonographic Industry)

148 Petersen, Clement Salung: Immaterialrettigheder og foreløbige forbud, s. 364, 465-468

149 Københavns Fogedrets kendelse af 5. februar 2008 i sag FS-14324 blev stadfæstet ved Østre Landsrets kendelse den 26. november 2008. Sagsnr. B-530-08. Sagen er anket til Højesteret

150 Der er nærmere tale om, at der nedlægges et fogedforbud mod ISP'ens overførelse af tredjemands krænkelse af et beskyttet værk. Infosocdirektivet betragtning 59. Men da der reelt er tale om et fogedforbud mod en specifik internetside, vil denne terminologi blive anvendt i det omfang, det bedst belyser problemstillingen.

denne måde adskiller denne sag sig fra U 2006.1474 H, hvor materialet blev tilgængeliggjort på nogle FTP-servere¹⁵¹. Herved sker eksemplarfremsendingen direkte gennem ISP'ernes net, når værkerne hentes fra FTP-serverne. Men ved at torrentfiler er tilgængelige på The Pirate Bays servere taler dette for, at der kan nedlægges forbud mod siden, da dette udgør en krænkelse jf. OPHL § 2, stk. 3.

For nedlæggelse af fagedforbud jf. RPL kapital 57, kræves det, at rekvirenten godtgør eller sandsynliggør, at handlingerne strider mod rekvirentens ret jf. RPL § 642, stk. 1, nr. 1.

Men ISP'ernes handling er kun en medvirken til tilgængeliggørelsen jf. STFL § 23. Men alligevel anså landsretten denne medvirken, som værende tilstrækkeligt til nedlæggelse af fagedforbud.

7.3 Anvendelsesområdet

ISP'ere såvel som fildelingstjenesten The Pirate Bay er omfattet af e-handelsloven, da disse begge er informationssamfundstjenester.

En nærmere definition af en informationssamfundstjeneste findes i betragtning 17 til e-handelsdirektivet, som siger, at definitionen ”omfatter enhver tjeneste, der normalt leveres mod betaling, og som teleformidles ved hjælp af elektronisk databehandlingsudstyr (herunder digital komprimering) og dataoplagringsudstyr på individuel anmodning af en tjenestemodtager”.

At ISP'ere er omfattet af denne definition er helt åbenbart, da de leverer den omtale ydelse mod betaling af abonnenten.

Fildelingstjenester, som The Pirate Bay, er derimod oftest gratis for brugerne. Hermed er betingelsen om, at tjenesten skal have et kommercielt sigte jf. e-handelsloven § 2, nr. 1, umiddelbart ikke opfyldt, hvorfor den som udgangspunkt vil falde udenfor definitionen af informationssamfundstjeneste og dermed også uden for e-handelsdirektivet. At dette kun gælder som udgangspunkt ses af e-handelsdirektivet betragtning 18, hvorefter der også er tale om informationssamfundstjenester, når der er tale om ”tjenester, som modtageren ikke yder vederlag for, f.eks. tjenester som består i at tilbyde onlineinformation eller kommerciel kommunikation, eller tjenester, som leverer redskaber til at søge, få adgang til og hente data”¹⁵². Hvis en søgemaskine har bannerreklamer på hjemmesiden, er der således tale om kommerciel kommunikation¹⁵³. Med samme begrundelse blev det i The Pirate Bay-sagen statueret, at tjenesten var omfattet af begrebet informationssamfundstjeneste¹⁵⁴.

7.4 Ansvarsfritagelsesbestemmelserne

I relation til denne afhandling er de interessante bestemmelser e-handelsloven §§ 14-16, som omhandler visse tilfælde, hvor tjenesteyderen er ansvarsfri. Det skal her understreges, at e-handelsloven ikke omhandler, hvornår tjenesteyderen ifalder ansvar, men at tjenesteyderen ifølge visse bestemmelser er ansvarsfri¹⁵⁵.

Jeg vil gennemgå de relevante bestemmelser med henblik på at redegøre for, i hvilke situationer tjenesteyderen er ansvarsfri jf. e-handelsloven §§14-16.

Herefter vil jeg gennemgå e-handelslovens betydning for henholdsvis ISP'ernes og systemudbydernes ansvar for krænkelse af rettighedshavernes økonomiske enerettigheder jf. OPHL § 2.

E-handelslovens § 14, stk. 1 angiver, at tjenesteydere er ansvarsfri for ren videreformidling af de transmitterede data under de nærmere angivne kumulative betingelser i e-handelsloven § 14, stk. 1, nr. 1-3. Betingelserne medfører, at når tjenesteyderen alene stiller sit netværk til rådighed for

151 Petersen, Clement Salung: Immaterialrettigheder og foreløbige forbud, s. 465-466

152 E-handelsdirektivet betragtning 18

153 Mathiasen, Jakob Plesner m.fl.: E-handelsloven med kommentarer, s. 26f

154 Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06, s. 73f

155 Mathiasen, Jakob Plesner m.fl.: E-handelsloven med kommentarer, s. 181-182

brugeren, og tjenesteyderen ikke foretager sig yderligere og altså indtager en passiv rolle i forhold til den sendte information, vil tjenesteyderen være ansvarsfri jf. e-handelsloven § 14.

Ligeledes er tjenesteydere ansvarsfri for caching jf. e-handelsloven § 15, hvis formålet er at effektivisere transmissionen af informationen og betingelserne i e-handelsloven § 15, stk. 1, nr. 1-5 alle er opfyldte. Caching vil ikke blive berørt yderligere, da det ikke er interessant i forhold til *The Pirate Bay*¹⁵⁶. Der er desuden intet i den danske fogedretsafgørelse eller landsretsafgørelse, der tyder på, at der er sket caching¹⁵⁷. Endvidere er caching ikke en nødvendighed for at fildelingstjenesten fungerer, hvorfor det ikke er nødvendigt at gå nærmere ind i en diskussion af caching i denne sammenhæng.

Tjenesteyderen er ansvarsfri for den rene videreformidling, selvom rettighedshaveren har gjort formidleren opmærksom på, at informationen er retsstridig, og bestemmelsen pålægger altså ikke tjenesteyderen at fjerne den retsstridige information. Dette gælder dog ikke ved oplagring jf. § 16¹⁵⁸.

Oplagring efter e-handelsloven medfører ansvarsfrihed under visse nærmere betingelser jf. e-handelsloven § 16. Disse betingelser er, at ISP'eren ikke er vidende om den ulovlige aktivitet eller indholdet af den information, som bliver oplagret, samt at ISP'eren ikke kender til forhold eller omstændigheder, hvoraf den skadevoldende aktivitet eller information fremgår. ISP'eren skal med det samme, denne får kendskab til aktiviteten eller informationen, tage skridt til at fjerne eller hindre adgangen til denne. Det forudsættes desuden i bestemmelsen, at oplagringen sker på anmodning af en tjenestemodtager, som har leveret informationen.

Forskellen fra §§ 14 og 15 er, at der ikke er tale om blot midlertidig lagring, men derimod en lagring som fortsætter, indtil afsenderen beder tjenesteyderen om at fjerne informationen. I dette tilfælde bliver informationen oplagret på tjenesteyderens servere, hvorfor det her er mere nærliggende at kunne pålægge formidleren et medvirkensansvar.

Formidleren kan pålægges et strafansvar i det tilfælde, at han positivt ved, at han oplagrer retsstridig information, og han ikke fjerner informationen.

7.4.1 ISP'erne

For ISP'erne er den interessante bestemmelse e-handelsloven § 14 om ren videreformidling. Det er her præciseret, at den kortvarige lagring af information, som automatisk sker for at gennemføre transmissionen er omfattet af ansvarsfritagelsen jf. § 14, stk. 2.

Dette betyder, at ISP'erne er ansvarsfrie, selvom der er tale om materiale, som er retsstridigt efter OPHL § 11 a, stk. 1, jf. OPHL § 11, stk. 3, og som de er objektivt ansvarlige for som følge af den danske implementering af Infosocdirektivet.

Ved torrentfilerne gælder det dog, at disse i sig selv ikke indeholder noget ophavsretligt krænkende materiale, men at de dog foretager en tilgængeliggørelse af værket jf. afsnit 3.2.2.2. Ligeledes er delingen af værkerne mellem de forskellige peers ophavsretskrænkende, men trods dette er ISP'erne altså ansvarsfrie for denne transmission jf. e-handelsloven § 14.

Jeg vil ikke behandle e-handelsloven § 16 om oplagring i forhold til ISP'ere, da disse blot foretager en kortvarig lagring af informationen, som er dækket af e-handelsloven § 14. Dette betyder dog ikke, at e-handelsloven § 16 ikke kan tænkes at finde anvendelse på ISP'ere ved fildeling i et tilfælde, hvor ISP'eren stiller serverplads til rådighed for fildelingen. Men da nærværende

156 Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06, s. 75

157 I Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06 blev det slået fast, at e-handelslovens §§ 14 og 15 kunne finde anvendelse. Se dommen s. 75-77

158 Mathiasen, Jakob Plesner m.fl.: E-handelsloven med kommentarer, s. 198-214

afhandling koncentrerer sig om fildeling ved hjælp af BitTorrent-teknologien falder en sådan krænkelse uden for afhandlingen.

7.4.2 Systemudbyderne

E-handelsloven § 14 kan ikke finde anvendelse, da denne kun omhandler den rene videreformidling, som en tjenesteyder foretager, når denne kun stiller netværket til rådighed. Tjenesteyderen må ikke have kendskab til eller kontrol over den data, som bliver transmitteret. Disse betingelser kan en systemudbyder ikke leve op til, hvorfor e-handelsloven § 14 ikke finder anvendelse. Forholdet kan dog falde helt udenfor e-handelsloven, hvis det bevises, at systemudbyderens kendskab til den retsstridige information er et bevidst samarbejde med tjenestemodtageren. I et sådan tilfælde vil ansvarsfritagelsesreglerne i e-handelsloven §§14 og 15 ikke være gældende jf. e-handelsdirektivet betragtning 44¹⁵⁹.

For systemudbyderne er den interessante bestemmelse e-handelsloven § 16, som omhandler oplagring. Dette skyldes, at systemudbyderne tilgængeliggør værkerne ved at hoste torrentfilerne jf. afsnit 4.2.

Efter e-handelsloven er hovedreglen, at tjenesteyderen ikke er ansvarlig for oplagringen af informationen eller for indholdet af denne. Betingelserne for denne ansvarsfrihed følger dog af e-handelsloven § 16, stk. 1, nr. 1 og 2.

E-handelsloven § 16, stk. 1, omhandler to former for ansvarsfritagelse – den strafferetlige og den erstatningsretlige.

7.5 Strafansvar

Til ansvarsfrihed for strafansvar kræves det jf. § 16, stk. 1, nr. 1, 1. pkt., at tjenesteyderen ikke har kendskab til den ulovlige eller skadevoldende aktivitet. Hvis denne får et sådan kendskab, skal tjenesteyderen straks tage skridt imod dette jf. § 16, stk. 1, nr. 2.

For at ifalde strafansvar, når kravet er kendskab jf. e-handelsloven § 16, stk. 1, nr. 1, 1.pkt., kræves der, at formidleren har forsæt. Dansk ret er her forskellig fra den svenske implementering af e-handelsdirektivet, hvor grov uagtsomhed er tilstrækkeligt til at statuere kendskab og derved bringe forholdet udenfor ansvarsfritagelsesreglen. I Danmark følger det af lovbemærkningerne, at ansvarsfritagelsen omfatter både simpel og grov uagtsomhed¹⁶⁰. Det kan derfor efter dansk ret være nødvendigt at bringe tjenesteyderen i ond tro ved en meddelelse om krænkelsen.

Forskel vil dog næppe have nogen betydning i The Pirate Bay-sagen, da tjenesteyderen havde fået et så stort antal henvendelser om krænkende materiale, at der ikke kan være tale om, at formidleren blot havde mistanke om krænkelsen. Der var altså tale om positiv viden og dermed forsæt, hvilket straffes både efter den danske og svenske implementering af e-handelsdirektivet, når der ikke bliver taget skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den jf. e-handelsloven § 16, stk. 1, nr. 2.

7.6 Erstatningsansvar

Til ansvarsfrihed for erstatningsansvar jf. § 16, stk. 1, nr. 1, 1. pkt. og 2. pkt. kræves der, at tjenesteyderen ikke har kendskab til den ulovlige aktivitet eller til forhold eller omstændigheder, hvoraf den skadevoldende aktivitet eller information fremgår, og hvis tjenesteyderen får kendskab til en sådan kendskab, skal han straks fjerne informationen eller hindre adgangen til denne jf. § 16, stk. 1, nr. 2.

Heraf gælder det, at tjenesteydere, der oplagrer information, kan pålægges et erstatningsansvar ved blot simpel eller grov uagtsomhed, hvilket ved simpel uagtsomhed medfører, at der reelt ikke er nogen ansvarsfritagelse for hosting af retsstridigt materiale. Resultatet er, at det er lettere for

159 Mathiasen, Jakob Plesner m.fl.: E-handelsloven med kommentarer, s. 192-202

160 Mathiasen, Jakob Plesner m.fl.: E-handelsloven med kommentarer, s. 218-220

tjenesteyderen at ifalde et erstatningsansvar end et strafansvar. Trods der ikke kan pålægges tjenesteyderen en overvågningsforpligtelse jf. e-handelsdirektivet § 15 vil denne kunne ifalde erstatningsansvar, hvis ikke han foretager en undersøgelse af materialet, der oplagres, når omstændighederne kræver dette. Dette vil være for at undgå et erstatningretligt medvirkensansvar for passivitet¹⁶¹.

Dette medfører, at The Pirate Bay ikke er ansvarsfri jf. e-handelsloven § 16, stk. 1, nr. 2, da de ikke fjerner filerne til trods for, at de bliver gjort opmærksomme på krænkelsen¹⁶².

Henset til den svenske Tingsrätts udtalelse i dommen, må det antages at have været afgørende for dommen, at de tiltalte åbenlyst ignorerede, at der blev stillet ophavsretligt beskyttede værker til rådighed gennem The Pirate Bay, hvorfor de ikke kunne påberåbe sig ansvarsfritagelsen efter e-handelsloven § 16¹⁶³.

7.7 Overvågningsforpligtelse

Infosocdirektivet artikel 15 indeholder et forbud mod, at der pålægges tjenesteyderen en generel forpligtelse til at overvågning indholdet af informationen, der lagres. En sådan kan dog pålægges i konkrete tilfælde. Et sådan konkret tilfælde vil være, hvis der foreligger konkrete omstændigheder, der gør, at tjenesteyderen burde undersøge indholdet af den oplagrede information. Denne bestemmelse har stor betydning for systemudbyderens forpligtelser. Et eksempel på en sådanne konkrete omstændigheder vil være, hvis man ved en flygtig gennemgang kan konstatere, at der er oplagret ulovligt materiale på serverne¹⁶⁴.

Kapitel 8. Konklusion

En juridisk bedømmelse af ansvaret ved brugen af fildelingstjenester må tage udgangspunkt i, hvordan teknologien fungerer.

Ud fra min analyse af torrentfilerne er det klart, at disse ikke i sig selv indeholder noget ophavsretligt krænkende. De foretager dog en tilgængeliggørelse af det ophavsretslige beskyttede værk, jf. OPHL § 2, stk. 3, da værket bliver stillet til rådighed for almenheden on demand jf. OPHL § 2, stk. 4, nr. 1, og ikke blot er en henvisning til en anden side på internettet. Fremførelsesbegrebet understreger dette, da torrentfilen går videre end til blot at vise værket frem. Torrentfilen er her en nødvendighed for at få adgang til værket.

oOoOoOoOoOoOoOo

Jeg har i min afhandling skabt klarhed over, hvordan BitTorrent-teknologien fungerer og herigennem redegjort for, hvilke former for ansvar man kan ifalde ved anvendelsen af BitTorrent-teknologien.

Et punkt er dog uafklaret, idet Østre Landsret¹⁶⁵ er af den opfattelse, at man kan blokere en hjemmeside med begrundelsen om, at ISP'erne medvirker til den eksemplar fremstilling, der sker ved, at brugerne anvender torrentfilerne til at foretage eksemplar fremstilling mellem hinanden, efter at have hentet torrentfilerne på den pågældende hjemmeside. Det må dog afvente Højesterets kendelse før, der gives en endelig afklaring på spørgsmålet, om man kan blokere for en hjemmeside på dette grundlag. Dommen adskiller sig nemlig herved fra allofmp3-dommen og TDC-dommen, hvor der blev foretaget midlertidig eksemplar fremstilling i ISP'ernes netværk jf. OPHL § 11 a ved

161 Mathiasen, Jakob Plesner m.fl.: E-handelsloven med kommentarer, s. 220-224

162 Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06, s. 29

163 Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06, s. 76

164 Mathiasen, Jakob Plesner m.fl.: E-handelsloven med kommentarer, s. 216-223

165 Østre Landsrets kendelse den 26. november 2008. Sagsnr. B-530-08

overførslen mellem internetsiden og brugerne, som ikke skete fra lovligt forlæg jf. OPHL § 11, stk. 3, hvorfor denne var i strid med rettighedshavernes eneret jf. OPHL § 2, stk. 2. Efter min mening vil det være for vidtgående, hvis der gives mulighed for at blokere for en hjemmeside ved en eksemplarfremsstilling, som ikke kommer direkte fra denne hjemmeside, men mellem brugerne heraf.

Det ville umiddelbart være mere hensigtsmæssigt at behandle sagen ud fra synspunktet om, at ISP'erne krænker rekvirentens ret jf. RPL § 642 ved, at de medvirker til tilgængeliggørelse jf. OPHL § 2, stk. 3, jf. STFL § 23. Dette kan gøres ved, at rettighedshaverne gør ISP'erne opmærksomme på krænkelsen, hvorefter de har en handlepligt for ikke at ifalde et medvirkensansvar for passivitet. Herved undgår man desuden problematikken vedrørende den uoverensstemmende implementering af Infosocdirektivet i dansk lovgivning ved ISP'ernes midlertidige eksemplarfremsstilling, da Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1 kun omhandler en undtagelse fra eneretten til eksemplarfremsstilling.

Systemudbyderne foretager en tilgængeliggørelse af værket ved at hoste torrentfilerne, hvilket er en tilstandsforbrydelse, som er opretholdt så længe, som værket er offentligt tilgængeligt. Denne krænkelse kan der nedlægges fagedforbud mod, da systemudbyderne direkte foretager en handling, som strider mod rekvirentens ret, jf. RPL § 642, stk. 1, nr. 1. Da den obligatoriske undtagelse i Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1 kun omhandler eksemplarfremsstilling medfører forskellen i implementeringen ingen forskel på dette område.

o0o0o0o0o0o0o0

Den danske implementering af Infosocdirektivet er i strid med formålet og ordlyden bag direktivet angående den midlertidige eksemplarfremsstilling, som ISP'erne foretager, da det er forudsat, at ISP'ernes transmissioner i disse tilfælde skal være undtaget rettighedshavernes eneret til eksemplarfremsstilling jf. artikel 5, stk. 1. Udformningen af den danske ophavsretslov er dog ikke i overensstemmelse hermed, da der stilles et krav om lovligt forlæg jf. OPHL § 11, stk. 3, hvilket medfører, at ISP'erne konstant objektivt foretager krænkelser af OPHL § 2, stk. 2.

Infosocdirektivet kræver dog stadig, at det er muligt at nedlægge forbud mod mellemmand, hvis tjenesterne anvendes til at krænke af ophavsrettighederne jf. Infosocdirektivet artikel 8, stk. 3. Men den nærmere udformning heraf er overladt til national ret. Men det er åbenbart, at opfyldelsen af artikel 8, stk. 3 ikke må stride imod den obligatoriske bestemmelse i artikel 5, stk. 1, hvilket er tilfældet, som den danske implementering er udformet i dag. En overensstemmende implementering kræver desuden en ændring af retsplejeloven, da kravet til nedlæggelse af fagedforbud er, at ISP'eren foretager en krænkelse af rekvirentens ret. Dette vil der ikke være tale om ved en korrekt implementering, da den midlertidige eksemplarfremsstilling, som ISP'eren foretager, skal være undtaget fra rettighedshaverens eneret jf. Infosocdirektivet artikel 5, stk. 1.

o0o0o0o0o0o0o0

Folk har været ivrige efter at sammenligne The Pirate Bay med søgemaskiner, som f.eks. Google. Denne sammenligning er dog uholdbar, da der er væsentlige forskelle. The Pirate Bay havde torrentfiler liggende på deres servere, hvorved de foretog en tilgængeliggørelse af værkerne, hvilket er forskelligt fra en ren søgemaskine. Denne henviser desuden med links og deeplinks, hvorfor der ikke kan være tale om tilgængeliggørelse herved. Endvidere var det klare formål med The Pirate Bay at give adgang til ophavsretligt beskyttede værker, hvorfor det subjektive fortsat er opfyldt. Her ses navnet "The Pirate Bay", som én af faktorerne. Tilmed nægtede man at fjerne torrentfiler, som man var blevet gjort opmærksom på krænkede ophavsretten. Hermed levede tjenesten ikke op

til e-handelsloven § 16, stk. 1, nr. 2, hvorfor man ikke var ansvarsfri jf. e-handelsloven. Hvis The Pirate Bay havde fjernet de krænkende torrentfiler ville fildelingstjenesten have været omfattet af ansvarsfritagelsesbestemmelserne i e-handelsloven. Dette ville dog ikke have udelukket et fogedforbud, da dette afhænger af, om der objektivt foretages en krænkelse.

Den svenske sag mod The Pirate Bay er anket til Svea Hovrätt, som svarer til den danske landsret. Men da sagen er så principiel, som den er, vil den meget sandsynligt blive anket videre til den svenske højesteret. En endelig afklaring af sagen vil derfor lade vente på sig i et stykke tid endnu.

Kapitel 9. Litteraturliste og forkortelser

Benyttede forkortelser er skrevet til venstre med *kursiv*.

Bøger

Andersen, Mads Bryde: IT-retten, 2. udgave, Gads Forlag, 2005

Heine, Kasper, Martin von Haller Grønbæk, Jan Tzraskowsk: Internetjura, 2. udgave, Forlaget Thomson, 2002

Madsen, Palle Bo: Markedsret Del 3, Immaterialret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundet Forlag, 2008

Mathiasen, Jakob Plesner, Niels Bo Jørgensen, Johan Schlüter: E-handelsloven med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundet Forlag, 2004

Mazziotti, Giuseppe: EU Digital Copyright Law and the End-User, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2008

Nielsen, Gorm Toftegaard: Strafferet 1. Ansvar, 2. udgave Christian Ejlers' Forlag, 2004

Petersen, Clement Salung: Immaterialrettigheder og foreløbige forbud, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundet Forlag, 2008

Rosenmeier, Morten: Værkslæren i ophavsretten, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundet Forlag, 2001

Festskrift til Mogens Koktvedgaard **Schlüter**, Johan, Jakob Plesner Mathiasen: Festskrift til Mogens Koktvedgaard, Medvirken til ophavsretskrænkelser på Internettet, Jurist- og Økonomforbundet Forlag, 2003

Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier: Immaterialret, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundet Forlag, 2008

Tzraskowski, Jan m.fl.: Internetretten, 1. udgave, Ex Tuto Publishing, 2008

Artikler

Hansen, Kenneth: Verdens største bittorrent-tracker lukker. Publiceret på Computerworld.dk den 18. november 2009

Houe, Jens Peter: Politiet begår brøler i Pirate Bay-sag. Publiceret på Politiken.dk den 18. februar 2009

Kyst, Martin: Direktivet om ophavsret i informationssamfundet, Ugeskrift for Retsvæsen 2001B.305

Mathiasen, Jacob Plesner: Fildeling, NIR 2007.46

Pedersen, Rune: Højesteret overvejer Pirate Bay-sag. Publiceret på Computerworld.dk den 27. marts 2009

Musik och film på Internet

Renfors, Cecilia: Musik och film på Internet – hot eller möjlighet? DS 2007:29

Riis, Thomas: Ulovlig transmission af musikværker på internettet. Kommentar til Højesterets kendelse af 10. februar 2006, NIR 2007.89

Schovsbo, Jens, Henrik Udsen: Ophavsrettens missing link? Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 2006.47

U2000B.499

Schønning, Peter: Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer?, Ugeskrift for Retsvæsen 2000B.499

Westman, Daniel: Första svenska rättsfallet om länkning, Lov om Data nr. 60

Westman, Daniel: MP3-målet i HD – rättsläget kring länkning fortfarande oklart, Lov om Data nr. 62

Domme

Danske afgørelser

U 1999.2057Ø

U 2001.1572V (Den danske mp3-sag)

U 2002.649Ø

U 2003.212Ø

U 2006.1474H

Københavns Fogedrets kendelse af 25. oktober 2006 i sag F1-115124 (Allofmp3-sagen)

Københavns Fogedrets kendelse af 5. februar 2008 i sag FS-14324 (Den danske pirate bay-sag)

Østre Landsrets kendelse den 26. november 2008. Sagsnr. B-530-08 (Den danske Pirate Bay-sag)

Afgørelser fra EF-domstolen

Costa/Enel sagen, sag. 6/64

Svenske domme

The Pirate Bay-sagen

Stockholm Tingsrätts dom af 17. april 2009. Sagsnr. B 13301-06

Den svenske mp3-sag

Den svenske højesterets dom af 15. juni 2000, sag nr. B 413-00

Norske domme

SØR-Gudbrandsdal Tingrett 22. januar 2003, sagsnr. 02-00203 A

Dom af 27. januar 2005, HR-2005-00133-A, sagsnr. 2004/822
Asker og Bærum tingrett. Sag nr. 09-096202TVI-AHER/2,
den 6/11 2009

Andre udenlandske domme

Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd (with Corrigendum dated 22 September 2005) [2005] FCA 1242 (5 September 2005)

Decision of the Court of Appeal of Amsterdam of 28 March 2002, LJN-nummer: AE 0805, Zaaknr: 1370/01 SKG

Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)

Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, Ltd., et al. - No. 04—480. Argued March 29, 2005—Decided June 27, 2005

Andet materiale

<http://torrentfreak.com/bittorrents-future-dht-pex-and-magnet-links-explained-091120>

Notat fra Kulturministeriet ophavsretskontor om EU-direktivet om ophavsret - <http://www.kum.dk/sw2567.asp>

Forarbejderne til lov nr. 407 af 26. juni 1998

Ændringsforslag til Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven. Kulturudvalget 2000-01 (L141 – Bilag 55)

Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven (L 141 - bilag 43 og bilag 44)

Betænkning afgivet af Kulturudvalget den 9. maj 2001:
Betænkning over Forslag til lov om ændring af
ophavsretsloven. (Digital eksemplarfremsstilling til personlig
brug, aftalelicens m.v.) af kulturministeren Elsebeth Gerner
Nielsen

*Regeringens proposition
2004/05:110*

Regeringens proposition 2004/05:110. Upphovsrätten i
informationssamhället – genomförande av direktiv
2001/29/EG, m.m. DS 2003:35