

# **Formidleransvar ved ophavsretlige krænkelser på internettet**

## **Liability of intermediaries for copyright infringements on the Internet**

af MONICA VINBERG HANSEN

*Ophavsretten indebærer, at ophavsmanden har en eneret til at tilgængeliggøre og eksemplarfremstille sit værk. Såfremt tredjemand foretager handlinger, der strider mod ophavsmandens eneret er der således tale om en ophavsretlig krænkelse. Internettet muliggør nye måder, hvorpå der kan foretages ophavsretlige krænkelser. Det kan eksempelvis ske ved fildeling og på sider med brugergenereret indhold. Der er flere aktører indblandet i disse krænkelser, og formidleransvaret er af stigende interesse. Formidleransvaret er et sekundært ansvar, og de almindelige strafferetlige- og erstatningsretlige regler om medvirken finder anvendelse. Det er svært at pålægge formidleren et ansvar grundet dennes manglende tilknytning til de informationer, der formidles. Formidleren vil desuden kunne opnå ansvarsfrihed i forskellige situationer, der følger af EHL §§ 14-16.*

*På trods af ansvarsfrihedsreglerne kan der nedlægges fagedforbud mod formidleren, såfremt retsstridighedsbetingelsen og proportionalitetskravet er opfyldt. I henhold til retspraksis er det tydeligt, at fagedforbuddet ofte bliver rettet mod formidleren, og denne har derfor karakter af en form for internetpoliti. Nyere retspraksis varslers dog et nyt syn på formidlerens rolle.*

*Copyright law means, that the author has exclusive rights to reproduce and make his work available to the public. If a third party performs actions contrary to the exclusive rights of the author, it would be a copyright infringement. Due to the Internet, there are new ways to make copyright infringements - for example by file sharing and also on websites with user-generated content. There are several actors involved in connection with these infringements and the liability of the intermediaries is of growing interest. The intermediary has a secondary liability and the common rules of both criminal and tort liability on participation applies.*

*It is difficult to impose liability for the intermediary due to his lack of connection to the information. Furthermore the intermediary will be able to obtain exemption from liability in different situations resulting from EHL §§ 14-16.*

*Despite the exemption from liability rules it is possible to take put an injunction against the intermediary if the illegality condition and the principle of proportionality is met. It is clear, according to case law, that the injunction is often directed to the intermediary and therefore he has a nature of being a kind of Internetpolice.*

*Recent case law however suggests a new perspective on the intermediary's role.*

## Indholdsfortegnelse

Liability of intermediaries for copyright infringements on the Internet .....	1
<b>1. Indledning .....</b>	<b>3</b>
<b>2. Ophavsrettens indhold.....</b>	<b>4</b>
2.1 Ophavsrettens objekt .....	5
2.2 Ophavsrettens subjekt .....	5
2.3 Originalitetskravet.....	6
2.4 Overdragelse af retten.....	6
2.5 Varighed af beskyttelsen.....	7
2.6 Sanktioner .....	7
<b>3. Eksemplarfremsstilling på internettet.....</b>	<b>8</b>
3.1 Midlertidig eksemplarfremsstilling.....	8
3.2 Eksemplarfremsstilling til privat brug.....	8
3.3 Lovligt forlæg.....	9
<b>4. Tilgængeliggørelse på internettet .....</b>	<b>9</b>
4.1. Spredning.....	9
4.2. Visning.....	10
4.3. Fremførelse .....	10
<b>5. Medvirken i forbindelse med ophavsretlige krænkelse på internettet.....</b>	<b>11</b>
5.1. Brugeren .....	11
5.2. Indholdsleverandøren .....	11
5.3 Formidleren.....	12
5.3.1 Ren videreformidling .....	12
5.3.2 Caching.....	12
5.3.3 Hosting .....	13
<b>6. Medvirken for formidleren.....</b>	<b>13</b>
6.1. Strafferetlig medvirken.....	13

6.2 Erstatningsretlig medvirken .....	17
6.3 Delkonklusion .....	19
7. Ansvarsfrihed for formidleren .....	20
7.1. Kendskab .....	23
7.2. Overvågningspligt .....	25
7.3. Brugergenereret indhold .....	27
7.4. Delkonklusion .....	28
8. Foreløbige retsmidler .....	28
8.1. Betydning af OPHL § 11a i forbindelse med fagedforbud .....	30
8.2. Retsgrundlaget i forbudssager mod formidlere .....	32
8.2.1 Proportionalitetsprincippet .....	35
8.3 Formidleren som politi? .....	37
8.4. Delkonklusion .....	39
9. Konklusion .....	40
10. Litteraturliste .....	41

## 1. Indledning

En af de største udfordringer for ophavsretten er internettet. Der er med internettet mulighed for helt nye former for udnyttelse af ophavsretligt beskyttet materiale og baggrunden for dette speciale er netop de øgede krænkelsesmuligheder som internettet har medbragt. Online-verdenen adskiller sig især ved, at man kan optræde anonymt og der er flere aktører end i offline-verdenen når information spredes fra afsender til modtagere<sup>1</sup>. Grundet de mange aktører i forbindelse med ophavsretlige krænkelse på internettet vil spørgsmålet om ansvar ikke kun være relevant i forbindelse med den primære krænker, dvs. den der frembringer det retsstridige indhold, men også formidleren som er den der på den ene eller anden måde medvirker til at sprede den retsstridige information. Formidleransvaret omhandler således ansvaret for de aktører, der agerer mellemed mellem afsendere og modtagere af information på internettet, eksempelvis netværksoperatøren. Der er forskellige typer af formidlere og specialet forsøger en generel behandling af disse, men overordnet set vil ansvaret for netværksoperatøren fylde mest. Da det oftest ikke er muligt for rettighedshaverne at identificere den egentlige krænker, er det netop netværksoperatørerne, der har fået en mere central rolle i rettighedshavernes forsøg på at håndhæve deres rettigheder på trods af formidlerens ellers passive rolle. Netværksoperatørernes rolle er flere steder i litteraturen blevet sammenlignet med postvæsenets distribution af almindelig post<sup>2</sup>. Netværksoperatørerne er dog postvæsenet overleget på den måde, at de har en række mulighe-

<sup>1</sup> Trzaskowski (red), Jan, m.fl., 2012, s. 578

<sup>2</sup> Petersen, Clement Salung, NIR 2009, s. 21

der for at overvåge samt blokere indholdet af den data, der bliver transmitteret på deres netværk. Spørgsmålet er derfor, hvorvidt og i hvilket omfang de kan pålægges et mellemmandsansvar i forbindelse med ophavsretlige krænkelse på internettet.

Dette speciales problemstilling er omfanget af formidleransvaret ved ophavsretlige krænkelse på internettet. Der laves først en gennemgang af ophavsretten for at give en juridisk forståelse af reglerne ved ophavsretlige krænkelse, hvilket er efterfulgt af en præsentation af de forskellige aktører, der optræder i forbindelse med disse krænkelse. Dernæst undersøges det, hvorvidt der kan pålægges formidleren et medvirkensansvar efter de almindelige strafferetlige- og erstatningsretlige regler. Efterfølgende vil ansvarsfrihedsreglerne i E-handelsloven blive behandlet, hvor spørgsmålet om formidlers kendskab og overvågningspligt er forsøgt afkodet.

Afsnit 8 er centreret omkring forbudsinstituttet, hvor betegnelsen fagedforbud vil blive anvendt på lige fod med den nye betegnelse forbud. Specialet vil belyse muligheden for at pålægge formidleren et direkte ansvar, jf. ophavsretsloven § 11a, jf. § 11, stk. 3 samt forbindelsen mellem bestemmelsen og retsplejelovens kap. 40 om nedlæggelse af fagedforbud. Det vil blive illustreret på baggrund af rigsholdig retspraksis, at der ofte bliver nedlagt fagedforbud mod formidleren, og derfor vil betingelserne for nedlæggelse af fagedforbud blive undersøgt.

Den gældende retstilstand undersøges således ud fra både en sanktionsretlig samt en processuel synsvinkel. Slutteligt vil de retssikkerhedsmæssige og ytringsfrihedsmæssige betænkeligheder ved nedlæggelse af fagedforbud mod formidleren blive behandlet, og formidlers rolle vil blive vurderet.

Der vil være en løbende analyse af relevant retspraksis, og på baggrund af en række domme vil det forsøges at illustrere den nuværende retstilstand i forbindelse med formidleransvaret ved ophavsretlige krænkelse på internettet.

Da specialet har et bredt emnefelt er inddragelse af udenlandsk ret undladt. Det er desuden forsøgt afgrænset på den måde, at det alene er de mest relevante områder inden for ophavsretten i forhold til ophavsretlige krænkelse, der er behandlet.

Der er enkelte steder givet en teknisk forklaring på relevante begreber inden for internettet, men ellers er dette ligeledes undladt.

## 2. Ophavsrettens indhold

Ophavsretten er en eneret. Denne eneret fremgår af ophavsretslovens<sup>3</sup> (OPHL) §§ 2 og 3, hvor § 2 omhandler de økonomiske rettigheder, mens § 3 omhandler de ideelle rettigheder. Der er tale om en efterligningsbeskyttelse som indebærer, at ophavsmanden har en eneret til at fremstille eksemplarer af sit værk og gøre det tilgængeligt for almenheden gennem spredning, visning og offentlig fremførelse, jf. OPHL § 2. Det er altså gennem disse økonomiske rettigheder, at ophavsmanden har mulighed for at tjene penge på sit værk. De ideelle rettigheder – eller *droit moral* – er rettigheder, der indebærer to ting. For det første har ophavsmanden krav på at få sit navn nævnt i forbindelse med eksemplar fremstilling og tilgængeliggørelse af hans værk, jf. faderskabsretten, jf. OPHL § 3, stk. 1. For det andet kan ophavsmanden forbyde en ændring eller en tilgængeliggørelse af værket, der er krænkende for hans litterære eller kunstneriske egenart, jf. respektretten, jf. OPHL § 3, stk. 2. I forbindelse med den digitale ophavsret er det primært de økonomiske rettigheder, der har betydning. De ideelle rettigheder

---

<sup>3</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23/10/2014 om ophavsret

spiller en begrænset rolle, idet de kopier, der bliver fremstillet på internettet, ofte vil være identiske med originalen<sup>4</sup>. Brug af et værk, der strider imod ophavsmandens eneret kan sanktioneres<sup>5</sup>.

De følgende afsnit er en kort beskrivelse af ophavsretten som bidrag til forståelsen af hvilke rettigheder, der kan blive krænkede og dermed medføre et ansvar.

## 2.1 Ophavsrettens objekt

Ophavsretsloven beskytter kunstneriske og litterære værker, ”*hvad enten dette fremtræder som en i skrift eller tale udtrykt skønlitterær eller faglitterær fremstilling, som musikværk eller sceneværk, som filmværk eller fotografisk værk, som værk af billedkunst, bygningskunst eller brugskunst, eller det er kommet til udtryk på anden måde*”, jf. OPHL § 1, stk. 1. Listen, der er opremsat i OPHL § 1, stk. 1 er ikke udtømmende, og digitale værker er dermed ligeledes omfattet af bestemmelsen.

Digitalisering af et værk kan ske ved at oversætte et analogt værk til binære tal, som computeren kan læse. Denne digitalisering medfører dog ikke, at der er tale om et litterært værk, men derimod en bearbejdelse. Denne bearbejdelse opfylder dog ikke originalitetskravet, og værket kan derfor ikke opnå selvstændig beskyttelse efter OPHL § 4 om bearbejdelser<sup>6</sup>. Det er dermed ikke selve den digitale manifestation af et værk, der er beskyttet, men et værk kan derimod godt være beskyttet som digitalt værk.

I visse situationer er beskyttelsen af et værk særskilt reguleret. Med ændringen af ophavsretsloven i 2013 blev der eksempelvis indført en ny bestemmelse i lovens § 63, stk. 2, der etablerer særskilt regulering for musikværker som et sammensat værk af musik og tekst. Førhen var beskyttelsen af et musikværk delt op således, at musikstykket og teksten var beskyttet som to selvstændige værker<sup>7</sup>.

Edb-programmer henregnes efter OPHL § 1, stk. 2 til litterære værker. De enkelte delelementer i et edb-program kan altså være beskyttet som litterært værk som f.eks. kildekode og maskinkoden i alle dets udtryksformer, OPHL § 1, stk. 1<sup>8</sup>.

## 2.2 Ophavsrettens subjekt

”*Den, som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk, har ophavsret til værket...*”, jf. OPHL § 1, stk. 1. Det er således frembringeren af et værk, der er ophavsmanden. Som uddybet nedenfor i afsnit 2.3 er der et krav om originalitet, før den ophavsretlige beskyttelse kan opnås. Dette medfører, at ophavsretten alene tilkommer den, der ved selvstændig skabende indsats har skabt værket. En computer kan eksempelvis skabe et værk, men det er selvsagt ikke ensbetydende med, at der er foregået en selvstændigt skabende indsats fra computerens side. Den selvstændigt skabende indsats kan kun opstå hos fysiske personer, og juridiske personer kan således ikke være originære retsindehavere<sup>9</sup>. Det er dog muligt at overdrage sin ophavsret til juridiske personer, så længe de ideelle rettigheder respekteres<sup>10</sup>. I denne fremstilling vil betegnelsen rettighedshaveren blive anvendt synonymt med ophavsmanden.

Der er ikke nogle formkrav i ophavsretten, og beskyttelsen opstår altså i og med skabelsen af værket. Frembringeren af et værk opnår derfor sin ophavsretlige beskyttelse fra samme tidspunkt, hvor værket

---

<sup>4</sup> Udsen, Henrik, 2013, s. 83-84

<sup>5</sup> Se afsnit 2.6

<sup>6</sup> Stolze, Lars, 2001, s. 36-38

<sup>7</sup> Rygaard, Sture, NIR 2015, s. 6-7

<sup>8</sup> Udsen, Henrik, 2013, s. 136

<sup>9</sup> Schønning, Peter, 2011, s. 91-92

<sup>10</sup> Se afsnit 2.4.

er skabt. Vurderingen af, hvornår værket er skabt, afgøres af det tidspunkt, hvor det kan konstateres af tredjemand<sup>11</sup>.

### 2.3 Originalitetskravet

En grundlæggende forudsætning for, at et værk kan opnå ophavsretlig beskyttelse, er, at det skal være originalt. Hermed menes, at værket skal være et udtryk for ophavsmandens personligt skabende indsats. Dette medfører, at rene videregivelser eksempelvis ikke vil være beskyttet. Værker, der ikke opfylder originalitetskravet, eller hvis ophavsret er udløbet, falder ind under begrebet public domain eller åndeligt fælleseje.

Originalitetskravet er ikke lig med et krav om nyhed. Der er alene et subjektivt nyhedskrav i ophavsretten, og det er således muligt med selvstændig dobbeltfrembringelse, hvilket vil sige, at mere end én kunstner kan have frembragt samme værk, dog på den betingelse, at de ikke har kendskab til hinanden<sup>12</sup>. Det skal påpeges, at originalitetskravet i disse tilfælde ofte ikke vil være opfyldt. Dette skyldes, at man ved vurderingen af originalitetskravet anvender dobbeltfrembringelseslæren som rettesnor. Såfremt der er en høj risiko for dobbeltfrembringelser, vil det tale imod, at værket opfylder kravet om originalitet<sup>13</sup>.

Et andet kendetegn for ophavsretten er, at der ikke er noget kvalitetskrav. Der skal dog være tale om et menneskeskabt værk. Rent computergenerede værker vil altså ikke have ophavsretlig beskyttelse, da det ikke vil være udtryk for personlig skabende indsats.<sup>14</sup>

### 2.4 Overdragelse af retten

Reglerne om overdragelse af ophavsretten findes i ophavsretslovens kap. 3. Det er muligt enten helt eller delvist at overdrage ophavsretten, så længe de ideelle rettigheder, jf. OPHL § 3 respekteres. Udgangspunktet er som nævnt i afsnit 2.2, at ophavsretten tildeles frembringeren af værket uafhængigt af, om der er tale om et digitalt værk. Det fremgår dog af OPHL § 59, at ophavsretten til et edb-program overgår til arbejdsgiveren, såfremt edb-programmet er frembragt i forbindelse med udførelse af arbejdet eller efter anvisning fra arbejdsgiveren. Denne regel gælder kun i forbindelse med edb-programmer, mens andre typer af digitale værker vil være underlagt udgangspunktet om, at arbejdsgiveren alene erhverver de rettigheder til værket, der ligger inden for formålet med ansættelsesforholdet<sup>15</sup>.

En anden form for overdragelse af ophavsretten kan ske med hjælp fra organisationen Creative Commons, der tilbyder licensaftaler, således at ophavsretten kan tilpasses efter behov. Disse aftaler er stærkt inspireret fra open source softwarelicenser<sup>16</sup>. I forbindelse med open source programmer, hvor man har adgang til at ændre i programmets kildekode og eksempelvis har adgang til at lave en ny version af programmet, følger der dog en pligt til at navngive tidligere programudviklere. I forbindelse med licensaftaler fra Creative Commons kan ophavsmanden selv sammensætte licensen, så den stemmer overens med ophavsmandens ønske om at dele sit værk med andre.

---

<sup>11</sup> Schönning, Peter, 2011, s. 93-94

<sup>12</sup> Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier, 2013, s. 82

<sup>13</sup> Udsen, Henrik, 2013, s. 64-65

<sup>14</sup> Ibid, s. 65

<sup>15</sup> Ibid, s. 106

<sup>16</sup> Trzaskowski (red), Jan, m.fl., 2012, s. 463

## 2.5 Varighed af beskyttelsen

Det fremgår af OPHL § 63, at den ophavsretlige beskyttelse varer i 70 år efter ophavsmandens død. Såfremt flere ophavsmænd har frembragt et værk i fællesskab, er der tale om et fællesværk. Det er kendetegnet ved, at man ikke kan udskille de enkelte dele som selvstændige værker og flere ophavsmænd skal derfor deles om ophavsretten til ét værk<sup>17</sup>. I disse situationer vil beskyttelsen vare 70 år efter den længstlevendes død, jf. OPHL § 63, stk. 1. Digitalisering af et værk vil ikke være ensbetydende med, at der foreligger et nyt værk med selvstændig beskyttelse, idet kravet om originalitet ikke vil være opfyldt ved ændring fra analogt til digitalt format.

## 2.6 Sanktioner

Såfremt der sker krænkelse af ophavsretsloven vil det kunne medføre sanktioner i form af pålæggelse af straf, erstatning og tilintetgørelse af værket. Derudover kan rettighedshaveren få nedlagt et forbud mod de handlinger, der strider mod eneretten, hvilket har stor praktisk betydning i forbindelse med ophavsretlige krænkelse på internettet.

OPHL §§ 76-80 regulerer strafområdet. OPHL § 76, stk. 1 fastslår, at overtrædelse af ophavsmandens enerettigheder ved forsæt eller grov uagtsomhed kan medføre bødestraf. Under skærpende omstændigheder kan man idømmes fængsel i op til 1 ½ år, jf. OPHL § 76, stk. 2.

Såfremt ophavsmandens enerettigheder er blevet krænket, kan han kræve økonomisk kompensation i form af vederlag svarende til det, som han ville have haft krav på i tilfælde af, at krænkeren havde haft tilladelse til at benytte værket, jf. OPHL § 83, stk. 1, nr. 1. Derudover kan rettighedshaveren opnå erstatning for den økonomiske skade som han har lidt, såfremt det overstiger vederlaget, jf. OPHL § 83, stk. 1, nr. 2. Udmålingen af erstatning i henhold til § 83, stk. 1 afgøres ofte efter et skøn på baggrund af en vurdering af rettighedshaverens tabte fortjeneste samt krænkerens uberettigede fortjeneste, jf. OPHL § 83, stk. 2<sup>18</sup>.

OPHL § 83, stk. 3 omhandler godtgørelse for ikke-økonomisk skade, hvilket eksempelvis kunne være krænkelse af faderskabs- eller respektretten, jf. OPHL § 3.

En anden af sanktionerne er inddragelse eller tilintetgørelse, jf. OPHL § 84, som vil indebære destruering af eksempelvis digitale piratkopier. I henhold til OPHL § 84, stk. 4, vil rettighedshaveren typisk ikke kunne forlange at få selve computeren udleveret, men alene kræve sletning af de ulovlige kopier<sup>19</sup>.

De ovennævnte sanktioner er dog forbundet med en række betydelige problemer. Først og fremmest er bevisførelsen vanskelig, der er tale om en lang proces forbundet med domstolsbehandling af sagerne, selve erstatningsgrundlaget kan være beskedent og der kan desuden være betydelige omkostninger forbundet med de enkelte sanktioner.

Derfor er forbud ofte anvendt til at bringe de ophavsretlige krænkelse til ophør, idet det er både effektivt og hurtigt. Da ophavsretsloven ikke indeholder selvstændige regler om forbud, er det de almindelige forbudsregler i Retsplejelovens<sup>20</sup> kap. 40, der finder anvendelse<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier, 2013, s. 130

<sup>18</sup> Udsen, Henrik, 2013, s. 122

<sup>19</sup> Ibid, s. 123

<sup>20</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1308 af 09/12/2014 om rettens pleje

<sup>21</sup> Se afsnit 8.

### 3. Eksemplar fremstilling på internettet

Som tidligere nævnt i afsnit 2 indeholder ophavsretten en økonomisk eneret til et værk, jf. OPHL § 2. Disse økonomiske rettigheder består af retten til at foretage eksemplar fremstilling af værket, samt retten til at gøre værket tilgængeligt for almenheden. Sidstnævnte behandles i afsnit 4. Eksemplar fremstilling indebærer en genskabelse af værket identisk med det originale værk<sup>22</sup>. OPHL § 2 dækker over samtlige former for eksemplar fremstilling uanset hvilket medie, der anvendes. Ophavsmandens eneret gælder altså, selv om eksemplar fremstillingen er sket ved, at værket er skjult i computerens hardware osv. Værkets format er ligeledes uden betydning<sup>23</sup>. Umiddelbart skelnes her således ikke mellem analoge og digitale værker.

Selv midlertidige kopier<sup>24</sup> er omfattet af eksemplar fremstillingsretten, og derfor kræver afvikling af et digitalt værk tilladelse fra ophavsmanden. Der skelnes mellem analoge og digitale værker, når det omhandler brugen heraf. Du kan læse i en bog uden, at denne handling er ophavsretligt beskyttet, mens brugen af digitale værker udgør ophavsretligt beskyttet handling. Således vil afspilningen af en piratkopieret film i digitalt format være i strid med ophavsretsloven<sup>25</sup>. For at undgå at skulle hente tilladelse fra ophavsmanden i alle disse tilfælde, er der indført en række indskrænkninger i eksemplar fremstillingsretten, som vil blive gennemgået nedenfor i afsnit 3.1. og 3.2.

#### 3.1 Midlertidig eksemplar fremstilling

Den midlertidige eksemplar fremstilling, som fremgår af OPHL § 11a, er en undtagelse til OPHL § 2. Det er Infosoc-direktivets<sup>26</sup> art. 5, stk. 1, der er blevet implementeret heri<sup>27</sup>, og bestemmelsen indeholder fire kumulative betingelser for, at der er tale om lovlig midlertidig eksemplar fremstilling: Eksemplarerne skal være flygtige eller tilfældige eksemplarer, jf. OPHL § 11a, stk. 1, nr. 1, eksemplarerne skal udgøre en integreret og væsentlig del af en teknisk proces, jf. OPHL § 11a, stk. 1, nr. 2, som udelukkende har til formål at muliggøre enten en mellemmands transmission af værket i et netværk mellem tredjemænd eller lovlig brug af værket, jf. OPHL § 11a, stk. 1, nr. 3. Til slut er det en betingelse at, eksemplarerne ikke har selvstændig økonomisk værdi, jf. OPHL § 11a, stk. 1, nr. 4<sup>28</sup>.

Bestemmelsen er primært til for at sikre, at RAM-kopiering ikke kræver ophavsmandens samtykke<sup>29</sup>. RAM står for Random Access Memory og er en enhed der kan lagre og læse data<sup>30</sup>. Caching-kopier er ligeledes omfattet, se mere herom afsnit 5.3.2.

#### 3.2 Eksemplar fremstilling til privat brug

Ifølge OPHL § 12 er eksemplar fremstilling til privat brug tilladt. Her er altså ligeledes tale om en indskrænkning i eneretten. Bestemmelsen indeholder dog en række betingelser, og der skal på dette område skildres mellem analoge og digitale værker eller rettere sagt kopiering heraf. Teknologien gør løbende kopiering hurtigere, nemmere og minimerer samtidig kvalitetstab. Kopiering gennem internettet medfører derfor, at eksemplarer kan spredes meget hurtigt og til en stor personkreds. Som følge heraf er det nødvendigt, at digital eksemplar fremstilling til privat brug er begrænset<sup>31</sup>. OPHL § 12,

---

<sup>22</sup> Andersen, Mads Bryde, 2005, s. 304

<sup>23</sup> Ibid, s. 303

<sup>24</sup> Eksempelvis RAM-kopier

<sup>25</sup> Udsen, Henrik, 2013, s. 69

<sup>26</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet

<sup>27</sup> Udsen, Henrik, 2013, s. 85

<sup>28</sup> Indholdet samt betydningen af bestemmelsen bliver gennemgået nærmere i afsnit 8.1

<sup>29</sup> Udsen, Henrik, 2013, s. 85

<sup>30</sup> Andersen, Mads Bryde, 2005, s. 58

<sup>31</sup> Udsen, Henrik, 2013, s. 91-93



stk. 2, nr. 5 indeholder en begrænset adgang i forbindelse med privatkopiering i digital form, men der er ikke tale om et decideret forbud. Indskrænkningen omfatter kopiering fra digitalt til digitalt medie samt fra analogt til digitalt medie, medmindre det er til husstanden<sup>32</sup>. Kopiering fra digitalt til analogt medie er altså ikke omfattet, hvilket vil sige, at man eksempelvis gerne må printe.

Eksemplar fremstilling af digitale værker må ikke ske på grundlag af lånte eller lejede eksemplarer, jf. OPHL § 12, stk. 3 uanset bestemmelsen i OPHL § 12, stk. 2, nr. 5.

Afgørende for eksemplar fremstilling til privat brug er, at der er lovligt forlæg hertil, hvilket indebærer, at der ikke må foretages kopier af piratkopier, se nærmere nedenstående afsnit 3.3 om lovligt forlæg.

### **3.3 Lovligt forlæg**

Indskrænkningerne i ophavsretslovens kap. 2 alene anvendelse, såfremt der er lovligt forlæg, jf. OPHL § 11, stk. 3. Lovligt forlæg indebærer, at der skal være givet tilladelse til kopien, der ønskes kopieret fra. Denne bestemmelse har især betydning i forbindelse med kopiering til privat brug, jf. OPHL § 12, som netop gennemgås i afsnit 3.2. Lovligt forlæg indebærer altså, at digital kopiering til personlig brug ikke er lovligt, såfremt kopiering sker på baggrund af et ulovligt eksemplar af værket. Hvis man har færdighederne til at omgå en kopispærring, er det således ikke ensbetydende med, at det er lovligt. OPHL § 11, stk. 3 har fået stor praktisk samt økonomisk betydning for rettighedshaverne i forbindelse med ophavsretlige krænkelser på internettet. Ulovlige filer kan spredes meget hurtigt, og det er nødvendigt at fastholde, at det ikke er lovligt at kopiere fra disse.

## **4. Tilgængeliggørelse på internettet**

OPHL § 2 indeholder, udover ovennævnte, en eret for ophavsmanden til at tilgængeliggøre sit værk for almenheden. Der er tale om tre former for tilgængeliggørelse, jf. OPHL § 2, stk. 3, som alle vil blive gennemgået i de følgende afsnit: spredning (afsnit 4.1), visning (afsnit 4.2) og fremførelse (afsnit 4.3). Eneretten gælder kun tilgængeliggørelse for almenheden, hvor det afgørende element er hvem og hvor mange, der har mulighed for at tilegne sig det givne værk. Tilrådighedsstilling af et værk på en hjemmeside vil, uanset hvor mange brugere hjemmesiden har, være tilgængeliggørelse for almenheden, idet alle reelt set har adgang til hjemmesiden<sup>33</sup>.

Et eksempel, hvor to personer havde foretaget krænkelser i strid med ophavsmandens eneret til tilgængeliggørelse, ses i U.2008.1801Ø. Her foretog to personer piratkopiering af 410 cd'er og solgte efterfølgende 200 af disse. Det skete over en periode på 1 år og 9 måneder, og personerne havde skaffet musiknumrene ved at låne dem på biblioteket og af deres bekendte. De havde i perioden tjent 4000 kr. og havde tillige en tilbudsliste med i alt 725 cd-titler, der kunne bestilles. Herved forelå der en overtrædelse af OPHL § 2, jf. OPHL § 76 ved fremstillingen og tilgængeliggørelsen af cd'erne. Landsretten ikendte de tiltalte hver en betinget dom på 20 dages fængsel, da man mente, at der var tale om en særligt skærpende sag.

### **4.1. Spredning**

Ifølge OPHL § 2, stk. 3, nr. 1 har ophavsmanden en eneret til at sprede eksemplarer af værket. Dette kan ske gennem salg, udlån eller udlejning. Umiddelbart ville denne bestemmelse medføre, at man eksempelvis ikke måtte videresælge sine brugte cd'er, men det er ikke tilfældet. OPHL § 19 indeholder nemlig en undtagelse til denne spredningsret, der medfører, at såfremt man har erhvervet værket på lovlig vis, må man videresprede eksemplaret uden tilladelse fra ophavsmanden. Ophavsmandens

---

<sup>32</sup> Ibid, s. 93

<sup>33</sup> Ibid, s. 70

ret konsumeres rettere sagt i det øjeblik et eksemplar er solgt med ophavsmandens samtykke, jf. OPHL § 19.

Spredning er en eneret, der gælder både for analoge samt digitale medier. Det har dog været diskuteret, hvorvidt der foreligger spredning, såfremt en digital kopi overdrages uden, at der samtidigt overdrages et fysisk medie. Spørgsmålet er altså, om der for eksempel ved overdragelse af en fil gennem tjenesten Dropbox foreligger spredning i bestemmelsens forstand. Spørgsmålet er afklaret i *UsedSoft-dommen*<sup>34</sup>, hvor EU-domstolen slog fast, at overdragelse af en digital kopi ikke behøver at være ledsaget af et fysisk medie for at udgøre spredning. Dette synspunkt følges nu, jf. Infosoc-direktivets art. 4 og OPHL § 2, stk. 3, nr. 1. Dommen omhandlede dog edb-programmer, der er reguleret af Software-direktivet<sup>35</sup> og ikke Infosoc-direktivet, der blev fortolket. Retstilstanden kan derfor ikke ses som endelig<sup>36</sup>.

## 4.2. Visning

OPHL § 2, stk. 3, nr. 2 indeholder en eneret for ophavsmanden til eksemplarvisning af værket. Dette er altså en bestemmelse, som har stor betydning, hvad angår kunstværker, mens det er blevet diskuteret i teorien, hvorvidt visning af et digitalt værk på en skærm har samme karakter af visning i bestemmelsens forstand<sup>37</sup>. Det fremgår af forarbejderne til ophavsretsloven i 2002<sup>38</sup>, der implementerer Infosoc-direktivet, at der udelukkende er tale om visning ved direkte visning af et fysisk eksemplar for tilstedeværende almenhed<sup>39</sup>. Dermed har visningsretten ingen praktisk betydning i forhold til digitale værker, og det vil derfor ikke blive behandlet yderligere i dette speciale.

## 4.3. Fremførelse

Eneretten til at fremføre et værk offentligt følger af OPHL § 2, stk. 3, nr. 3. Der skal ved fremførelsen være tale om en aktiv proces, hvor modtageren kan tilegne sig værket. En præsentation af et værk på en computerskærm vil udgøre fremførelse, da der sker en aktiv proces ved selve afviklingen af et digitalt værk<sup>40</sup>.

OPHL § 2, stk. 4, nr. 1 tager sigte på offentliggørelse på internettet med formuleringen om, at fremførelse omfatter *"tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt"*. Der er dermed tale om offentlig fremførelse, hvis man lægger et værk ud på sin hjemmeside<sup>41</sup>. Denne situation vil derudover indebære eksemplar fremstilling, jf. OPHL § 1, stk. 2, idet et uploadet billede til en hjemmeside samtidig vil blive gemt på netværksoperatørens server.

Et klassisk eksempel, hvorpå eneretten til fremførelse kan blive krænket på internettet, er ved peer-to-peer-fildeling (P2P). Det er via P2P-programmer muligt at søge efter og dele eksempelvis musik med andre brugere, der benytter samme program, hvorefter man kan gemme disse musikfiler på sin computer<sup>42</sup>. Ved fildelingen sker der således en tilgængeliggørelse for almenheden i form af fremførelse, jf. OPHL § 2, stk. 4, nr. 1, når det ophavsretligt beskyttede materiale bliver stillet til rådighed på fildelingstjenesten. Derudover sker der eksemplar fremstilling, jf. OPHL § 2, stk. 1 og 2, når brugeren

---

<sup>34</sup> C-128/11

<sup>35</sup> Rådets direktiv 91/250/EØF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer

<sup>36</sup> Udsen, Henrik, s. 72-73

<sup>37</sup> Ibid, s. 74

<sup>38</sup> Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven 02/10/2002

<sup>39</sup> Udsen, Henrik, s. 73-74

<sup>40</sup> Ibid, s. 75

<sup>41</sup> Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier, 2013, s. 153

<sup>42</sup> Trzaskowski (red), Jan, m.fl., 2012, s. 468

downloader filer via tjenesten. Såfremt tilgængeliggørelsen sker uden rettighedshaverens samtykke, vil der være tale om en ophavsretlig krænkelse.

## **5. Medvirken i forbindelse med ophavsretlige krænkelse på internettet**

Der er forskellige aktører i spil ved ophavsretlige krænkelse på internettet. I det følgende er disse forskellige aktører, samt deres roller i forbindelse med ophavsretlige krænkelse præsenteret. Herefter præsenteres tre forskellige situationer, hvor formidleren kan stå til rådighed, da det netop er formidleren der er i fokus i dette speciale.

### **5.1. Brugeren**

Brugeren vil oftest være den primære krænker. Det ses eksempelvis i forbindelse med P2P-fildeling, hvor det er brugeren af programmer, der (oftest) ulovligt up- og downloader mellem hinanden. Selvom brugeren kan anføre, at downloadingen er til personlig brug, jf. OPHL § 12, stk. 2, nr. 5, vil det ikke gøre downloadingen lovlig, idet OPHL § 11, stk. 3 kræver, at der skal være lovligt forlæg hertil. Ved at uploade materiale til disse P2P-programmer og grundet internettets opbygning og muligheder agerer brugeren i stigende grad som indholdsleverandør<sup>43</sup>.

På trods af at brugeren oftest er den primære krænker, er det langt fra altid, at denne bliver draget til ansvar for de krænkelse, der er foretaget. Der kan som tidligere nævnt være bevisproblemer i forbindelse med sager om krænkelse begået på internettet, da det eksempelvis kan være vanskeligt at spore sig frem til brugeren. Det, at man kan spore en bestemt krænkelse tilbage til en IP-adresse, er ikke altid i sig selv nok til, at man kan pålægge brugeren et ansvar, såfremt der er anvendt en usikret trådløs router. Et eksempel herpå ses i U.2009.280V, hvor der fra den tiltalte, S', IP-adresse var blevet tilgængeliggjort en række musikfiler via en usikret trådløs internetforbindelse. Landsretten fandt det bevist, at det var S' internetforbindelse, der var anvendt til at tilgængeliggøre musikværkerne, men det kunne ikke udelukkes at IP-adressen var blevet misbrugt af andre. På denne baggrund valgte Landsretten derfor at frifinde S.

### **5.2. Indholdsleverandøren**

Indholdsleverandøren kaldes også for Internet Content Provider (ICP). Enhver, der stiller information til rådighed for omverdenen via internettet, vil have karakter af indholdsleverandør. Der kan således være tale om alt fra virksomheder, offentlige myndigheder til privatpersoner<sup>44</sup>. Et kendetegn ved indholdsleverandøren er, at personen eller virksomheden bag typisk genererer en økonomisk omsætning enten ved hjælp af reklamer eller direkte fra brugerne. Indholdsudbyderen er den, der stiller selve det retsstridige indhold til rådighed via internettet<sup>45</sup>. Såfremt en bruger eksempelvis uploader en musikvideo til Youtube, vil denne have karakter af indholdsleverandør.

Et andet eksempel på en indholdsleverandør kan være en systemudvikler, der opfinder og koder et system, som udbydes og kan benyttes af brugerne<sup>46</sup>. Et eksempel på en form for systemudvikler, der ifaldt ansvar ses i U.2005.60V, den såkaldte DivX-sag. Her havde en person udviklet en hjemmeside, hvor brugerne kunne udveksle filmværker med hinanden uden samtykke fra rettighedshaverne. Der kunne ikke downloades film direkte fra hjemmesiden, men udvikleren bag hjemmesiden opfordrede og medvirkede til de ophavsretlige krænkelse. Sagsøgte blev pålagt at betale vederlag samt erstatning for sin medvirken, jf. OPHL § 83, stk. 1.

---

<sup>43</sup> Se afsnit 7.4

<sup>44</sup> Andersen, Mads Bryde, 2005, s. 161

<sup>45</sup> Trzaskowski (red), Jan, m.fl., 2012, s. 610

<sup>46</sup> Ibid, s. 469

## 5.3 Formidleren

Formidleren dækker som udgangspunkt over rollerne som Internet Access Provider (IAP) eller Internet Service Provider (ISP). IAP'en udbyder internetopkobling, kommunikationsnetværk og datatrafik, mens ISP'en stiller en online tjeneste til rådighed<sup>47</sup>. Ansvarsfrihedsreglerne i E-handelslovens<sup>48</sup> (EHL) §§ 14-16 finder netop anvendelse på disse formidlere. De enkelte ansvarsfrihedsregler omfatter hver en specifik afgrænset type af de forskellige roller, som formidleren kan have<sup>49</sup>. I dette speciale er der især fokus på formidleren i form af netværksoperatør eller internetudbyder. Kendetegnet for denne type formidler er, at denne er mellemlid mellem indholdsleverandøren og modtageren af det givne indhold og således alene stiller netværket til rådighed. Dermed har formidleren ikke direkte forbindelse til eventuelle krænkelse, der sker via netværket.

Formidleren har økonomisk råderum på anden måde end brugeren. Derfor kan det være en naturlig fordel for rettighedshaverne at kunne rette et økonomisk krav mod formidlerne frem for brugeren. Der kræves desuden ikke så meget af formidleren i forbindelse med at begrænse adgangen til en hjemmeside eller internettet generelt for brugeren. Der er da også en tendens til, at det er op til internetudbydere at håndhæve loven på internettet gennem forskellige muligheder for spærring.

### 5.3.1 Ren videreformidling

Ren videreformidling indebærer, at en netværksudbyder står for den tekniske transmission af information mellem brugerne. Netværksoperatøren videreformidler med andre ord data gennem deres netværk, og videreformidling omfatter ligeledes en automatisk, mellemliggende og kortvarig lagring af information ved selve transmissionen. Det er afgørende, at denne lagring rent tidsmæssigt ikke overstiger, hvad der er nødvendigt for transmissionen. Lagringen skal alene ske med det formål at udføre transmissionen på kommunikationsnettet. Det er kendetegnende for denne form for videreformidling, at netværksoperatøren typisk hverken har kendskab til eller kontrol over de informationer, der transmitteres eller oplagres på dennes netværk<sup>50</sup>. Ren videreformidling kaldes også for mere conduit og er reguleret i E-handelsdirektivets<sup>51</sup> art. 12, som er implementeret i EHL § 14. I henhold til denne bestemmelse opnår formidleren ansvarsfrihed i forbindelse med ren videreformidling af transmitterede data, såfremt de kumulative betingelser i bestemmelsen er opfyldt<sup>52</sup>.

### 5.3.2 Caching

Netværksoperatørerne har mulighed for at lette "trafikken" på netværket ved at kopiere de mest attraktive hjemmesider til deres egne servere. Dette kaldes proxy-caching og indebærer, at brugeren ved forsøg på at komme ind på en bestemt hjemmeside ikke bliver sendt direkte til hjemmesideindehaverens server, men i stedet får forevist den kopi, som operatøren har lagret på deres server. På denne måde kan hjemmesiderne hurtigere stilles til rådighed for brugerne, og man kan undgå såkaldte flaskehalse, der kan opstå hvis mange tusinde brugere forsøger at blive knyttet op på den samme hjemmeside på samme tid. Den cachede kopi, som brugeren får forevist, er en eksakt kopi af den originale hjemmeside, og brugeren vil derfor ikke kunne se forskel på de forskellige sider. OPHL § 11a giver

---

<sup>47</sup> Andersen, M., Niels, Arly Carlquist, Anders Rubinstein, 2006, s. 142

<sup>48</sup> Lov nr. 227 af 22/04/2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel

<sup>49</sup> Med de forskellige roller menes, at formidleren kan foretage ren videreformidling, caching og hosting, som er uddybet i afsnit 5.3.1-5.3.3

<sup>50</sup> Nielsen, Ruth, Søren Sandfeld Jakobsen, 2011, s. 269-270

<sup>51</sup> Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informations-samfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked

<sup>52</sup> Ansvarsfriheden for den rene videreformidler er behandlet i afsnit 7

hjemmel til caching af lovligt materiale. Såfremt der foretages cache-kopier af ulovligt materiale, kan formidleren i visse tilfælde opnå ansvarsfrihed efter EHL § 15<sup>53</sup>.

Der findes andre former for caching, eksempelvis browser-caching. Her sker kopieringen til brugerens harddisk, og den foretages af brugerens egen browser<sup>54</sup>. Da det ikke er formidleren, der foretager denne form for caching, vil det ikke blive behandlet yderligere.

Når der i det følgende henvises til caching, menes således proxy-caching.

### 5.3.3 Hosting

Hosting indebærer, at hosting-formidleren stiller lagerplads til rådighed for brugeren. Hosting adskiller sig fra den rene videreformidling og caching ved, at lagringen ikke er midlertidig. Det er afsenderen, der anmoder om oplagring af information, som eksempelvis kunne være en hjemmeside. Generelt er der en større tilknytning til indholdet fra operatørens side, og derfor vil det her være nemmere at ifalde et ansvar sammenlignet med ren videreformidling og caching. Hosting-formidleren vil dog være ansvarsfri for denne oplagring, så længe han ikke har kendskab til den ulovlige information, jf. EHL § 16<sup>55</sup>.

## 6. Medvirken for formidleren

Formidlerens rolle er som udgangspunkt at stille tekniske midler til rådighed for brugeren, og der kan derfor som hovedregel ikke være tale om et direkte ansvar, men derimod et sekundært ansvar i kraft af formidlerens medvirken til brugerens retsstridige adfærd. E-handelsloven regulerer, hvornår formidleren er ansvarsfri, men der kan ikke sluttes modsætningsvis og pålægges ansvar i tilfælde af, at betingelserne for ansvarsfrihed ikke er opfyldt. Det er derfor de almindelige strafferetlige samt erstatningsretlige regler om medvirken, der finder anvendelse. Her vil et afgørende spørgsmål være, hvorvidt der foreligger det fornødne ansvarsgrundlag. En vigtig forskel mellem strafferetlig medvirken og erstatningsretlig medvirken i forbindelse med ophavsretlige krænkelse er, at der for strafferetlig medvirken kræves grov uagtsomhed, jf. OPHL § 76, stk. 1, mens det for erstatningsretlig medvirken er tilstrækkeligt med simpel uagtsomhed, OPHL § 83, stk. 1. Den korrekte juridiske håndtering af en sag om retsstridig information på et netværk er først og fremmest at undersøge, hvorvidt formidleren kan ifalde ansvar efter de almindelige regler, og såfremt det er tilfældet, kan det dernæst vurderes, hvorvidt ansvarsfrihedsreglerne i E-handelsloven finder anvendelse på situationen<sup>56</sup>.

### 6.1. Strafferetlig medvirken

De øgede muligheder for digitalisering samt spredning af ophavsretligt beskyttede værker på internettet har medført, at der siden 1989 er sket en skærpelse af strafansvaret i forbindelse med omgåelse af kopispærringer af edb-programmer. I 1995 blev ansvaret udvidet til at gælde alle værker i digital form, og i 2004 blev reglerne endnu en gang skærpet, således at ophavsretlige krænkelse af særlig grov karakter nu kan straffes med fængsel i op til 6 år, jf. straffelovens (STRFL) § 299b<sup>57</sup>. I det følgende undersøges, hvorvidt formidleren opfylder de almindelige strafbarhedsregler, samt hvorvidt han er omfattet af den særlige medvirkensregel i STRFL § 23.

---

<sup>53</sup> Se afsnit 7

<sup>54</sup> Nielsen, Ruth, Søren Sandfeld Jakobsen, 2011, s. 279

<sup>55</sup> Se afsnit 7

<sup>56</sup> Se afsnit 7.

<sup>57</sup> Petersen, Clement Salung, 2008, s. 77.

En forudsætning for, at man kan straffes efter straffeloven<sup>58</sup>, er, at man skal have begået en forbrydelse. Strafferettens legalitetsprincip følger af STRFL § 1 og indebærer, at der altid skal være lov hjemmel for pålæggelse af straf. De almindelige strafbarhedsregler indeholder blandt andet krav om, at gerningsmanden skal have realiseret et gerningsindhold, han må hverken være barn eller sindssyg, og derudover skal han have handlet med fornøden tilregnelser<sup>59</sup>. I dansk ret er der flere forskellige grader af tilregnelser. Det spænder over simpel uagtsomhed til forsæt. Udgangspunktet er, at pålæggelse af straf kræver forsæt, medmindre andet er hjemlet, jf. STRFL § 19. Ophavsretsloven indeholder i §§ 76-78 straffebestemmelser, hvoraf det fremgår, at grov uagtsomhed er tilstrækkeligt for at ifalde et strafansvar. Forsætlige eller groft uagtsomme krænkelse af ophavsmandens enerettigheder kan medføre bøde, jf. OPHL § 76, stk. 1. Såfremt de ophavsretlige krænkelse er begået med forsæt og under skærpende omstændigheder, kan straffen stige til fængsel i 1 år og 6 måneder, jf. OPHL § 76, stk. 2. Bestemmelsen henviser desuden til STRFL § 299, hvorefter ophavsretlige krænkelse af særlig grov karakter kan straffes med fængsel i op til 6 år, jf. STRFL § 299b, stk. 1, nr. 1. Bestemmelserne der omhandler særligt skærpende omstændigheder, anvendes sjældent i praksis, men det kan forekomme i forbindelse med professionel kriminalitet, hvor eksempelvis spil, film, musik og edb-programmer i store mængder spredes til almenheden ved, at det bliver stillet til rådighed online. Almindeligvis vil der blive sanktioneret med bøde.

Et eksempel på anvendelse af OPHL § 76 ses i U.2001.1572V, der desuden er et eksempel på en forsætlig medvirkenshandling. Her havde en 15-årig, A, oprettet en hjemmeside med direkte links til både danske og udenlandske musiknumre. Nogle af disse MP3-filer lå på fremmede servere, mens andre var uploadet af den 15-årige selv. KODA<sup>60</sup> lagde sag an, med påstand om, at A havde foretaget ulovlig tilgængeliggørelse, og at han selv havde kopieret samt medvirket til kopiering af andres ulovlig tilgængeliggjorte musiknumre. KODA nedlagde blandt andet påstand om idømmelse af bøde i medfør af OPHL § 76, stk. 1 for overtrædelse af OPHL § 2, § 65 og § 66. Betingelserne herfor er som nævnt forsæt eller i hvert fald grov uagtsomhed. Landsretten fandt, at A ikke havde grund til at tro, at de musiknumre, han oprettede links til, var lagt ud på nettet med rettighedshavernes samtykke. Derudover fremgik det klart af selve hjemmesiden, at den skulle anvendes til downloading af musik. A medvirkede til de overtrædelser af OPHL § 2, § 65 og § 66, som fandt sted via hjemmesiden. Landsretten fandt, at A havde haft tilregnelser til sine handlinger. Baggrunden herfor var, at A havde viden eller burde viden om den manglende tilladelse fra rettighedshaverne, og at de mange besøgende (14.000 personer) skyldtes muligheden for at kopiere musik. På hjemmesiden var der desuden givet udtryk for, at det var ulovligt at kopiere musikken selvom det netop var formålet med hjemmesiden. Tilregnelserkravet var således opfyldt i sagen, da A vidste, at kopieringerne ville finde sted, og han havde derfor forsæt til handlingerne. På denne baggrund fandt Landsretten, at A forsætligt havde overtrådt OPHL § 76, stk. 1, jf. § 2, § 65 og § 66 og dermed krænket rettighedshavernes enerettigheder. At A hverken havde tilsigtet eller haft økonomisk udbytte af handlingerne, samt at han straks efterkom kravet om lukning af hjemmesiden, gjorde, sammen med hans unge alder, at bødestrafen bortfaldt, jf. STRFL § 85. Den omstændighed, at der var mange andre på det pågældende tidspunkt, der foretog sig noget tilsvarende, fik ligeledes betydning i ovenstående vurdering, da A kun i fire tilfælde selv havde lagt musiknumre ud på nettet.

Sagen illustrerer, at medvirkenssynspunktet blandt andet er baseret på en vurdering af, hvorvidt A er i ond tro, samt hans aktive handlinger ved at opfordre til kopieringerne direkte på hjemmesiden.

---

<sup>58</sup> Lovbekendtgørelse nr. 873 af 09/07/2015 om straffeloven

<sup>59</sup> Nielsen, Gorm Toftegaard, 2013, s. 29-30

<sup>60</sup> En forening, der arbejder for at sikre musikskaberes rettigheder og betaling når deres værker bliver spillet offentligt

For formidleren kan medvirken opstå i forskellige afskygninger alt efter hvilken type formidler der er tale om. Den rene videreformidler står for transmissionen af information i netværket, og i den forbindelse sker der en automatisk, mellemliggende og kortvarig lagring af information ved selve transmissionen. Denne type formidler foretager objektivt set ophavsretlige krænkelse, jf. OPHL §§ 11a og 11, stk. 3 ved eksemplar fremstilling af retsstridig information. Derfor kan formidleren i denne forbindelse blive selvstændigt ansvarlig, men han vil typisk være ansvarsfri herfor, jf. EHL § 14<sup>61</sup>.

Et afgørende punkt for formidlerens ansvar er kendskab. Der kræves den samme grad af tilregnelser for medvirkensansvaret som for det primære ansvar. Det subjektive krav om, at der skal foreligge forsæt, er opfyldt, såfremt mellemmanden har viden om den retsstridige handling. Hvor der alene stilles krav om uagtsomhed, er det afgørende, om han burde have viden om gerningen. Kendskab er med andre ord vigtigt for afgørelsen af strafbarheden – især i forbindelse med passiv medvirken, som vil blive behandlet nærmere i det følgende. Formidleren har oftest ikke noget konkret kendskab til den information, der udveksles mellem brugerne, og det er en af begrundelserne for, at formidleren typisk ikke vil blive strafansvarlig<sup>62</sup>. Caching-formidleren har som udgangspunkt ikke kendskab til indholdet af de oplagrede informationer, men der er typisk valgt, hvilke hjemmesider der skal foretages caching-kopier af. Tilknytningen til de ulovlige informationer er således stærkere, og der følger da også en handlepligt i EHL § 15, nr. 5, hvorefter formidleren straks skal tage skridt til at fjerne eller hindre adgangen til informationen, såfremt han har kendskab til, at den ikke længere er tilgængelig på den originale hjemmeside. Hosting-formidleren har endnu større tilknytning til informationen end både den rene videreformidler og caching-formidleren. Ved hosting bliver der foretaget en oplagring, som umiddelbart ikke er tidsbegrænset, og det er en klar betingelse for ansvarsfriheden i EHL § 16, at hosting-formidleren ikke må have kendskab til den retsstridige information. Betingelserne for ansvarsfrihed er således strengere i forbindelse med hosting-formidleren end de er ved den rene videreformidler samt for caching-formidleren<sup>63</sup>.

Der findes ikke direkte hjemmel i ophavsretsloven til at straffe medvirken i forbindelse med ophavsretlige krænkelse. Medvirkensansvaret er også for formidlerens vedkommende reguleret af almindelige strafferetlige regler. Formidling af information er ikke direkte kriminaliseret i de strafferetlige regler, og derfor skal ansvaret findes i STRFL § 23 om medvirken. Denne medvirkensregel bestemmer, at enhver ”*der ved tilskyndelse, råd eller dåd har medvirket til gerningen*” kan ifalde ansvar. Formidleren kan således ifalde et ansvar i forbindelse med ophavsretlige krænkelse, på trods af, at han ikke objektivt har foretaget de handlinger, hoveddeliktet kræver for pålæggelse af straf, hvis han har medvirket i STRFL § 23’s forstand. STRFL § 23 finder anvendelse i forbindelse med straffelovens delikter såvel som straffebestemmelser i særlovgivningen, jf. STRFL § 2. Dette medfører altså, at medvirkensansvaret ligeledes dækker over bestemmelserne i OPHL §§ 76-78. Bestemmelsen i STRFL § 23 kan anvendes, hvad enten ansvarssubjektet er en fysisk person eller en juridisk person<sup>64</sup>.

Formuleringen ”*tilskyndelse, råd eller dåd*” i STRFL § 23, stk. 1 medfører, at medvirkensbegrebet både omfatter fysiske handlinger som eksempelvis at stille en hjemmeside til rådighed, der muliggør ophavsretlige krænkelse, såvel som psykisk medvirken, der omfatter opfordring til krænkelse<sup>65</sup>. Reglerne om medvirken i STRFL § 23 omfatter i princippet alle strafbare overtrædelser. Det faktum, at en formidler stiller sin server til rådighed, vil teknisk set betyde, at formidleren altid medvirker ved dåd, idet den retsstridige gerning ikke kan finde sted, såfremt formidleren ikke stiller serveren til rådighed. I et sådant tilfælde er der dog ikke tale om en særlig tilknytning til selve gerningen.

---

<sup>61</sup> Ansvarsfrihedsreglerne uddybes i afsnit 7.

<sup>62</sup> Udsen, Henrik, 2013, s. 271

<sup>63</sup> Se afsnit 7.1

<sup>64</sup> Greve, Vagn, Poul Dahl Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen, 2013, s. 288-289

<sup>65</sup> Trzaskowski (red), Jan, m.fl., 2012, s. 612

Der kan ikke være tvivl om, at aktiv medvirken er omfattet af STRFL § 23. Ansvarsfriheden der fremgår af E-handelsloven samt E-handelsdirektivet<sup>66</sup> finder ikke anvendelse, såfremt formidleren medvirker aktivt til en retskrænkelse på internettet<sup>67</sup>. Med andre ord er ansvaret for den aktive medvirken, jf. STRFL § 23, ikke begrænset af E-handelsreglerne<sup>68</sup>.

Det er almindeligt antaget, at STRFL § 23 også omfatter visse former for passiv medvirken. For at der kan straffes for passiv medvirken, skal den medvirkende have haft mulighed for at indse, at der er tale om retsstridigt forhold, og han skal derudover have haft mulighed for at gribe ind og forhindre fuldbyrdelsen heraf<sup>69</sup>. Et eksempel på passiv medvirken eller unkladelse ses i den ældre dom U1996.209/2H. Her blev udgiveren af et annonnehæfte straffet for medvirken til en annoncørs reklamering med ulovlig tilgift. Højesteret fandt, at udgiveren ved et umiddelbart gennemsyn af annoncerne burde have indset, at der blev reklameret med ulovlig tilgift. På baggrund af forbindelsen mellem udgiveren og annoncøren samt dennes reklamering, og derudover udgiverens mulighed for at gribe ind og forhindre den ulovlige reklamering ifaldt udgiveren ansvar for passiv medvirken.

Der bliver i sagen ikke henvist direkte til STRFL § 23, hvilket heller ikke var tilfældet i ovennævnte U.2001.1572V. Dette skyldes, at domstolene i almindelighed ikke finder det nødvendigt at henvise til bestemmelsen, idet den ligestiller alle meddelagte<sup>70</sup>. I kraft af rollen som udgiver fandtes det, at udgiveren kunne have grebet ind over for den ulovlige reklamering, og sagen er altså et klart eksempel på, at der kan straffes for unkladelse.

Ansvarsfrihedsreglerne der fremgår af EHL §§ 14-16, gælder kun, hvis der er tale om passiv medvirken. Internetudbyderens rolle og handlinger kan typisk ikke karakteriseres som aktiv medvirken, hvis der foregår ophavsretlige krænkelser på udbyderens netværk. Der gives ganske vist mulighed for, at abonnenterne kan uploade eller downloade ophavsretligt beskyttet materiale, men dette kan ikke siges at være hensigten med internetudbyderens handlinger.

Som tidligere nævnt vil formidlerens handlinger rent teknisk kunne betegnes som medvirken ved dåd, idet de ophavsretlige krænkelser ikke kunne finde sted, såfremt formidleren ikke havde stillet internet eller en server til rådighed for den primære krænker. Formålet med at stille internet til rådighed for brugeren er dog ikke at skulle medvirke til retsstridige handlinger. Det faktum, at brugeren har brug for formidleren til at levere internet for at kunne begå ophavsretlige krænkelser medfører ikke, at formidleren medvirker aktivt til brugerens handlinger. I Kommenteret straffelov – Almindelig del opstilles et eksempel, hvor et postbud, der har bragt et injurierende brev frem ikke vil være omfattet af medvirkensreglerne<sup>71</sup>. Som det også er nævnt i indledningen til specialet, bliver internetudbyderen ofte sidestillet med postvæsnet, og det kan derfor antages, at medvirkensreglerne ikke finder anvendelse, såfremt den medvirkende handling alene består i at stille internet til rådighed for brugeren. Den rene videreformidler står alene for den tekniske medvirken og dennes tilknytning til den ulovlige information er yderst begrænset. Denne type af formidler vil derfor ikke være omfattet af medvirkensreglerne. Hvis vi forestiller os en tænkt situation, hvor postbuddet i ovenstående eksempel skal opbevare brevet, og dernæst bliver gjort opmærksom på indholdet i brevet, så vil denne viden gøre at tilknytningen til brevet bliver større og dermed større risiko for at ifalde ansvar for medvirken. Eksemplet kan sammenlignes med hosting-formidleren, der netop kan komme til at oplagre ulovlig information, og dennes rolle går dermed ud over den tekniske medvirken. For at være ansvarsfri skal hosting-

---

<sup>66</sup> Se afsnit 7

<sup>67</sup> Nielsen, Ruth, Søren Sandfeld Jakobsen, 2011, s. 267

<sup>68</sup> E-handelslovens §§ 14, 15 og 16

<sup>69</sup> Trzaskowski (red), Jan, m.fl., 2012, s. 612

<sup>70</sup> Greve, Vagn, Poul Dahl Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen, 2013, s. 289

<sup>71</sup> Ibid, s. 292



formidleren derfor straks fjerne den retsstridige information, såfremt han får kendskab dertil, jf. EHL § 16, Stk. 1, nr. 2.

Det er på baggrund af ovenstående oftest ikke muligt at pålægge formidleren et strafferetligt medvirkensansvar. Der skal som udgangspunkt en del til, før at man kan statuere aktiv medvirken for en formidler, da han sjældent har kendskab til de retsstridige informationer på netværket, og kravet om tilregning vil typisk ikke være opfyldt. Derudover vil formidleren ofte være omfattet af ansvarsfrihedsreglerne i E-handelsloven, der især har betydning i forbindelse med passiv medvirken.

## 6.2 Erstatningsretlig medvirken

Det følgende er en undersøgelse af formidlerens erstatningsretlige medvirkensansvar for retsstridig information på internettet. Internetudbyderen har et kontraktforhold til brugeren, der anvender udbyderens netværk til eksempelvis at opnå adgang til det ulovlige indhold, mens der ikke foreligger et kontraktforhold til den krænkede rettighedshaver. Ansvar er således et ansvar uden for kontakt – et såkaldt deliktansvar<sup>72</sup>. Det er derfor denne form for ansvar, der bliver interessant for denne fremstilling, da afsnittet omhandler medvirkensansvaret, som formidleren kan ifalde overfor en rettighedshaver i forbindelse med ulovlig transmission på formidlerens netværk. De almindelige regler fra offline verdenen i forbindelse med, hvad der udgør erstatningspådragende handlinger i forhold til ophavsretten, kan som udgangspunkt overføres til internettet<sup>73</sup>.

Medvirkensansvaret er ikke direkte reguleret inden for erstatningsretten, men der er fast hjemmel i retspraksis<sup>74</sup>. Flere personer kan være ansvarlige for den samme skade, og den skadelidte kan kræve hele erstatningsbeløbet hos den skadevolder, han ønsker<sup>75</sup>. Inden for erstatningsretten kaldes denne form for ansvar solidarisk ansvar og dækker så at sige over betegnelsen medvirken. Den indfrie skadevolder har mulighed for efterfølgende at foretage regres mod medskadevolderne, jf. erstatningsansvarslovens<sup>76</sup> (EAL) § 25, stk. 1. Fordelingen af erstatningsbyrden mellem de solidarisk ansvarlige foretages på baggrund af den udviste skyld<sup>77</sup>. Udgangspunktet minder således om medvirkensansvaret i strafferetten, hvor flere ansvarlige kan ifalde ansvar på lige fod.

For at der kan pålægges et erstatningsretligt ansvar, skal de almindelige erstatningsretlige betingelser være opfyldt. Først og fremmest skal der være et ansvarsgrundlag. Udgangspunktet i erstatningsretten er, at ansvarsgrundlaget findes i culpapreglen, hvor det er skadelidte, der skal bevise, at skadevolderen har handlet culpøst. Culpapreglen kan betegnes som en minimumsregel<sup>78</sup>, hvilket indebærer, at der som minimum skal være tale om culpa, men der kan dog være tale om et skærpet ansvarsgrundlag. Et skærpet ansvarsgrundlag kunne eksempelvis være et præsumptionsansvar eller et objektivt ansvar. Præsumptionsansvaret indebærer, at bevisbyrden bliver vendt således, at det er skadevolderen, der skal bevise, at han har handlet uagtsomt. Præsumptionsansvaret kan pålægges af domstolene<sup>79</sup>. Objektivt ansvar er den mest vidtgående form for ansvar, hvor man kan ifalde ansvar for skader, man hverken har forvoldt forsætligt eller uagtsomt. Objektivt ansvar er på nogle områder indført direkte ved lov<sup>80</sup>, men domstolene har derudover i nogle tilfælde valgt at pålægge et ulovbestemt objektivt ansvar.

---

<sup>72</sup> Jakobsen (red.), Søren Sandfeld, Søren Johansen, Christian Bergqvist, 2014, s. 458

<sup>73</sup> Trzaskowski (red), Jan, m.fl., 2012, s. 583

<sup>74</sup> Nielsen, Ruth, Søren Sandfeld Jakobsen, 2011, s. 266

<sup>75</sup> Eyben, Bo Von, Helle Isager, 2011, s. 430

<sup>76</sup> Lovbekendtgørelse nr. 266 af 21/03/2014 om erstatningsansvar

<sup>77</sup> Eyben, Bo Von, Helle Isager, 2011, s. 432

<sup>78</sup> Ibid, s. 23

<sup>79</sup> Ibid, s. 122

<sup>80</sup> Eksempelvis Færdselslovens § 101, stk. 1

Et eksempel herpå fra den ikke-digitale verden ses i U.1983.714H. Her havde en kommune overladt arbejdet om sænkningen af grundvandsstanden i forbindelse med udvidelsen af et kommunalt biologisk rensningsanlæg til et entreprenørfirma, og i forbindelse med dette arbejde skete der betydelige sætningsskader på de omkringliggende huse. Højesteret fastslog, at kommunen ikke havde udvist culpa, men den fandtes alligevel at være erstatningsansvarlig for skaderne, idet kommunen havde haft mulighed for at tage risikoen for skadeforvoldelse i betragtning ved den økonomiske og tekniske planlægning af arbejdet. Der var således tale om pålæggelse af objektivet ansvar.

Omend dette eksempel ikke har direkte sammenhæng med dette speciales emne, illustrerer det imidlertid, at domstolene har mulighed for at pålægge et objektivet ansvar uden for de lovregulerede områder. Rent teoretisk ville det derfor kunne være tilfældet i forbindelse med formidleransvaret ved ophavsretlige krænkelser på internettet. I praksis ville det dog sandsynligvis aldrig ske, da domstolene er meget tilbageholdende med at pålægge objektivet ansvar. Derudover er det særligt i forbindelse med skader forvoldt ved udgravninger og piloteringer, at det objektive ansvar pålægges<sup>81</sup>, og det er således ikke sandsynligt, at eksemplet i U.1983.714H kan overføres til formidleransvaret på internettet. Ansvarsgrundlaget i forbindelse med ophavsretlige krænkelser er således culpa. Udgangspunktet i forbindelse med erstatningsretlig medvirken er, at såfremt ansvarsgrundlaget er culpa for den hovedansvarlige, så kræves der ligeledes culpa for den medvirkende, før denne kan ifalde et medvirkensansvar<sup>82</sup>. Ved vurderingen af den almindelige culperegulering må der lægges vægt på, hvorvidt formidleren indså eller burde indse, at der er foregået ulovlig informationsspredning via dennes netværk<sup>83</sup>. Jo større tilknytning formidleren har til de retsstridige informationer, desto større sandsynlighed er der for, at han burde indse, at der er foregået noget ulovligt.

Det er desuden en erstatningsretlig betingelse, at der skal være lidt et økonomisk tab. Erstatning ydes i penge, og derfor skal skaden kunne omsættes til et pengebeløb for at kunne blive erstattet<sup>84</sup>. Eksempelvis vil rene skuffelser derfor ikke opfylde denne betingelse.

En anden betingelse er, at der skal være kausalitet (årsagssammenhæng) mellem tabet og skadevolderens handlinger. Selve handlingen, eller i nogle tilfælde undladelsen, skal således være årsag til det indtrufne tab. Såfremt det er tilfældet bliver den sidste betingelse aktuel, nemlig at tabet skal være adækvant (påregneligt). Der skal foretages en vurdering af, hvorvidt den skadevoldende handling har været med til at øge risikoen for, at skaden indtrådte.

Det erstatningsretlige medvirkensbegreb dækker, som det strafferetlige, både over fysisk og psykisk medvirken. Fysisk medvirken i form af konkrete handlinger og psykisk medvirken i form af eksempelvis rådgivning og opfordring. Det er normalt sådan, at man ikke har en pligt til at gribe ind over for en skadegørende handling, hvis man er vidne hertil. Det er dog muligt at ifalde ansvar for passiv medvirken. Ved passiv medvirken skal der være en forbindelse til skadevolder og den situation, der rummer risikoen for skaden. Der skal desuden være mulighed for at gribe ind og forhindre handlingen<sup>85</sup>.

Der er således flere steder, hvor det erstatningsretlige medvirkensansvar minder om det strafferetlige medvirkensansvar. I ophavsretsloven fremgår dog en grundlæggende forskel. Som nævnt i afsnit 6.1 kræver strafferetlig medvirken efter ophavsretsloven som minimum grov uagtsomhed, jf. OPHL § 76, stk. 1. For at statuere erstatningsretlig medvirken er det tilstrækkeligt, at der foreligger simpel uagt-

---

<sup>81</sup> Eyben, Bo Von, Helle Isager, 2011, s. 177-182

<sup>82</sup> Schlüter, Johan, Jakob Plesner Mathiasen, 2003, s. 519

<sup>83</sup> Udsen, Henrik, *IT-ret*, 2013, s. 272

<sup>84</sup> Eyben, Bo Von, Helle Isager, 2011, s. 24-25

<sup>85</sup> Trzaskowski (red), Jan, m.fl., 2012, s. 613

somhed, jf. OPHL § 83, stk. 1. Det er derfor nemmere at ifalde et erstatningsretligt ansvar end strafferetligt ansvar, da der skal mindre til for at statuere et ansvarsgrundlag.

Rettighedshaveren kan kræve økonomisk kompensation i form af vederlag eller erstatning, jf. OPHL § 83, stk. 1, af den, der har overtrådt en af de i OPHL §§ 76 og 77 nævnte bestemmelser. OPHL § 83 er således toledet og omfatter dels udredelse af et rimeligt vederlag og dels erstatning for eventuel yderligere skade. Det rimelige vederlag vil blive fastsat på baggrund af det beløb, som rettighedshaveren ville have haft krav på, såfremt krænkeren havde fået tilladelse til at benytte værket i første omgang. Erstatning kan herefter kræves, hvis der er lidt tab, som overstiger det rimelige vederlag<sup>86</sup>. Størrelsen på erstatningen bliver fastsat på baggrund af et skøn, hvor der tages hensyn til den tabte fortjeneste for rettighedshaveren samt den uberettigede fortjeneste, som krænkeren måtte have haft. Tidligere var det muligt at opnå dobbelt kompensation, hvilket kan ses i U.2005.60V. Her havde sagsøgte, A, lavet en hjemmeside, hvor brugerne ulovligt kunne udveksle film, og A tilbød desuden at piratkopiere og fremsende film til brugerne. Da Landsretten skulle fastlægge vederlaget, blev der taget udgangspunkt i antallet af film, der var blevet udvekslet på A's hjemmeside. Da der ikke forelå klare informationer herom, blev det skønsmæssigt fastsat til 20 % af de 2.673 brugere, der var på hjemmesiden, hvilket svarer til 535 brugere, og man gik ud fra, at hver af disse brugere havde downloadet 10 film hver. Det rimelige vederlag endte således med at være 535 x 10 film af 70 kr., dvs. 374.500 kr. Derudover fandtes det, at den ulovlige kopiering havde påført yderligere skade for rettighedshaverne, og dette tab blev fastsat til skønsmæssigt at være det samme beløb som det rimelige vederlag, således at vederlaget og erstatningen sammenlagt blev 749.000 kr. Dette dobbelt-op princip er senere blevet afvist i U.2011.1736H. Her havde en mand, A, anvendt et fildelingsprogram i et P2P-netværk, Direct Connect, til at tilgængeliggøre musikværker for andre brugere i netværket. A forklarede, at han havde brugt Direct Connect to til tre gange for at downloade musik, men han bestred, at de lister, som rettighedshaverne havde fremlagt, kunne henføre til hans computer. Højesteret fandt at A's brug af Direct Connect var en krænkelse af OPHL § 2, da han havde tilgængeliggjort musikværker for andre. A forsvarede sig med, at han ikke havde sat sig ordentlig ind i, hvad Direct Connect indebar, og Højesteret fandt derfor, at han havde handlet uagtsomt. Betingelserne for, at rettighedshaverne kunne opnå erstatning og vederlag, var på denne baggrund opfyldt, jf. OPHL § 83. Erstatningen og vederlaget blev fastsat på baggrund af et skøn, og Højesteret fastsatte beløbet til 10.000 kr. Der blev slået fast, at der ikke længere var grundlag for at udmåle erstatning til rettighedshaverne til et beløb, der beregnes i forhold til vederlagets størrelse. Derved blev der altså taget afstand fra dobbelt-op princippet, som blev anvendt i ovenstående U.2005.60V, og det er således ikke længere muligt at gøre krav på tabserstatning på en sådan måde, at man opnår dobbeltkompensation.

Det kræves som nævnt, at formidleren har foretaget en culpøs handling for at kunne ifalde et erstatningsansvar. Det afgørende punkt vil være, hvorvidt formidleren indser eller burde indse, at der er foregået ulovlig informationsspredning gennem dennes tjenester.

Netværksudbyderen vil ofte være uden skyld, når ulovlige kopier sendes gennem deres netværk, da de oftest ikke har kendskab til disse informationer. På denne baggrund kan de typisk ikke holdes erstatningsretligt ansvarlige for krænkelse.

### **6.3 Delkonklusion**

Overordnet set minder principperne for medvirkensansvar inden for straffe- og erstatningsretten om hinanden. Udgangspunktet er, at aktiv såvel som passiv medvirken er omfattet. Det afgørende i forbindelse med passiv medvirken er formidlerens kendskab til de retsstridige informationer. Kendskabet vil blive indskærpet ved formidlerens tilknytning til informationerne på netværket, hvor en tæt tilknytning vil medføre, at formidleren har burde viden om retskrænkelserne. Hosting-formidleren har i

---

<sup>86</sup> Udsen, Henrik, 2013, s. 122

kraft af sin oplagring af information større tilknytning til disse informationer, og vil derfor nemmere kunne ifalde ansvar end den rene videreformidler, der alene stiller netværket til rådighed for brugeren. Den rene videreformidler har således sjældent kendskab til de transmitterede informationer, og det strafferetlige krav om tilregnelser vil derfor typisk ikke være opfyldt.

En af forskellene mellem de to retsområder er ansvarsgrundlaget. Inden for strafferetten er ansvarsgrundlaget forsæt eller grov uagtsomhed, mens det for erstatningsretten bygger på den almindelige culperegulering. Ophavsretten eksemplificerer denne forskel, hvor der som minimum kræves grov uagtsomhed for pålæggelse af strafansvar, jf. OPHL § 76, mens der alene kræves simpel uagtsomhed for idømmelse af erstatningsretligt ansvar, jf. OPHL § 83.

Det er således umiddelbart nemmere at pålægge formidleren et erstatningsretligt ansvar end et strafferetligt ansvar, idet ansvarsgrundlaget er mildere end ved strafferetlig medvirken. Selv i tilfælde hvor det er muligt at pålægge formidleren et ansvar, vil han imidlertid kunne være omfattet af ansvarsfrihedsreglerne i EHL §§ 14-16, såfremt de nærmere betingelser herom er opfyldt.

## 7. Ansvarsfrihed for formidleren

Som tidligere nævnt reguleres ansvarsfrihed for formidleren af E-handelsloven. Herefter kan ansvarsfrihed opnås i forbindelse med ren videreformidling, jf. EHL § 14, caching, jf. EHL § 15, og hosting, jf. EHL § 16<sup>87</sup>. Den samme formidler kan udbyde forskellige tjenester, som hver for sig er omfattet af ansvarsfrihedsreglerne. Eksempelvis kan et teleselskab både stå for ren videreformidling, caching og hosting, og i disse tilfælde skal hver af tjenesterne vurderes særskilt efter den relevante bestemmelse<sup>88</sup>. Reglerne i E-handelsloven er udformet på en sådan måde, at der alene tages stilling til, hvorvidt formidleren er ansvarsfri, mens det ikke berøres, hvornår han kan ifalde et ansvar.

Udgangspunktet for ansvarsfrihedsreglerne er, at jo mindre formidleren er involveret i de retsstridige informationer, der formidles på netværket, desto mindre grundlag er der for at pålægge denne et medvirkensansvar, jf. E-handelsdirektivets betragtning 42-44.

I EHL § 2, nr. 2 er formidleren bredt defineret som *”Enhver fysisk eller juridisk person, som leverer en informationssamfundstjeneste”*. Der skal være tale om en tjeneste, der har kommercielt sigte og leveres online på anmodning fra brugeren, jf. EHL § 2, nr. 1. Der kan være tale om tjenester, hvor brugeren ikke betaler vederlag for udnyttelsen, men hvor den finansieres af eksempelvis bannerreklamer. Selv hvor dette ikke er tilfældet, vil tjenesten stadig kunne være omfattet af E-handelsloven, såfremt samme form for tjeneste normalt bliver leveret mod betaling<sup>89</sup>.

Formidleransvaret er angivet i E-handelslovens kap. 6. Her fremgår det, at en ren videreformidler, der alene står for transmission af information via et kommunikationsnet, vil være ansvarsfri, jf. EHL § 14, stk. 1, til trods for at denne information er retsstridig. Bestemmelsen indeholder dog en række kumulative betingelser, hvorefter formidleren ikke selv må tage initiativ til transmissionen, ikke må udvælge modtageren og hverken må udvælge eller ændre den transmitterede information, jf. EHL § 14, stk. 1, litra 1-3. Det er således afgørende, at formidleren har en passiv rolle og ligeledes hverken har kendskab til eller kontrol over den transmitterede information. At formidleren ikke selv må tage initiativ til transmissionen indebærer, at beslutningen om at sprede informationen skal træffes af tredjemand – dette vil typisk være brugeren. Den rene videreformidler handler således på baggrund af denne beslutning. Forudsætningen i EHL § 14, stk. 1, nr. 2 om, at formidleren ikke må udvælge modtageren af

---

<sup>87</sup> Se afsnit 5.3.1-5.3.3

<sup>88</sup> Mathiasen, Jakob Plesner, Niels Bo Jørgensen, Johan Schlüter, 2004, s. 195

<sup>89</sup> Ibid, s. 27

transmissionen, dækker ikke over formidlerens mulighed for at foretage en automatisk udvælgelse af modtagerne af en informationstjeneste, så længe det er tredjemand, der beslutter hvem, der skal modtage informationen<sup>90</sup>. Det sidste krav i EHL § 14, stk. 1, nr. 3 om udvælgelse eller ændring af den transmitterede information vedrører alene indholdsmæssige ændringer, og formidleren er således ikke begrænset i muligheden for at foretage tekniske ændringer i det transmitterede indhold. Tekniske ændringer kunne eksempelvis være komprimering af en fil og kan således foretages uden at miste ansvarsfrigagelsen<sup>91</sup>. Med andre ord skal formidleren udelukkende stille netværket til rådighed for brugeren og derudover varetage den tekniske drift af netværket. Der vil dermed typisk være tale om netværksoperatører og internetudbydere, der udelukkende stiller kommunikationsmidlerne til rådighed for deres abonnenter.

Et eksempel på en ren videreformidler ses i U.2006.1474H. Her var en række ophavsretligt beskyttede musikværker gjort tilgængelige fra servere ejet af A. TDC stod udelukkende for levering af internetadgang for A, hvor information kunne sendes gennem deres netværk, og der var enighed mellem parterne om, at TDC var ansvarsfri efter EHL § 14. Den omtalte transmission indebar en automatisk, flygtig og midlertidig eksemplar fremstilling af værkerne i TDC's netværk og er som udgangspunkt tilladt efter OPHL § 11a. Dog kræves lovligt forlæg, jf. OPHL § 11, stk. 3, hvilket ikke var opfyldt i sagen. A var abonnent hos netværksoperatøren TDC, og rettighedshaverne anmodede fogedretten om nedlæggelse af forbud mod TDC, da A's identitet var ukendt. Eksemplar fremstillingen i TDC's netværk udgjorde selvstændig krænkelse, jf. OPHL § 2, og TDC blev pålagt at lukke for adgangen til det ulovlige indhold ved at lukke for internetforbindelsen for abonnenten A, der stod bag serverne<sup>92</sup>.

Det er altså nødvendigt at se ansvarsfriheden i EHL § 14 i sammenhæng med bestemmelsen i e-handelsdirektivets art. 12, stk. 3. Bestemmelsen rummer muligheden for at få nedlagt fogedforbud, idet det fastslås, at ansvarsfriheden i EHL § 14 ikke berører en domstols eller administrativ myndigheds mulighed for, at en overtrædelse bliver forhindret eller bragt til ophør.

Transmissionen, som er omfattet af EHL § 14, stk. 1, omfatter også automatisk, mellemliggende og kortvarig oplagring af information, så længe det er for at gennemføre selve transmissionen og ikke varer længere end, hvad der med rimelighed kan forventes, jf. EHL § 14, stk. 2. Bestemmelsen er således i overensstemmelse med OPHL § 11a, nr. 3, hvorefter eksemplarer der rent teknisk fremstilles ved, at ophavsretligt beskyttet materiale sendes gennem et netværk, er undtaget eksemplar fremstillingen i OPHL § 2.

Såfremt formidleren samarbejder med brugeren om at begå ophavsretlige krænkelse, vil der selvsagt ikke længere være tale om ren videreformidling, og ansvarsfriheden i EHL § 14 finder således ikke anvendelse. Kendetegnet for bestemmelsen er, at den rene videreformidler har meget lav tilknytning til det transmitterede indhold.

I EHL § 15 fremgår det, at ansvarsfrihed for formidleren ligeledes kan opnås i forbindelse med proxy-caching, såfremt der er tale om automatisk, mellemliggende og midlertidig oplagring af information. Netværksudbyderen foretager groft sagt kopier af hjemmesider for at lette trafikken på siderne. Formidleren kan derfor blive ansvarsfri for at foretage caching under forudsætning af, at de kumulative betingelser i EHL § 15, nr. 1-5 er opfyldt. Formidleren må herefter ikke ændre informationen, jf. EHL § 15, stk. 1, nr. 1; den cachede kopi skal overholde samme krav for adgang til informationen, som

---

<sup>90</sup> Ibid, s. 197

<sup>91</sup> Ibid, s. 197

<sup>92</sup> Baggrunden for nedlæggelse af fogedforbud i sagen samt diskussionen, der fandt sted i forbindelse med proportionalitetsprincippet, vil blive behandlet under afsnit 8.2.1.

gælder for det originale indhold, jf. EHL § 15, stk. 1, nr. 2; reglerne om opdatering af cache-kopierne, der er almindeligt anerkendt og anvendt i branchen, skal overholdes, jf. EHL § 15, stk. 1, nr. 3; der må ikke foretages indgreb i den lovlige anvendelse af teknologi, der er almindelig anerkendt og anvendt i branchen, jf. EHL § 15, stk. 1, nr. 4; og formidleren skal straks tage skridt til at fjerne den cachede information, såfremt han får kendskab til, at det er blevet fjernet fra nettet, eller adgangen på anden måde er hindret, jf. EHL § 15, stk. 1, nr. 5.

Netværksudbyderen vil, som i forbindelse med ren videreformidling, kunne begå en selvstændig ophavsretlig krænkelse, såfremt hjemmesiden indeholder materiale, der er ophavsretligt krænkende, idet der ikke vil være lovligt forlæg, jf. OPHL § 11, stk. 3. Såfremt der er tale om en situation, hvor der netop er lovligt forlæg, vil OPHL § 11a give hjemmel til selve cachingen og den aktive udvælgelse af hvilke hjemmesider, der skal caches. Hverken browser-caching, hvor der foretages kopieringer til brugerens harddisk eller mirror-caching, hvor indehaveren af en hjemmeside kan "spejle" hele hjemmesiden over på flere servere rundt omkring i hele verden, er omfattet af bestemmelsen i EHL § 15. Det skyldes, at disse former for caching ikke bliver foretaget af formidleren<sup>93</sup>.

I forbindelse med hosting påtager formidleren sig en mere aktiv rolle end ved ren videreformidling samt ved caching. Derfor er betingelserne for ansvarsfrihed, jf. EHL § 16 strengere. Den store forskel er, at oplagringen i forbindelse med hosting ikke er midlertidig, som det netop ses i forbindelse med både ren videreformidling og ved caching. Det er en betingelse, at hosting-oplagringen sker på anmodning fra tredjemand og ikke på formidlerens eget initiativ<sup>94</sup>.

EHL § 16 adskiller sig desuden fra EHL §§ 14 og 15 ved, at der i bestemmelsen sondres mellem ansvarsfrihed i strafferetligt og erstatningsretligt henseende, hvorefter formidleren er fritaget for strafansvar, såfremt han ikke har kendskab til den retsstridige information, jf. EHL § 16, stk. 1, nr. 1, 1. pkt. Det fremgår således af ordlyden i bestemmelsen, at formidleren ikke kan påberåbe sig ansvarsfriheden, såfremt han har positiv viden om den retsstridige information, hvilket vil sige, at han skal have forsæt<sup>95</sup>. Såfremt kendskabet har karakter af simpel uagtsomhed, vil han derimod kunne påberåbe sig bestemmelsen i EHL § 16, stk. 1, nr. 1, 1. pkt<sup>96</sup>. Kendskabet vil typisk opstå ved, at rettighedshaver retter henvendelse til formidleren med konkrete oplysninger om de ophavsretlige krænkelse. Såfremt formidleren har fået en sådan henvendelse fra en rettighedshaver, vil formidleren derved blive bragt i ond tro, og derfor opstår forpligtelsen om straks at fjerne indholdet, jf. EHL § 16, stk. 1, nr. 2. Handleplichten ligger således hos den krænkede part, såfremt det skal være muligt at pålægge formidleren et strafansvar<sup>97</sup>.

Hvad angår erstatningskrav må formidleren ikke have kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den skadevoldende information fremgår, jf. EHL, stk. 1, nr. 1, 2. pkt. Det fremgår af lovbetænkningerne, at der sigtes til, at formidleren er underlagt den almindelige culpaparegel i erstatningsretlig henseende<sup>98</sup>. Culpapreglen omfatter både simpel og grov uagtsomhed, hvilket medfører, at formidleren ikke kan påberåbe sig ansvarsfriheden i EHL § 16, stk. 1, nr. 1, 2. pkt., såfremt han burde have vidst, at det oplagrede materiale var retsstridigt. Hvis formidleren ved et flygtigt gennemsyn burde

---

<sup>93</sup> Mathiasen, Jakob Plesner, Niels Bo Jørgensen, Johan Schlüter, 2004, s. 204-206

<sup>94</sup> Jakobsen, Søren Sandfeld, U.2009.291, s. 2

<sup>95</sup> Mathiasen, Jakob Plesner, Niels Bo Jørgensen, Johan Schlüter, 2004, s. 218

<sup>96</sup> Ophavsretsloven kræver som minimum grov uagtsomhed for at pålægge strafansvar, og påberåbelse af ansvarsfrihed ville i den forbindelse derfor være uden betydning.

<sup>97</sup> Mathiasen, Jakob Plesner, Niels Bo Jørgensen, Johan Schlüter, 2004, s. 210

<sup>98</sup> Schlüter, Johan, Jakob Plesner Mathiasen, 2003, s. 529.

have indset, at de informationer, han oplagrede, var retsstridige, foreligger der grov uagtsomhed<sup>99</sup>. Et eksempel på anvendelsen af hosting-reglen ses i København Byrets dom af 8. februar 2010, den såkaldte Connery.dk-sag<sup>100</sup>. Der var tale om en hjemmeside, hvor der var indrettet et debatforum, som brugerne, uden Connery.dk's forudgående kontrol, kunne uploade billeder til og lave indlæg på. Billederne havde ofte erotisk karakter, hvilket der var opfordret til direkte på hjemmesiden. En bruger havde uploadet en række billeder, som han havde købt af Ekstrabladet, men da fotografen bag billederne opdagede det, tog han kontakt til Connery.dk for at få dem til at fjerne billederne. Der blev derfor lagt sag an, og Connery.dk påberåbte sig ansvarsfriheden i EHL § 16. Byretten lagde til grund, at Connery.dk havde opfordret brugerne til at uploade billederne, og at det oftest ville være professionelle fotos, hvortil fotografene har en ophavsret. Derudover henviste retten til, at Connery.dk var blevet gjort bekendt med de pågældende billeder og derefter ikke havde fjernet dem, hvilket medførte, at Connery.dk ifaldt erstatningsansvar over for fotografen.

Det er netop en betingelse for at opnå ansvarsfriheden, at formidleren straks tager skridt til at fjerne eller hindre adgangen til informationen, såfremt han får kendskab hertil, jf. EHL § 16, stk. 1, nr. 2. Såfremt formidleren har det fornødne kendskab til den retsstridige information, vil han således kunne opnå ansvarsfrihed alligevel, så længe han straks fjerner informationen. Det er ikke defineret i lovteksten eller i E-handelsdirektivet, hvad der ligger i begrebet ”straks”, så der må foretages en konkret vurdering af hvor lang tid, informationen er tilgængelig på den pågældende side, hvis formidleren ikke selv tager initiativ til at fjerne den. Det antages i teorien, at formidleren skal fjerne informationen i det øjeblik, han rent teknisk kunne have fjernet informationen efter at have fået kendskab til dens retsstridighed<sup>101 102</sup>.

Derudover afhænger ansvarsfriheden af, at tjenestemodtageren ikke handler under formidlerens myndighed eller kontrol, jf. EHL § 16, stk. 2. Bestemmelsen sikrer således, at formidleren ikke kan påberåbe sig ansvarsfrihed, hvis han indgår i et samarbejde med afsenderen, hvilket er i overensstemmelse med E-handelsdirektivets betragtning 44.

Ansvarsfrihed for formidleren kan således opnås i forskellige situationer. Grundet formidlerens tekniske og passive rolle i forbindelse med ren videreformidling vil ansvarsfriheden efter EHL § 14 være nemmere at påberåbe sig end ved caching og hosting. Generelt er de forskellige former for tilknytning som formidleren har til den retsstridige information afgørende for muligheden for at påberåbe sig ansvarsfrihed.

## 7.1. Kendskab

Som allerede nævnt er kendskab oftest en grundlæggende betingelse for ansvarsfrihed i E-handelsreglerne. Det følgende er en uddybende behandling af, hvad der ligger i begrebet kendskab, og hvordan det er anvendt i forbindelse med de forskellige typer af formidlere.

Ifølge ordlyden i EHL § 14 kan formidleren umiddelbart påberåbe sig ansvarsfrihed, selv om han har konkret kendskab til, at transmissionen indeholder retsstridige informationer. Den rene videreformidler vil i langt de fleste af tilfældene da heller ikke have kendskab til den information, der transmitteres via netværket. Det interessante er dog, at formidleren ikke vil kunne gøres ansvarlig for viderespred-

---

<sup>99</sup> Mathiasen, Jakob Plesner, Niels Bo Jørgensen, Johan Schlüter, 2004, s. 220-221

<sup>100</sup> BS 5B-1946/2008

<sup>101</sup> Mathiasen, Jakob Plesner, Niels Bo Jørgensen, Johan Schlüter, 2004, s. 224

<sup>102</sup> Se afsnit 7.1

ningen af retsstridig information selv i tilfælde, hvor han rent faktisk har kendskab hertil, jf. EHL § 14, stk. 1. Det er således i strid med E-handelsdirektivets betragtning 42, der fastslår, at ansvarsfritagelsesreglerne alene finder anvendelse, hvor formidleren ”hverken har kendskab til eller kontrol over de informationer, der transmitteres eller oplagres”.

I bogen E-handelsret påpeges det, at bestemmelsen i EHL § 14 skal ses i sammenhæng med E-handelsdirektivets art. 12, stk. 3, der bestemmer, at fagedforbud kan nedlægges uanset ansvarsfrihedsreglen. Der argumenteres for, at såfremt netværksoperatørens kendskab er særligt kvalificeret gennem fagedforbud eller lignende, så kan den rene videreformidler ifalde ansvar, hvis forbuddet sidder overhørigt og dermed overtrædes, men at der ellers næppe er en pligt til at reagere på henvendelser med påstand om, at der transmitteres ulovligt indhold gennem formidlerens net<sup>103</sup>.

I E-handelsloven med kommentarer anføres det, at ansvarsfritagelsen i EHL § 14 er fuldstændig og ikke betinget af god tro hos netværksoperatøren<sup>104</sup>. Det er kun i tilfælde, hvor der bevidst er samarbejdet med afsenderen af den ulovlige information om at begå ulovlige handlinger, at netværksoperatøren ikke er omfattet af ansvarsfriheden.

Det kan altså konkluderes, at EHL § 14 skal forstås efter sin ordlyd, og formidleren kan således ikke pålægges en handlepligt på baggrund af kendskab til den retsstridige information. Den indbyrdes modstrid med E-handelsdirektivets betragtning 42 antages at være en lovteknisk u hensigtsmæssighed<sup>105</sup>. Positivt kendskab til den retsstridige information, og at formidleren forholder sig passivt over for transmissionen heraf, indebærer dermed ansvarsfrihed.

Formidleren, der foretager caching kan være ansvarsfri, jf. EHL § 15. Som udgangspunkt har denne type formidler ligeledes ikke kendskab til indholdet af de oplagrede informationer, men der er typisk valgt, hvad der skal caches, eksempelvis udvalgte hjemmesider. Derfor har cacheren en nærmere tilknytning til de ulovlige informationer end den rene videreformidler, og derfor er ansvarsfrihedsreglerne også som set ovenfor i afsnit 7 strengere. Formidleren er pålagt en handlepligt, der følger af EHL § 15, nr. 5. Denne bestemmelse fastslår, at han straks skal tage skridt til at fjerne eller hindre adgangen til informationen, såfremt han får kendskab til, at den ikke længere er tilgængelig på den originale hjemmeside, jf. EHL § 15, nr. 5, 1. pkt., eller en administrativ myndighed har krævet informationen fjernet, eller adgangen dertil er blevet hindret, jf. EHL § 15, nr. 5, 2. pkt. Det er således en handlepligt, der er knyttet til formidlerens kendskab til informationen, men ikke retsstridigheden heraf. Bestemmelsen pålægger således ikke formidleren at fjerne retsstridig information, såfremt han bliver positivt bekendt med, at informationen er retsstridig. Positivt kendskab kunne opstå ved, at rettighedshaveren til den retsstridige information gør formidleren bekendt med, at informationen krænker rettighedshaverens eneret og dermed bringer formidleren i ond tro. På trods af formidlerens onde tro om informationernes lovlighed kan han altså påberåbe sig ansvarsfrihed i forhold til disse oplagrede og retsstridige informationer, jf. EHL § 15. Med andre ord gælder handlepligten alene, hvis formidleren får kendskab til, at de oprindelige informationerne ikke længere kan findes, eller at myndighederne har krævet informationerne fjernet eller hindret adgangen dertil. Denne bestemmelse skal dog ses i sammenhæng med hostingbestemmelsen i EHL § 16, som er endnu strengere end både EHL §§ 14 og 15. Dette skyldes, at tilknytningen til informationerne er størst for hosting-formidleren, da han oplagrer informationerne, og der er som udgangspunkt ikke nogen tidsmæssig begrænsning for oplagringen. Formidleren kan ikke påberåbe sig ansvarsfritagelsen i EHL § 16, såfremt han bliver bragt i ond tro om den retsstridige information. Når formidleren får kendskab til den retsstridige in-

---

<sup>103</sup> Nielsen, Ruth, Søren Sandfeld Jakobsen, 2011, s. 271

<sup>104</sup> Mathiasen, Jakob Plesner, Niels Bo Jørgensen, Johan Schlüter, 2004, s. 200

<sup>105</sup> Ibid, s. 199



formation, skal han straks tage skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen hertil, jf. EHL § 16, stk. 1, nr. 2. Handlepligten for hosting-formidleren er således knyttet op på kendskabet til de oplagrede informationers retsstridighed og er derfor mere omfattende end for caching-formidleren.

Det er originale hjemmesider, der bliver hostet, og caching-formidleren har en pligt til at holde den cachede hjemmeside ajour med den originale, jf. EHL § 15, nr. 3. Dette kan altså blive aktuelt i tilfælde, hvor hosting-formidleren ganske hurtigt fjerner den retsstridige information, idet dette vil udløse en pligt for caching-formidleren om ligeledes at fjerne denne information fra den cachede hjemmeside, jf. EHL § 15, nr. 3 og nr. 5, 1. pkt. Typisk vil formidleren blive gjort opmærksom på eventuelle krænkelse af rettighedshaverne. Det er dog svært at vurdere, hvorvidt hosting-formidleren skal reagere i denne situation. Som det fremgår skal han straks tage skridt ved kendskab, men såfremt rettighedshaveren tager fejl, kan formidleren risikere at overtræde brugerens rettigheder og/eller ytringsfrihed.

Kravet om kendskab er således forskelligt i ansvarsfrihedsreglerne, hvilket hænger sammen med, at kravene for ansvarsfrihed generelt set øges, desto større tilknytning formidleren har til de informationer, der transmitteres og oplagres. Hosting-formidleren har eksempelvis større tilknytning til den information, der bliver oplagret end både caching-formidleren og den rene videreformidler.

Formidlerens kendskab til de ophavsretlige krænkelse efterlader spørgsmålet om, hvorvidt han har en overvågningsforpligtelse. Såfremt der foreligger en sådan forpligtelse, vil formidlerens kendskab blive indskærpet.

## 7.2. Overvågningspligt

Et oplagt spørgsmål er, hvorvidt formidleren kan pålægges at overvåge den information, der transmitteres gennem dennes net. Det er på baggrund af E-handelsdirektivet slået fast, at formidleren ikke har nogen generel forpligtelse, jf. art. 15, stk. 1 i forbindelse med ren videreformidling, caching samt hosting. Bestemmelsen er ikke implementeret i den danske E-handelslov, idet gældende ret allerede er i overensstemmelse hermed<sup>106</sup>. Såfremt formidleren holder øje med samt kontrollerer alle de informationer, som brugeren gør tilgængelige på internettet, vil der være tale om en generel overvågning. En generel overvågningsforpligtelse ville rent juridisk indebære, at formidleren som udgangspunkt altid ville have en "burde viden" om de informationer, der lagres i netværket, hvilket ville medføre betydelige konsekvenser for formidleren. Eksempelvis kan ansvarsfriheden efter EHL § 16 som nævnt i afsnit 7 alene kunne opnås, såfremt formidleren straks tager skridt til at fjerne eller hindre adgangen til retsstridige informationer, efter han har fået kendskab hertil, jf. EHL § 16, stk. 1, nr. 2. Det ville desuden medføre betydelige omkostninger for formidleren, såfremt det kunne pålægges ham at overvåge alt det indhold, der formidles gennem netværket eller oplagres på serverne, og i sidste ende vil det betyde højere priser for brugerne for at få adgang til internettet<sup>107</sup>. Derudover ville det medføre, at formidleren skulle vurdere alt materiale med henblik på, hvorvidt dette er retsstridigt, hvilket normalt er en opgave for domstolene, og der ville nemt opstå en situation, hvor ytringsfriheden bliver krænkelse, hvis ikke-retsstridigt indhold blev fjernet. Det er interessant at se på formuleringen af EHL § 16, stk. 1, nr. 1 kombineret med forbuddet mod den generelle overvågningspligt. Umiddelbart sætter det internetudbyderen i en sådan situation, at det er fordelagtigt at holde sig uvidende om eventuelle retskrænkelser. Såfremt hosting-formidleren gør en indsats for at holde øje med retskrænkelserne, vil han risikere, såfremt der bliver lagt sag an, at en domstol vil finde, at formidleren har kendskab til indholdet, og dermed vil han ikke længere være ansvarsfri.

---

<sup>106</sup> Nielsen, Ruth, Søren Sandfeld Jakobsen, 2011, s. 301

<sup>107</sup> Jakobsen, Søren Sandfeld, U.2009.291, s. 2

Det er således af flere årsager en fordel, at der er et forbud mod en generel overvågningspligt. Det ville da også være helt uoverskueligt store mængder af data, som formidleren skulle overvåge hvis der kunne pålægges ham en generel overvågningspligt.

Da der alene er tale om et forbud mod en generel overvågningspligt, åbnes muligheden for, at der kan pålægges en konkret overvågningspligt. Ifølge implementeringsrapporten vedrørende E-handelsdirektivet kan offentlige myndigheder i medlemsstaterne indføre et overvågningskrav i ”specifikke og klart definerede enkeltsager”<sup>108</sup>. Det understøttes desuden af E-handelsdirektivets betragtning 47, hvor det fremgår, at der alene er et forbud mod generelle overvågningsforpligtelser, og at det således ikke vedrører overvågningsforpligtelser ”i særlige tilfælde”. Såfremt der eksempelvis ved flygtig gennemgang af formidlerens servere kan konstateres ulovligt oplagret materiale, vil formidleren være forpligtet til at undersøge dette. Det er således i overensstemmelse med U.1996.209/2H, hvor udgiveren af et annoncehæfte blev straffet for medvirken til en annoncørs reklamering med ulovlig tilgift, idet udgiveren ved et umiddelbart gennemsyn af annoncerne burde have indset dette. Derudover fremgår det også af E-handelsdirektivets betragtning 48, at hosting-formidleren har en pligt til en sådan agtpågivenhed, som med rimelighed kan forventes, med henblik på at afsløre og forhindre ulovlige aktiviteter. Forbuddet mod den generelle overvågningsforpligtelse er altså ikke til hinder for, at formidleren på eget initiativ kan anvende konkrete tekniske overvågningsinstrumenter, jf. betragtning 40 til E-handelsdirektivet.

Fogedretten på Frederiksberg valgte 20. Februar 2012 at pålægge netudbyderen 3 at blokere for adgangen til grooveshark.com. Hjemmesiden muliggjorde downloading af musikværker uden rettighedshavernes samtykke, men kunstnere kunne også selv uploade deres musik til hjemmesiden. Der var således tale om en hjemmeside med både ulovligt og lovligt materiale. Der blev rettet en fogedforbudsbegæring mod 3 og rettighedshaverne håbede, at andre teleselskaber ville følge fogedrettens kendelse, såfremt de fik medhold. Det blev gjort gældende, at 3 medvirkede til de krænkelse, der fandt sted på grooveshark.com. 3 mente, at et fogedforbud ville være uproportionelt, og at der ville være tale om censur af lovligt indhold, der også fandt sted på siden. Fogedretten gav rettighedshaverne medhold i, at 3 medvirkede til de ophavsretlige krænkelse, der fandt sted. Retten erkendte imidlertid, at der også var tale om lovligt materiale, men grundet omfanget af det ulovlige materiale kunne det ikke føre til, at et forbud blev afvist. Retten var således opmærksom på, at det lovlige materiale gjorde, at der skulle foretages en vurdering af hensynet til rettighedshavernes interesser på den ene side og hensynet til informations og ytingsfriheden på den anden. Denne vurdering blev dog kort, idet man ikke mente, at det lovlige indhold ville kunne føre til andet resultat, end at adgangen skulle forbydes.

Noget overraskende valgte 3 i forbindelse med det nedlagte forbud at bruge overvågningsteknologien Deep packet inspection (DPI). Den oftest anvendte blokeringsmetode for internetudbydere er en DNS-spærring. DPI er mere vidtgående end en DNS-spærring, idet man ved anvendelsen analyserer selve indholdet i datatrafikken, og på den måde kan man registrere trafik til eksempelvis Grooveshark.com og dernæst spærre for den. Det er derfor også en større udfordring for brugeren at omgå denne spærring sammenlignet med en DNS-spærring. Der stilles typisk ikke krav til, hvilken form for blokering der skal anvendes, når domstolene pålægger en internetudbyder at blokere for adgangen til ophavsretlige krænkelse. De andre teleselskaber mener dog, at der er tale om en eskalering ved anvendelse af DPI, da den som nævnt er mere vidtgående end en DNS-spærring<sup>109</sup>. Der opstår umiddelbart et spørgsmål om, hvorvidt 3's anvendelse af DPI er i strid med forbuddet mod en generel overvågningspligt.

---

<sup>108</sup> Nielsen, Ruth, Søren Sandfeld Jakobsen, 2011, s. 300

<sup>109</sup> Jensen, Kasper Villum, ”Sådan bliver overvågnings-teknologien deep packet inspection anvendt af 3”, 2012, computerworld.dk

Blokeringen af grooveshark.com er blevet lavet således, at browsersøgninger på hjemmesiden vil sende brugeren over på en informationsside der meddeler, at siden er blokeret grundet fogedforbud. Der er således tale om en specifik blokering af hjemmesiden grooveshark.com, og der er derfor ikke tale om en generel overvågning.

Det må konkluderes, at det er muligt at pålægge en konkret overvågningsforpligtelse i specifikke og klart definerede enkeltsager, mens der er et klart forbud mod en generel overvågningspligt. Grænsen mellem den generelle og den konkrete overvågningspligt kan dog virke noget uklar, og der er umiddelbart ikke taget stilling til den nærmere afgrænsning i dansk retspraksis. Konsekvensen af den manglende generelle overvågningspligt er, at det i høj grad er op til rettighedshaverne selv at kontrollere internettet for krænkelse og tage retsskridt derefter.

### 7.3. Brugergenereret indhold

Internettet er i dag domineret af det, der kaldes Web 2.0, som er karakteriseret ved sociale relationer via internettets mange webtjenester såsom Facebook, MySpace og Twitter. Foruden dette kendetegnes Web 2.0 ved kollektiv forfatterskab og brugergenereret indhold<sup>110</sup>.

Hjemmesider som de ovennævnte er platforme, der udelukkende bygger på, at brugeren skaber indholdet. I disse situationer har brugeren dermed karakter af indholdsudbyder, og indholdet der uploades dækker over alt fra kommentarer til videoer og billeder. Værkerne er ikke nødvendigvis skabt af brugeren selv, men det er ham, der gør det tilgængeligt på den pågældende sociale tjeneste. Det er således her, at de ophavsretlige krænkelse kan opstå. Det brugergenererede indhold er typisk karakteriseret ved, at brugeren ikke opnår en økonomisk gevinst ved tilgængeliggørelsen for almenheden.

En anden aktørs rolle, der bliver rykket ved i forbindelse med disse sociale tjenester, er formidleren. Formidleren er i denne forbindelse ikke blot en formidler, der teknisk agerer vært for det brugergenererede indhold, men er tillige indholdsudbyder af den sociale tjeneste som sådan. Dette skyldes, at formidleren i en vis grad fastlægger rammerne for brugernes adfærd på tjenesten, og han vil eventuelt profitere herfra<sup>111</sup>. Spørgsmålet er derfor, hvorvidt den oplagring, som formidleren foretager i forbindelse med de sociale tjenester, er omfattet af hosting-bestemmelsen i EHL § 16. E-handelsdirektivet er som nævnt implementeret i E-handelsloven, og det blev vedtaget i år 2000, hvilket var før fremkomsten af sociale tjenester<sup>112</sup>. Reglerne er derfor ikke udformet med henblik på disse. Inden fremkomsten af de sociale tjenester blev hosting oftest foretaget af en internetudbyder ved at udleje plads på en internetopkoblet server eller ved eksempelvis at stille chatfora til rådighed for abonnenterne<sup>113</sup>. Formidlerens rolle var så at sige blot at stille de tekniske rammer til rådighed uden at have indflydelse på indholdet, hvilket bestemmelsen i EHL § 16 dækker over.

EHL § 16, 1. pkt. fastslår, at en formidler ikke er ”ansvarlig for oplagring af information eller for indholdet af den oplagrede information, når oplagringen sker på anmodning af en tjenestemodtager, der har leveret informationen”. Det er ikke præciseret nærmere, hvad der ligger i begrebet ”oplagring”. Det er desuden ikke nærmere afgrænset, hvad der ligger i begrebet ”information”, hvilket umiddelbart gør det vanskeligt, at tyde, hvorvidt tjenester med brugergenereret indhold er omfattet af bestemmelsen. I Pirate bay sagen fandtes tjenesten at være omfattet af hostingreglen, selv om der var tale om oplagring af meget små filer, nemlig torrentfiler. Det afgørende var tilsyneladende, hvorvidt brugeren kunne gøre nogen form for indhold tilgængeligt på tjenesten uden udbyderens forudgående

---

<sup>110</sup> Baym, Nancy K., 2010, s. 16-19

<sup>111</sup> Jakobsen, Søren Sandfeld, U.2009.291, s. 2

<sup>112</sup> Ibid, s. 2

<sup>113</sup> Ibid, s. 2

kontrol. Det er netop det, der kendetegner sociale tjenester. Udbyderen har status af formidler for den brugergenererede del, og det må altså antages, at hostingbestemmelsen omfatter brugergenereret indhold på sociale tjenesten. Det afgørende er herefter, hvorvidt betingelserne for ansvarsfrihed i bestemmelsen er opfyldt<sup>114</sup>. Den oplagring, som formidleren foretager i forbindelse med tjenester med brugergenereret indhold, er således omfattet af bestemmelsen i EHL § 16.

Tjenester, der direkte opfordrer brugerne til at tilgængeliggøre bestemte typer af information, vil øge formidlerens tilknytning til disse informationer. Tilknytningen kan således blive så tæt, at formidleren burde have kendskab til de retskrænkelser, der kan finde sted. Et eksempel herpå ses i Connery.dk-sagen, hvor byretten lagde til grund, at Connery.dk havde opfordret brugerne til at uploade erotiske billeder til hjemmesiden. På denne baggrund fandtes det, at Connery.dk ikke kunne være uvidende om de krænkelser der fandt sted, og de skulle derfor fjerne billederne. Connery.dk valgte kun at fjerne de links fra forummet, der henviste til billederne, men de kunne altså stadig findes gennem den præcise URL-adresse. Opfordringer til bestemte typer af materiale øger således formidlerens agtpågivenhed. Man kan udlede af sagen, at Connery.dk havde haft en pligt til at overvåge indholdet, da man så det meget sandsynligt, at der ville ske krænkelser af ophavsretten.

#### **7.4. Delkonklusion**

Bestemmelserne om ansvarsfrihed findes i E-handelslovens kap. 6, hvor ansvarsfrihed i forbindelse med ren videreformidling, caching og hosting er reguleret. Fælles for de forskellige ansvarsfrihedsregler i EHL §§ 14-16 er, at formidlerens rolle som udgangspunkt alene skal være passiv og teknisk for at kunne opnå ansvarsfriheden. Kravene for ansvarsfrihed øges i takt med formidlerens tilknytning til informationerne, og det er således nemmest for den rene videreformidler og sværest for hostingformidleren at opnå. Kendskab er ligeledes afgørende for ansvarsfriheden, idet hosting-formidleren er pålagt en handlepligt, såfremt han får kendskab til de oplagrede informations retsstridighed, mens caching-formidlerens handlepligt først opstår, når han får kendskab til, at de oprindelige informationerne ikke længere kan findes, eller at myndighederne har krævet informationerne fjernet. Ansvarsfriheden for den rene videreformidler er fuldstændig, selvom han får kendskab om krænkelser.

Formidleren har ikke en generel overvågningspligt, men kan derimod pålægges en konkret pligt i specifikke og klart definerede enkeltsager. Afgrænsningen herimellem er uklar, men det kan konkluderes, at der kan pålægges en overvågningspligt i de enkelte sager, som det eksempelvis skete i Grooveshark-sagen.

I forbindelse med sociale tjenester, der er tjenester med brugergenereret indhold, vil den oplagring som formidleren foretager være omfattet af EHL § 16, og tjenester der opfordrer brugerne til ulovlige aktiviteter, vil øge formidlerens tilknytning og agtpågivenhed.

### **8. Foreløbige retsmidler**

Som allerede anført regulerer E-handelsloven en række områder med ansvarsfrihed for formidlere. Dette er dog ikke ensbetydende med, at adgangen til at anvende foreløbige retsmidler er forpasset. Et foreløbigt retsmiddel kan bruges som en foreløbig sikring eller for at gennemtvinge foreløbig opfyldelse af retskrav og udgøres bl.a. af muligheden for at foretage bevissikring samt muligheden for nedlæggelse af fogedforbud.

---

<sup>114</sup> Se afsnit 7

Reglerne om bevissikring findes i Retsplejelovens kap. 57a. Det fremgår heri, at rettighedshaveren (rekvirenten) har mulighed for med fogedens bistand at foretage en undersøgelse af en formodet krænkelse (rekvisiti) forretningsadresse og lokaler med henblik på sikring af bevis, jf. RPL § 653, stk. 1. Det skal, jf. RPL § 653, stk. 1, nr. 1, sandsynliggøres af rekvirenten, at rekvistus som led i erhvervsvirksomhed eller i et ikke ubetydeligt omfang har foretaget en krænkelse. Navnlig ved ophavsretlige krænkelse på internettet er krænkelse typisk omfangsrige, idet ophavsretligt beskyttet materiale hurtigt kan spredes til almenheden. Bevissikring kan derfor foretages mod privat personer. Et eksempel herpå ses i U.2002.1065V, hvor en 14-årig, A, deltog i et LAN-party<sup>115</sup> kaldet Cannect #12, der blev afholdt på en skole i Esbjerg. Her havde A koblet sine computere og server op på det lokale netværk og foretog herefter ulovlig kopiering og deling af musik. Rettighedshaverne begærede bevissikringsforretning foretaget på A's plads under arrangementet, jf. RPL kap. 57 a. Fogedretten lagde til grund, at der var stor risiko for, at A ville fjerne beviserne, og der blev derfor foretaget bevissikring uden forudgående underretning med henblik på beslaglæggelse af beviser og nedlæggelse af fagedforbud. Da der ikke var nogen over 18 år til at varetage A's interesser, fik A beskikket en advokat af fogedretten, som i øvrigt også besluttede, at A skulle stilles som om, at han ikke havde været til stede. A's computere blev beslaglagt af fogedretten, og Landsretten stadfæstede fogedrettens kendelser i sagen.

Formålet med at foretage bevissikring er, at rettighedshaverne får mulighed for at undersøge en formodet krænkelse adresse og lokaler med henblik på at sikre bevis, idet det er vanskeligt at føre bevis for omfanget af en ophavsretlig krænkelse. Ved opgørelsen af et erstatningskrav har bevissikring ligeledes en central betydning for rettighedshaveren. Der er dog begrænsninger forbundet med bevissikringens udstrækning. Eksempelvis foreligger der ikke en generel oplysningspligt for rekvistus under bevissikringsforretningen, idet det kunne medføre et problem i forhold til selvinkriminering til straffbare forhold<sup>116</sup>.

Det vigtigste af de foreløbige retsmidler er nedlæggelse af fagedforbud, og det anses som det primære retshåndhævelsesmiddel i forbindelse med immaterielle krænkelse herunder ophavsretlige krænkelse. Hvis der er tale om krænkelse af større omfang, der har skadelig virkning for rettighedshaveren vil nedlæggelse af fagedforbud ofte blive anvendt med henblik på straks at stoppe krænkelse. Nedlæggelse af fagedforbud kan desuden anvendes som supplement til bevissikring. Uden muligheden for nedlæggelse af fagedforbud ville rettighedshaverne være tvunget til at anlægge en civil retssag ved de almindelige domstole med det formål at opnå en fuldbyrdsdom i form af en undlægsdom<sup>117</sup>. Grundet den lange sagsbehandlingstid ville det risikere at medføre betydelige økonomiske konsekvenser for rettighedshaverne. Et fagedforbud er altså langt mere effektivt, da det kan nedlægges, inden krænkelse har medført for store skadevirkninger. Derudover er det en måde, hvorpå krænkelse kan blive opmærksomme på, at krænkelse ikke accepteres af rettighedshaver, og at de vil blive retsforfulgt.

Ved nedlæggelse af fagedforbud mod netværksoperatøren kan dette indebære, at operatøren bliver pålagt at spærre for de hjemmesider, der formidler ulovligt materiale ved eksempelvis at foretage en DNS-spærring eller en URL-spærring som det også kaldes. I stedet for at skulle indtaste en bestemt IP-adresse for at finde frem til en bestemt hjemmeside angives internetadresser med en Uniform Resource Locator – en URL-adresse, eksempelvis www.au.dk. Denne URL-adresse bliver oversat til

---

<sup>115</sup> LAN = Local Area Network

<sup>116</sup> Høyer, Louise Jessen, Jakob Plesner Mathiasen, NIR 2005.2, s. 2

<sup>117</sup> Andersen, M., Niels, Arly Carlquist, Anders Rubinstein, 2006, s. 101-102

hjemmesidens IP-adresse hos internetudbyderen gennem et databasesystem kaldet Domain Name Service (DNS). DNS gør altså, at det er nemmere for brugeren at anvende internettet.

Såfremt en internetudbyder bliver pålagt at hindre adgangen til en bestemt hjemmeside, kan de altså hindre denne oversættelse i deres DNS database, hvilket vil medføre, at brugeren ikke kan få adgang til hjemmesiden<sup>118</sup>. Efter Pirate Bay-sagen<sup>119</sup> kan man se, at denne form for spærring af IP-adressen i systemet har medført, at man ved et forsøg på at tilgå hjemmesiden thepiratebay.org bliver omdirigeret til en anden IP-adresse, der viser, at thepiratebay.org er blokeret. Denne form for teknisk blokering er simpel, og omkostningerne er forholdsvis begrænsede, hvilket sandsynligvis er grunden til, at flere netværksudbydere netop anvender denne form for spærring, såfremt de bliver påbudt at blokere for en hjemmeside.

Formålet med nedlæggelse af fogedforbud er at få stoppet krænkelserne, mens formålet med bevissikring er at fastslå omfanget af krænkelserne for derefter at kunne opnå erstatning herfor. Retsgrundlaget i forbindelse med nedlæggelse af forbud mod formidlere vil blive behandlet under afsnit 8.2.

### **8.1. Betydning af OPHL § 11a i forbindelse med fogedforbud**

Fogedforbud er et foreløbigt retsmiddel, der hyppigt anvendes i forbindelse med ophavsretlige krænkelser på internettet. En afgørende betingelse for nedlæggelse af fogedforbud er, at den handling der søges forbudt er retsstridig. Der er tale om et objektivt retsstridighedsbegreb, og det er ikke afhængigt af, at der subjektivt kan gøres et ansvar gældende mod rekvisitus<sup>120</sup>. Rettighedshaveren har mulighed for via ophavsretsloven at nedlægge fogedforbud mod formidleren, såfremt den transmitterede information krænker rettighedshavernes ophavsret. I det følgende begrundes, at netværksoperatørens udbredelse af ophavsretligt beskyttede værker er retsstridig uanset bestemmelsen i OPHL § 11a, grundet bestemmelsen om lovligt forlæg, jf. OPHL § 11, stk. 3. Der kan således blive nedlagt fogedforbud imod netværksoperatøren, såfremt de almindelige betingelser i Retsplejelovens kap. 40 er opfyldt.

OPHL § 11a indeholder en undtagelse til OPHL § 2 om eksemplarfremsstilling. Bestemmelsen indeholder fire kumulative betingelser, hvorefter det er tilladt at fremstille midlertidige eksemplarer, såfremt de er

- ”Flygtige eller tilfældige, jf. OPHL § 11a, stk. 1, nr. 1
- Udgør en integreret og væsentlig del af en teknisk proces, jf. OPHL § 11a, stk. 1, nr. 2
- 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, jf. OPHL § 11a, stk. 1, nr. 3 og
- Ikke har selvstændig økonomisk værdi, jf. OPHL § 11a, stk. 1, nr. 4”

Bestemmelsen er altså fokuseret på formidlerens mulighed for at stille internet til rådighed uden at blive mødt med rettighedsmæssige krav. RAM-kopiering er således lovlig, uden at samtykke fra rettighedshaveren er påkrævet, når der transmitteres værker på internettet. Derudover er de cache-kopier af hjemmesider, som netværksoperatører gemmer på deres servere ligeledes omfattet af bestemmelsen, jf. Betragtning 33 i Infosoc-direktivet<sup>121</sup>. Det er afgørende, at der skal være tale om eksemplarer,

---

<sup>118</sup> Kulturministeriet, Jour.nr.: 2004-16736-214, s. 32

<sup>119</sup> Sagen behandles i afsnit 8.1

<sup>120</sup> Mathiasen, Jakob Plesner, NIR 2004.2, s. 149

<sup>121</sup> Udsen, Henrik, 2013, s. 84-85

der kun eksisterer, så længe det er nødvendigt for at gennemføre den tekniske proces, og sletningen skal ske automatisk.

Derudover har eksemplarfremsstillingen ikke hjemmel i OPHL § 11a, såfremt den tekniske proces kan gennemføres uden denne eksemplarfremsstilling.

Bestemmelsen i OPHL § 11, stk. 3 om lovligt forlæg finder ifølge 2002-lovmotiverne anvendelse på undtagelsesbestemmelsen i OPHL § 11a<sup>122</sup>.

Kravet om lovligt forlæg indebærer, at der skal være givet tilladelse fra rettighedshaverne til anvendelsen af værket. I de situationer, hvor internetudbydere ved transmissionen af værker fremstiller midlertidige eksemplarer uden lovligt forlæg, vil undtagelsen i OPHL § 11a altså ikke længere gælde, og den eksemplarfremsstilling, som internetudbydere foretager, udgør en krænkelse af rettighedshavernes eneret til eksemplarfremsstilling efter OPHL § 2.

Et eksempel herpå ses i U.2006.1474H, hvor Højesteret fandt, at TDC, der stod for levering af internetadgang for A, foretog selvstændig krænkelse af OPHL § 2. Dette skyldes, at TDC's transmission af de beskyttede værker i sit net indebar en automatisk, flygtig og midlertidig eksemplarfremsstilling af værkerne. Det var altså som udgangspunkt omfattet af retten til midlertidig eksemplarfremsstilling i OPHL § 11a, men der forelå ikke lovligt forlæg, jf. OPHL § 11, stk. 3, idet rettighedshaverne ikke havde givet samtykke til kopieringen.

Det er uden betydning, at TDC ikke vidste eller ikke burde vide, at der blev transmitteret ulovlige musikfiler gennem deres net – der kunne stadig nedlægges fagedforbud. TDC var ren videreformidler, men da der ikke var lovligt forlæg, fandtes de selvstændigt at have krænkede rettighedshaverne eneretigheder efter OPHL § 2.

Det er Infosoc-direktivets art. 5, stk. 1, der er implementeret i OPHL § 11a. Direktivet indeholder dog ikke en betingelse om, at den flygtige og midlertidige kopiering skal ske med lovligt forlæg. Spørgsmålet er derfor, hvorvidt den danske implementering af Infosoc-direktivet er korrekt. Formålet med Infosoc-direktivets art. 5, stk. 1 synes at være, at denne form for kopiering skal falde uden for den ophavsretlige beskyttelse, uanset om det sker fra et lovligt forlæg eller ej<sup>123</sup>. Hensigten med art. 5, stk. 1 har altså tilsyneladende været at hjælpe formidleren til ansvarsfrihed i situationer, hvor han alene er ren videreformidler.

Ifølge forarbejderne er der argumenteret for, at bestemmelsen i OPHL § 11, stk. 3 om lovligt forlæg skal anvendes som supplement til undtagelsen om de midlertidige og flygtige kopier i OPHL § 11a, således at formidleren ikke rammes af et straf- eller erstatningsansvar, men i stedet kan rammes af et fagedforbud. Denne forklaring virker dog noget gennemhullet, idet den fagedretlige retsstridighedsbetingelse kan støttes på et medvirkenssynspunkt, som det ses i U.2010.2221H, Pirate Bay-sagen<sup>124</sup>.

I januar 2008 var en internetudbyder, Tele2, blevet pålagt af fagedretten at lukke for adgangen til hjemmesiden thepiratebay.org. Dette forbud blev kæret til Øster Landsret, som stadfæstede forbuddet mod Sonofon (tidligere Tele2). I 2010 tog Højesteret stilling i sagen, hvorefter Telenor (tidligere Sonofon) blev pålagt at etablere en DNS-spærring af domænet thepiratebay.org.

Pirate Bay er en svenskejet fildelingstjeneste, hvor brugerne kan downloade såkaldte torrentfiler. En torrentfil er en fil, der indeholder dele af en større fil, som er delt ud på forskellige hosts. Det gør det

---

<sup>122</sup> Schönning, Peter, 2011, s. 243

<sup>123</sup> Jakobsen, Søren Sandfeld, Juristen nr. 8, 2010, s. 210

<sup>124</sup> Ibid, s. 210

altså muligt at downloade musik, film, software mv. direkte fra andre brugere. Da en stor del af de værker, der blev downloadet via Pirate Bay, var ophavsretligt beskyttet, fandt omfattende ophavsretlige krænkelser, jf. OPHL § 2 derved sted. Selve tjenesten lagrer ikke det ophavsretligt beskyttede materiale som sådan, da det alene er disse torrentfiler, der kan vise vejen til de ophavsretligt beskyttede værker, som kan findes. Dette er altså et vigtigt punkt, hvorpå sagen adskiller sig fra den ovennævnte sag, U.2006.1474H. Pirate Bay indeholdt ikke direkte det ophavsretligt beskyttede materiale, mens det netop var tilfældet på A's servere i TDC-sagen.

Der fandt således ingen automatisk, midlertidig og tilfældig eksemplar fremstilling af ophavsretligt beskyttede værker sted i Telenors netværk, og man kunne derfor ikke sige, at Telenor direkte havde krænket rettighedshavernes ret efter OPHL § 11a, sammenholdt med § 11, stk. 3. Til trods for dette blev forbuddet, som tidligere nævnt, alligevel stadfæstet af Landsretten, der begrundede afgørelsen med, at Telenor havde medvirket til de ophavsretlige krænkelser ved at give deres abonnenter adgang til hjemmesiden thepiratebay.org. Her er der altså tale om medvirken i andet led, da man lidt knudret kan sige, at Telenor medvirkede til Pirate Bay's medvirken til brugernes krænkelser.

Telenors tilrådighedsstillelse af netværksadgang for brugerne, der herefter brugte forbindelsen til at krænke ophavsretten, var altså nok til at danne grundlag for et forbud.

## 8.2. Retsgrundlaget i forbudssager mod formidlere

Som tidligere nævnt indeholder E-handelsdirektivets art. 12-14 samt EHL §§ 14-16 formidleransvarsregler, hvorefter formidlerne som hovedregel er ansvarsfrie, såfremt deres rolle alene er teknisk, automatisk og passiv i forbindelse med den formidlede information. Til trods for disse ansvarsfrihedsregler er muligheden for at nedlægge forbud mod en formidler ikke begrænset. E-handelsdirektivets art. 12, stk. 3 fastslår, at det er op til en domstol eller administrativ myndighed i medlemslandet at kræve, at en tjenesteyder bringer en overtrædelse til ophør eller forhindrer den. Dette afsnit omhandler primært retsstridighedsbetingelsen, der følger af Retsplejeloven, mens betingelsen om proportionalitet kun er behandlet kort. Sidstnævnte vil dog blive uddybet i afsnit 8.2.1.

Fogedforbudsinstituttet er med virkning fra 1. juli 2013 blevet ændret med det formål at styrke og modernisere forbudsinstituttet.<sup>125</sup> Det er herefter Retsplejelovens kap. 40, der finder anvendelse i forbindelse med nedlæggelse af forbud eller påbud.

Fogedretten har enekompetence til nedlæggelse af fogedforbud i forbindelse med ophavsretssager på internettet<sup>126</sup>. Rettighedshaveren har også mulighed for at gå direkte til de almindelige domstole og opnå dom og efterfølgende tvangsfuldbyrdelse, men det er ikke at foretrække ved ophavsretlige krænkelser. Normalt ses forbud altså som et subsidiært retsmiddel, da der er tale om et foreløbigt retsmiddel, der som hovedregel er efterfulgt af en almindelig retssag. Dog er fogedforbud det primære retsmiddel i forbindelse med ophavsretlige krænkelser, idet straf eller erstatning typisk ikke vil være en tilstrækkelig beskyttelse, da det er nødvendigt at få bragt krænkelserne til ophør hurtigst muligt<sup>127</sup>. Tabet for en rettighedshaver til eksempelvis et stykke musik, der er lagt ud på internettet uden rettighedshaverens samtykke, kan være ganske omfangsrigt grundet antallet af personer, der har adgang til internettet. Det er derfor vigtigt for rettighedshaveren, at krænkelserne bliver bragt til ophør hurtigst muligt, og muligheden kan derfor forspildes, hvis krænkelserne skulle bringes til ophør gennem doms-

---

<sup>125</sup> Rygaard, Sture, NIR2015, s. 2

<sup>126</sup> Efter retsreformen bliver de fleste immaterialretssager vedrørende midlertidige forbud nu behandlet af Sø- og Handelsretten, jf. RPL § 15, stk. 2, jf. § 225, stk. 2, nr. 3

<sup>127</sup> Nielsen, Ruth, Søren Sandfeld Jakobsen, 2011, s. 296



erhvervelse og efterfølgende tvangsfuldbyrdelse. Som følge heraf bliver nedlæggelse af fagedforbud ofte anvendt i forbindelse med sager om ophavsretlige krænkelser på internettet.

Tidligere indeholdt fagedforbudsreglerne blot en unkladelsespligt, og en mulighed for i enkeltstående situationer at pålægge en handlepligt for at opretholde unkladelsespligten. I dag er der dog en bredere mulighed for at nedlægge påbud, og det er muligt i langt større omfang at pålægge handlepligter. Det fremgår af RPL § 411, at retten ved forbud kan pålægge private (fysiske såvel som juridiske personer) at foretage, unklade eller tåle bestemte handlinger. Dette medfører dermed en bredere hjemmel til at udstede påbud, end der var tidligere.

Nogle af betingelserne for nedlæggelse af forbud eller påbud ses i RPL § 413, der indeholder et retsstridighedskrav. Ifølge denne bestemmelse skal det godtgøres eller sandsynliggøres, at rettighedshaveren netop er rettighedshaver, jf. RPL § 413, stk. 1, nr. 1, at krænkerens adfærd nødvendiggør forbudet, jf. RPL § 413, stk. 1, nr. 2, og at muligheden for at rettighedshaveren kan beskytte sin ret vil forspildes ved at skulle vente på en retlig afgørelse, jf. RPL § 413, stk. 1, nr. 3. Retsstridighedskravet indebærer således, at det er en betingelse for nedlæggelse af forbud eller påbud over for en mellemmand, at transmissionen af den ulovlige information i sig selv er retsstridig.

Forbud eller påbud kan ikke nedlægges, såfremt de almindelige regler vedrørende straf og erstatning ville kunne give tilstrækkelig beskyttelse for rettighedshaveren, jf. RPL § 414, stk. 1. Dette er derfor med til at indikere, at nedlæggelse af forbud eller påbud reelt ses som et supplerende retshåndhævelsesmiddel. Opfyldelse af denne betingelse er dog sjældent et problem, idet pålæggelse af straf og erstatning i forbindelse med ophavsretlige krænkelser typisk vil blive aktualiseret så sent, at krænkeren kan fortsætte de retsstridige handlinger.

Da det ofte kan være en udfordring at finde den primære krænkens identitet, anvendes forbudsreglerne i høj grad mod internetudbydere, da disse effektivt og hurtigt kan sætte en stopper for krænkelserne.

Det er i henhold til retspraksis<sup>128</sup> klart, at der er relativt vid mulighed for at få nedlagt fagedforbud ved ophavsretlige krænkelser på internettet, hvor formidleren som udgangspunkt er ansvarsfri efter EHL § 14. Infosoc-direktivets art. 8, stk. 3 bestemmer således også, at det skal være muligt efter national ret at nedlægge forbud mod en formidler, selvom denne måtte være ansvarsfri for de ophavsretlige krænkelser.

Som beskrevet i afsnit 8.1 viser Pirate Bay-sagen, at formidleren ikke nødvendigvis selv skal have foretaget en selvstændig krænkelse, før han kan blive pålagt et forbud. Der blev nedlagt forbud i sagen på trods af, at Telenor alene var medvirkende i andet led. Den eneste tilknytning, Telenor havde til de ophavsretlige krænkelser, var at stille en internetforbindelse til rådighed for sine abonnenter, men retsstridighedskravet var alligevel anset som opfyldt. Det blev beklageligvis hverken uddybet af Landsretten eller af Højesteret, hvad de havde lagt vægt på i forbindelse med vurderingen af medvirkensspørgsmålet. Spørgsmålet om, hvorvidt der rent forbudsretligt er en grænse for, hvor fjern og tilfældig en teknisk medvirken der skal være tale om, for at der kan nedlægges forbud mod internetformidleren, er derfor stadig uafklaret<sup>129</sup>.

Retsstridighed er ikke tilstrækkeligt til nedlæggelse af fagedforbud. En anden vigtig betingelse i forbudsreglerne er nemlig kravet om proportionalitet, der nu følger af RPL § 414, stk. 2. Netop denne betingelse var ikke opfyldt i U.2013.2873Ø, den såkaldte Voga-sag. Sagen omhandlede en hjemme-

---

<sup>128</sup> Eksempelvis U.2006.1474H, Allopmp3-sagen og U.2010.2221H

<sup>129</sup> Jakobsen, Søren Sandfeld, Juristen nr. 8, 2010, s. 211

side voga.com, ejet af Voga Ltd., hvor der blev udbudt og solgt kopimøbler. Rettighedshaverne til disse designmøbler ønskede derfor at få nedlagt et forbud mod TDC således, at adgangen til hjemmesiden blev blokeret for TDC's abonnenter. Landsretten fandt, at indholdet på hjemmesiden var i strid med rettighedshavernes eneret, jf. OPHL § 2, stk. 2, jf. stk. 1. TDC havde i sagen anført, at det reelt var Voga Ltd. som var den påståede krænker, og dermed den som forbudskravet skulle rettes imod. Landsretten var enig i dette synspunkt, og de lagde vægt på at såfremt der kunne rettes krav om forbud mod TDC i sager som denne, så ville det få vidtrækkende konsekvenser. En internetudbyder ville da kunne blive mødt med et forbudskrav hver gang en påstået krænkelse finder sted på en hjemmeside som udbyderen leverer internetadgang til. Det blev derudover lagt til grund, at hjemmesiden også indeholdt produkter, der ikke krænkede rettighedshavernes eneret og på baggrund af disse vurderinger fandtes kravet om proportionalitet ikke at være opfyldt, hvilket medvirkede at forbudsbegæringen ikke blev fremmet. Proportionalitetskravet skal således også være opfyldt, før der kan nedlægges fagedforbud<sup>130</sup>.

Art. 8, stk. 3 i Infosoc-direktivet bestemmer som nævnt, at medlemsstaterne skal sørge for, at der bliver nedlagt forbud mod internetudbydere, hvis tredjemand krænker andres ophavsrettigheder via netværket. Denne bestemmelse blev der henvist til i U.2015.1049S, hvor anvendelsen af de nye forbudsregler kan ses<sup>131</sup>. I sagen blev det af Sø- og Handelsretten pålagt Telia Danmark, filial af Telia Nättjänster Norden AB, at forbyde adgangen for sine kunder til hjemmesiden interioraddict.co.uk og dertilhørende undersider og subdomæner. Hjemmesiden formidlede salg af kopiprojekter til Danmark.

Retten fandt, at Telia ved at give sine kunder adgang til interioraddict.co.uk medvirkede til eksemplar fremstilling og tilgængeliggørelse af værkerne for almenheden i Danmark. Da rettighedshaverne ikke havde givet samtykke dertil, forelå der en krænkelse af OPHL § 2, og man fandt, at betingelserne i RPL § 413, nr. 1 og 2 var opfyldt.

Det fandtes, at formålet ville forspildes, hvis rettighedshaverne skulle gøre deres ret gældende ved en almindelig retssag, da Interior Addict havde fortsat deres handlinger trods en retskraftig dom, og dermed var betingelsen i RPL § 413, nr. 3 ligeledes opfyldt. Sø- og Handelsretten bestemte herefter, at Telia Danmark skulle blokere for adgangen til hjemmesiden på DNS-niveau. Med henvisning til RPL § 415 skulle rettighedshaverne som sagsøgere ikke stille sikkerhed for den skade og ulempe, som Telia eventuelt ville pådrage sig ved forbuddet og påbuddet, da krænkelserne blev fastslået ved dom.

På baggrund af bestemmelserne i Retsplejelovens kap. 40 samt af gennemgået retspraksis kan det i første omgang konkluderes, at der umiddelbart ikke skal meget til for at nedlægge forbud eller påbud. Når rettighedshaverne fremsætter et krav om nedlæggelse af forbud eller påbud mod internetudbyderen, vælger domstolene ofte at imødekomme dette. Det sker typisk ved, at internetudbyderen bliver pålagt at blokere for bestemte hjemmesider ved at foretage en DNS-spærring. I U.2013.2873Ø blev fagedforbudsbegæringen ikke fremmet, idet proportionalitetskravet ikke ansås som værende opfyldt, og det er således ikke tilstrækkeligt at retsstridighedsbetingelsen er opfyldt. Dommen varsler umid-

---

<sup>130</sup> Proportionalitetsprincippet vil blive uddybende behandlet under nedenstående afsnit 8.2.1

<sup>131</sup> Det var de gamle fagedforbudsregler, der blev anvendt i Pirate Bay-sagen – og i flere af de andre omtalte domme i dette speciale. Det fremgår dog af bemærkningerne til ændringsloven, at der ikke er tilsigtet realitetsændringer, og tidligere retspraksis har dermed fortsat præjudikatsværdi.

delbart noget nyt, idet de begrundelser der er lagt til grund i sagen kan bremse den nemme adgang til at nedlægge forbud mod formidleren, såfremt de bliver fulgt i fremtiden.

### 8.2.1 Proportionalitetsprincippet

Ved nedlæggelse af forbud og påbud skal der tages hensyn til proportionalitetsprincippet. Rettighedshavernes interesser i at bringe krænkelse til ophør skal herved vejes op imod den skade eller ulempe, det vil påføre modparten at gennemføre et forbud eller påbud, jf. RPL § 414, stk. 2. I proportionalitetsvurderingen er det forskellige elementer, der kan få betydning og tillægges vægt. Det følgende vil derfor være en gennemgang af forskellige domme for at illustrere de forskellige elementer, der kan spille ind samt den generelle tendens, der kan udledes af retspraksis.

I den såkaldte TDC-sag, U.2006.1474H, stod TDC for levering af internetadgang til krænker A, der havde gjort en række ophavsretligt beskyttede musikværker tilgængelige på sin server. Rettighedshaverne anmodede fogedretten om nedlæggelse af forbud mod TDC, og et sådant forbud ville føre til, at TDC skulle lukke for A's internetadgang. Dette mente TDC ville være uproportionalt, idet det ikke blot ville bringe krænkelse til ophør, men ligeledes stoppe den lovlige transmission. Der var enighed i sagen om, at TDC var ansvarsfri efter EHL § 14, og spørgsmålet var derfor om betingelserne for at nedlægge fagedforbud var til stede.

Proportionalitetsvurderingen der blev foretaget var efter den dagældende bestemmelse i RPL § 643, stk. 2. Et forbud må herefter ikke påføre rekvisitus skade eller ulempe, der står i åbenbart misforhold til rekvisitens interesse i at få nedlagt forbuddet. Der var dissens i Landsretten, men der var enighed om, at den lovlige transmission ligeledes ville blive ramt af et forbud. En dommer udtalte, at det ville påføre TDC meget vidtrækkende og uoverskuelige konsekvenser at nedlægge fagedforbud, og at dette ville stå i åbenbart misforhold til rettighedshavernes interesse i forbuddet. Begrundelsen herfor var netop at lovlige transmissioner ligeledes ville blive bragt til ophør, hvis internetforbindelsen blev lukket. Derudover udtalte dommeren, at kendskab til A's identitet ville give mulighed for i stedet at rette et erstatnings- og strafansvar mod A, som var den primære krænker. Flertallet i Landsretten fandt dog, at proportionalitetsprincippet var opfyldt, og et forbud blev derfor nedlagt.

Højesteret fandt ligeledes, modsat mindretallet i Landsretten, at proportionalitetsbetingelsen var opfyldt. Det lagdes til grund, at TDC ifølge sine abonnementsvilkår og almindelige kontraktretlige regler var berettiget til at afbryde internetforbindelsen i tilfælde af, at abonnenten krænkede tredjemands ophavsret. Derfor anså Højesteret, at der ikke ville være en reel risiko for, at TDC blev erstatningsansvarlig over for A, og forbuddet ville ikke stå i åbenbart misforhold til rettighedshavernes interesse i forbuddet. Derudover ville det administrative arbejde, som TDC ville blive påført i forbindelse med at lukke for adgangen til serverne, ikke være uproportionalt i forhold til rettighedshavernes interesse i, at krænkelse hurtigt og effektivt blev bragt til ophør. På baggrund af disse begrundelser valgte Højesteret således, at stadfæste Landsrettens forbud.

Hvis man ser på ordlyden af bestemmelsen i RPL § 643, stk. 2 fremgår det, at det alene er rekvisitens og rekvisits interesser, der skal vejes op imod hinanden. Det vil sige, at det kun er rettighedshaver og internetudbyders interesser mens A's interesser umiddelbart ikke skal indgå i vurderingen. Derfor kan der umiddelbart ikke sættes spørgsmålstegn ved Højesterets begrundelse og resultat.

I 2006 blev der ved Københavns Byret anlagt endnu en forbudssag – denne gang mod teleselskabet Tele2. Sagen handlede om en russisk hjemmeside, allofmp3.com, hvor offentliggørelsen af hitlister inklusiv direkte links til de pågældende numre, der kunne købes til lave priser fandt sted. Danske musiknumre var ligeledes tilgængelige på hjemmesiden, og derfor begærede en række danske rettigheds-

havere fogedforbud nedlagt over for internetudbyderen Tele2. Der var tale om en teknisk, midlertidig og tilfældig eksemplar fremstilling af værkerne i Tele2's net, og rettighedshaverne mente, at Tele2 medvirkede til den ulovlige tilgængeliggørelse og eksemplar fremstilling og derfor skulle spærre for adgangen til hjemmesiden.

Der var, som i U.2006.1474H, enighed om at Tele2 var ansvarsfri efter EHL § 14, da de alene stod for levering af internetadgang samt transmission af information gennem deres netværk. Muligheden for at nedlægge fogedforbud eksisterede dog stadig. Tele2 lagde i sagen til grund, at et forbud ville være uproportionalt, da rettighedshaverne ikke havde forsøgt at anlægge sag imod hjemmesideindehaverne i Rusland. Det blev ligeledes lagt til grund, at en spærring nemt ville kunne omgås af brugerne og derfor ville være formålsløs. Retten fulgte Højesterets argumentation i U.2006.1474H og fandt, at Tele2's transmission af musikværkerne udgjorde en direkte krænkelse af ophavsretten, og at forbudet ikke ville være uproportionalt. Ved vurderingen lagdes der vægt på de økonomiske konsekvenser, det ville have for rettighedshaverne, hvis de skulle forsøge at retsforfølge den russiske hjemmesideudbyder af allofmp3.com. Det indgik ligeledes i vurderingen, at man ikke fandt, at Tele2 ville pådrage sig et erstatningsansvar i forbindelse med afskæring af adgangen til hjemmesiden. Tele2's argument om den manglende effekt af en spærring blev ikke kommenteret af retten. Proportionalitetsprincippet var således opfyldt, og der blev nedlagt fogedforbud mod Tele2.

Selve proportionalitetsvurderingen, der blev foretaget i sagen, minder altså meget om den der blev foretaget i U.2006.1474H. Der er en tendens til at de økonomiske udgifter for internetudbyderen ved nedlæggelse af et fogedforbud bliver vejet op imod rettighedshaverens interesse i at få bragt krænkelse hurtigt og effektivt til ophør, hvor sidstnævnte altså vejer tungest. Denne fortolkning af proportionalitetsprincippet er da også i overensstemmelse med forarbejderne, jf. betænkning 1107/1987<sup>132</sup>, hvor det er fremhævet, at en proportionalitetsregel *"må have karakter af en undtagelsesbestemmelse, som kun bringes i anvendelse i de få tilfælde, hvor der består en betydelig diskrepans mellem rekvi-rentens interesse i forbuddets nedlæggelse og dets mulige skadevirkninger for rekviritus."*<sup>133</sup>.

Et eksempel hvor proportionalitetsprincippet ikke var opfyldt kan ses i U.2013.2873Ø. Den 27. marts 2012 blev der afsagt udeblivelsesdom af Retten i Hillerød over en britisk virksomhed der solgte kopier af danske møbelklassikere på deres hjemmeside. Retten fandt, at dette var i strid med de ophavsretlige regler, men efter aktiviteterne blev erhvervet af en ny britisk virksomhed, Voga Ltd., fortsatte salget af kopimøbler. Derfor anmodede rettighedshaverne fogedretten om at forbyde internetudbyderen, TDC, at formidle adgang til hjemmesiden. Det blev afvist af fogedretten og kendelsen blev efterfølgende kæret til Øster Landsret<sup>134</sup>.

Der var dissens i Landsretten, hvor den ene af de tre dommere udtalte, at betingelserne for nedlæggelse af fogedforbud var opfyldt. Dommeren mente ikke, at et forbud ville medføre TDC skade eller ulempe der stod i åbenbart misforhold til de kærendes interesser. Dette blev begrundet med det faktum, at det i sagen var blevet oplyst, at det ikke ville være vanskeligt for TDC at blokere for hjemmesiden. De to andre dommere mente derimod, at det ikke ville være proportionalt at nedlægge et forbud mod TDC. I vurderingen lagdes der vægt på, at en internetudbyder ville kunne blive mødt med et forbudskrav hver gang en påstået krænkelse finder sted på en hjemmeside som udbyderen leverer internetadgang til.

---

<sup>132</sup> Betænkning om arrest og forbud

<sup>133</sup> Jakobsen, Søren Sandfeld, Juristen nr. 8, 2010, s. 213

<sup>134</sup> "Fogedforbud over for internetudbyder var ikke proportionalt", 2013, kromannreumert.com

Der blev ligeledes lagt vægt på, at det ikke var alle produkterne på hjemmesiden, der krænkede rettighedshavernes eneret. Derudover fik det også betydning, at rettighedshaverne ikke først havde nedlagt et forbudskrav over for Voga Ltd. Landsretten stadfæstede dermed fogedrettens afgørelse, hvorefter anmodningen om fogedforbud over for TDC som netværksoperatør ikke blev fremmet.

Denne afgørelse afviger således fra tidligere retspraksis, hvor proportionalitetsvurderingen er faldet ud til fordel for rettighedshaveren. I TDC-sagen og Allofmp3-sagen, fandtes det, at internetudbyderen direkte havde krænkede rettighedshavernes ret på grund af bestemmelsen om lovligt forlæg i OPHL § 11, stk. 3. I Pirate Bay-sagen, U.2010.2221H, fandtes internetudbyderen ligeledes at have krænkede rettighedshavernes ret, men denne gang var det på grund af et medvirkenssynspunkt. Det har således ikke haft betydning i forhold til proportionalitetsvurderingen, at der i de tre sager er forskel på, hvorledes rettighedshaverens ret er blevet krænkede. Anvendelsen af proportionalitetsprincippet er dermed meget snæver i disse sager, og der bliver fokuseret på opvejningen af de konkrete og praktiske ulemper, det vil medføre internetudbyderen at foretage et forbud mod rettighedshavernes oplagte interesse i at beskytte deres rettigheder<sup>135</sup>.

I sidstnævnte sag, U.2013.2873Ø, er de mere principielle følger af et forbud for internetudbyderen blevet inddraget som begrundelse for at nægte et forbud. Da der var dissens i sagen har den ikke så stærk retskraft, men det er interessant at se sagens betydning for den fremtidige udvikling for behandlingen af proportionalitetsprincippet og dermed nedlæggelse af forbud og påbud generelt.

### 8.3 Formidleren som politi?

Spørgsmålet, om hvorvidt samt i hvilket omfang formidlere skal pålægges et medvirkensansvar for ophavsretlige krænkelse på internettet, er retspolitisk blevet meget omdiskuteret<sup>136</sup>. Som allerede gennemgået er det for rettighedshaverne til ophavsretligt beskyttede værker, der uberettiget er blevet tilgængeliggjort på internettet, klart at foretrække, hvis et krav kan rettes direkte mod formidlerne. Der er betydelige problemer forbundet med retsforfølgning af eksempelvis brugeren som den primære krænker, da denne kan være bosiddende i udlandet og derfor svær at opspore. Derudover vil retsforfølgning af brugeren ikke være effektivt i samme grad som retsforfølgning af formidleren, hvor der kan lukes for adgangen til det krænkende indhold. Den tekniske håndhævelse, som formidlerne kan bidrage med, er hurtigere, mere effektiv og lettere at gennemføre. På den anden side er der en række retssikkerhedsmæssige og ytringsfrihedsmæssige hensyn, der kommer i klemme, og formidleren får en rolle som internetpoliti. Det følgende vil således være en behandling af formidlerens rolle og de konsekvenser, denne rolle kan medføre.

Det er med Pirate Bay-sagen slået fast, at den fogedretlige retstridighedsbetingelse kan støttes på et medvirkenssynspunkt. Tjenesten indeholdt alene torrent-filer, der viste vej til det ophavsretligt beskyttede materiale, og der fandt således ingen automatisk, midlertidig og tilfældig eksemplarfremsending sted i Telenors netværk, da transmissionen alene vedrørte torrent-filerne og ikke ophavsretligt beskyttet materiale. Til trods for at Telenor derfor ikke kunne siges direkte at have krænkede rettighedshavernes ret, jf. OPHL § 11a sammenholdt med § 11, stk. 3, blev der alligevel nedlagt forbud. Begrundelsen var, at Telenor ved at give sine abonnenter adgang til tjenesten medvirkede til ophavsretlige krænkelse, som foregik på tjenesten. Denne medvirkensbetragtning er således i andet led, hvor Telenor medvirker til Pirate Bay's medvirken til brugernes krænkelse. Med andre ord bestod Tele-

---

<sup>135</sup> Jakobsen, Søren Sandfeld, Juristen nr. 8, 2010, s. 212-213

<sup>136</sup> Nielsen, Ruth, Søren Sandfeld Jakobsen, 2011, s. 268

nors tilknytning til ophavsretskrænkelserne alene i at stille en internetforbindelse til rådighed for sine abonnenter, og der var ikke kendskab til det konkrete indhold, der blev formidlet via forbindelsen. Det afspejler et meget strengt ansvar for netværksudbyderen, da dennes handlinger sker automatisk og denne retsstilling, hvor medvirken i andet led kan medføre ansvar, adskiller sig fra andre retsområder.

I tilfælde som det ovenstående, hvor en internetudbyder bliver tvunget til at blokere for en bestemt hjemmeside gennem et forbud, vil blokeringen omfatte hele hjemmesiden. Der kan i denne forbindelse opstå problemer, idet den pågældende hjemmeside kan indeholde lovligt indhold udover det ophavsretligt krænkende. Såfremt der er tale om en hjemmeside, som indeholder et blogforum, hvor der diskuteres samfundsmæssigt væsentlige emner, kan en blokering af en sådan hjemmeside være i strid med informations- og ytringsfriheden efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions<sup>137</sup> (EMRK) art. 10.

Der var ikke et ytringsfrihedshensyn som sådan at tage i Pirate Bay-sagen, da tjenesten altovervejende indeholdt links til ophavsretskrænkende musik, og et forbud af hjemmesiden ville ikke medføre nogen reel indskrænkning af ytringsfriheden. Man kan dog nemt forestille sig en situation, hvor en hjemmeside indeholder både lovligt såvel som ophavsretligt krænkende materiale, og at medvirkensansvaret i den forbindelse kan blive for vidtgående, såfremt det ville kunne medføre begrænsninger i ytringsfriheden i strid med EMRK art. 10.

For at en indskrænkning i ytringsfriheden er lovlig, skal betingelserne i EMRK art. 10, stk. 2 være opfyldt. Det skal herefter være foreskrevet ved lov, være nødvendigt i et demokratisk samfund og derudover opfylde en af de i bestemmelsen positivt opstillede og brede anerkendelsesværdige grunde, jf. EMRK art. 10, stk. 2. Den første og tredje betingelse må anses som opfyldt, idet både forbudsinstittet og ophavsretten er lovreguleret, og beskyttelsen af ophavsretten er utvivlsomt en anerkendelsesværdig interesse beskyttet af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention<sup>138</sup>.

Spørgsmålet er dog, hvorvidt den anden betingelse er opfyldt. Ifølge praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skal ytringsfriheden efter denne betingelse ikke nødvendigvis være tvingende nødvendig. Der skal alene foreligge et presserende socialt behov. Heri ligger et proportionalitetsprincip, hvorefter graden af indgreb i ytringsfriheden skal stå i rimeligt forhold til det formål, der søges med den lovbestemmelse, hvor ytringsfriheden i den konkrete sag bliver indskrænket<sup>139</sup>. Domstolene skal tage en konkret vurdering heraf i den enkelte sag.

På baggrund af den gennemgåede retspraksis gennem specialet<sup>140</sup> kan det konkluderes, at sanktionsmidlerne i mange tilfælde først og fremmest bliver rettet mod internetformidlerne frem for de egentlige krænkere. Formidlerne bliver på denne måde en form for internetpoliti. Denne rolle kommer til udtryk, når det i praksis er internetudbyderne, der i første omgang skal vurdere anmodninger om at blokere adgangen til et givent indhold og samtidig bære procesrisikoen, hvis denne vurdering viser sig at være forkert<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> Lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, jf. bekendtgørelse nr. 750 af 19/10/1998

<sup>138</sup> Jakobsen, Søren Sandfeld, Juristen nr. 8, 2010, s. 214

<sup>139</sup> Ibid, s. 214

<sup>140</sup> Bl.a. U.2006.1474H, U.2010.2221H samt Allofmp3-sagen

<sup>141</sup> Bender von Haller Dragsted, ”Nyt i Pirate Bay-sagen og om formidleransvar på internettet”, bvhd.dk

Man kan dog stille spørgsmålstejn til præjudikatssværdien af de ovennævnte afgørelser, da der i alle afgørelserne var tale om klart retsstridigt indhold. Der blev således ikke taget stilling til situationer, hvor det er tvivlsomt, hvorvidt indholdet, der ønskes nedlagt fagedforbud imod, er retsstridigt. Derudover er der ikke taget stilling til en situation, hvor en hjemmeside både indeholder lovligt såvel som ulovligt indhold<sup>142</sup>. På baggrund af proportionalitetsvurderingen, der skal foretages, jf. RPL § 414, stk. 2, ville disse situationer muligvis have ført til andre resultater.

Voga-sagen synes netop at illustrere dette. Her havde rettighedshaverne anlagt sag an mod TDC med påstand om, at TDC skulle forbydes at formidle adgang for sine abonnenter til hjemmesiden voga.com. Der var tale om en engelsk hjemmeside og et af spørgsmålene i sagen var derfor, om dansk eller engelsk ret skulle finde anvendelse. Spørgsmålet var afgørende, idet ophavsretten efter dansk ret kan gøres gældende i 70 år efter ophavsmandens død, mens det i England kun er 25 år. Derfor ville rettighederne være udløbet efter engelsk ret således, at kopierne lovligt ville kunne sælges i England. Landsretten fandt, at hjemmesiden var af international beskaffenhed, bl.a. fordi domænet ".com" var anvendt, varer kunne leveres til hele Europa, og derudover fandtes der brugeranmeldelser på hjemmesiden, som bl.a. var affattet af danskere. Landsretten fandt på denne baggrund, at dansk ret fandt anvendelse. Herefter slog Landsretten fast, at den midlertidige eksemplarfremsættelse, der fandt sted på hjemmesiden, ikke var omfattet af OPHL § 11a, stk. 1, og derved var der tale om en krænkelse af rettighedernes eneret, jf. OPHL § 2, stk. 2.

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt et fagedforbud kunne nedlægges over for TDC, fandt flertallet i Landsretten, at TDC's rolle alene var at levere internetadgang, og at de ikke havde en forpligtelse eller reel mulighed for at vide, om de hjemmesider, som de leverede adgang til, var i overensstemmelse med lovgivningen. De to dommere mente, at det ville medføre TDC uproportionelle og vidtrækkende konsekvenser, hvis TDC blev mødt med forbudskrav hver gang en påstået krænkelse fandt sted på en hjemmeside, som TDC leverede adgang til. Dommerne fastslog, at bortset fra tilfælde, hvor der foreligger en retskraftig dom, der statuerer krænkelse, eller hvor en hjemmeside har et sådant indhold, at det må ses som åbenbart ulovligt, bør et forbudskrav først og fremmest fremsættes over for hjemmesideindehaveren frem for netværksudbyderen. Det fik desuden betydning, at voga.com også indeholdt produkter, der ikke var omfattet af forbudskravet, og at spørgsmålet om lovvalget forudsatte en indgående juridisk afvejning, som TDC ikke kunne tænkes at have<sup>143</sup>.

Der er således tale om en ny måde at anskue formidlerens ansvar på, og netværksudbyderen kan umiddelbart undgå at blive mødt af forbudsbegøring hver gang, der finder ophavsretlige krænkelse sted på deres netværk. Umiddelbart muliggør denne retsstilling større retssikkerhed, når de tilfælde, hvor der ikke foreligger retskraftig dom, eller hvor indholdet på hjemmesiden ikke er åbenlyst ulovligt, ikke længere kan statuere et forbud overfor netværksudbyderen. Sagen gør således op med tanken om, at formidleren skal være en form for internetpoliti.

#### **8.4. Delkonklusion**

De foreløbige retsmidler, bevissikring og nedlæggelse af fagedforbud, bliver ofte anvendt i forbindelse med ophavsretlige krænkelse på internettet. Formålet med bevissikring er, at fastslå omfanget af krænkelse med henblik på at kunne opnå erstatning, mens nedlæggelse af fagedforbud anvendes for at bringe krænkelse til ophør. På baggrund af retspraksis er det tydeligt, at fagedforbud ofte bliver nedlagt mod formidlerne. Bestemmelsen i OPHL § 11a sammenholdt med OPHL § 11, stk. 3 medfører, at formidleren direkte foretager krænkelse ved transmission af ophavsretligt beskyttet materiale. Derfor er den fagedretlige retsstridighedsbetingelse opfyldt, og denne kan ligeledes støttes på et medvirkenssynspunkt, som det ses i Pirate Bay-sagen. Proportionalitetskravet skal ligeledes være

---

<sup>142</sup> Jakobsen (red.), Søren Sandfeld, Søren Johansen, Christian Bergqvist, 2014, s. 467

<sup>143</sup> Ibid, s. 468

opfyldt, hvor rettighedshavernes interesse i forbuddet bliver vejlet op imod den skade eller ulempe, det vil medføre formidleren. Der er en klar tendens til, at domstolene lader rettighedshavernes interesser veje tungest. Formidlerens rolle får derved karakter af internetpoliti, idet nedlæggelse af fagedforbud ofte bliver rettet mod denne. Voga-sagen varsler dog en ny tankegang på området, idet der lægges op til, at forbudskrav skal rettes mod den direkte krænker frem for netværksudbyderen. Umiddelbart er konsekvensen af dommen, at netværksudbyderen alene kan blive mødt af krav om forud, hvis der foreligger retskraftig dom, eller hvis indholdet på den givne hjemmeside er åbenlyst ulovligt.

## 9. Konklusion

Ophavsretten er en eneret til eksemplarfremsættelse og tilgængeliggørelse. Der er en række indskrænkninger i eneretten til eksemplarfremsættelse, hvorefter midlertidig eksemplarfremsættelse, jf. OPHL § 11a samt eksemplarfremsættelse til privat brug, jf. OPHL § 12 er lovligt på betingelse af, at der er lovligt forlæg hertil, jf. OPHL § 11, stk. 3.

Såfremt der foretages krænkelser af ophavsretten kan disse blive sanktioneret gennem straf, vederlag og erstatning, tilintetgørelse eller nedlæggelse af fagedforbud. Disse sanktioner kan rettes mod den direkte krænker af ophavsretten som ofte er brugeren, men også mod den der medvirker til at foretage de retsstridige handlinger. Formidleren kan medvirke til de ophavsretlige krænkelser ved at foretage ren videreformidling, caching eller hosting. Det er de almindelige strafferetlige- og erstatningsretlige regler om medvirken, der finder anvendelse ved undersøgelsen af, hvorvidt formidleren kan pålægges ansvar for andres ulovligheder. Det kan konkluderes, at et strafferetligt- og erstatningsretligt ansvar umiddelbart er svært at pålægge formidleren, da formidleren typisk ikke har nogen tilknytning til de retsstridige informationer. Medvirkensansvaret inden for de to retsområder minder meget om hinanden, men en nævneværdig forskel er ansvarsgrundlaget. Ved pålæggelse af straf kræves forsæt eller grov uagtsomhed, mens det er den almindelige culperegulering, der finder anvendelse i forbindelse med erstatning. Derfor er det som udgangspunkt nemmere at ifalde et erstatningsretligt ansvar.

Formidleren har dog mulighed for at opnå ansvarsfrihed i forbindelse med ren videreformidling, caching og hosting, jf. EHL §§ 14-16. Det er kendetegnet ved de almindelige medvirkensregler såvel som ansvarsfrihedsreglerne i e-handelsloven, at formidlerens tilknytning til de retsstridige informationer hænger sammen med risikoen for at ifalde ansvar. Dette understøttes ligeledes af spørgsmålet om formidlerens kendskab. Hosting-formidleren har større tilknytning end både caching- og den rene videreformidler, og der følger derfor en handlepligt af EHL § 16, så snart denne får kendskab til informationerne mens den rene videreformidler kan opnå ansvarsfrihed på trods af positivt kendskab om krænkelserne.

Det kan desuden konkluderes, at formidleren ikke har en generel overvågningspligt, men han kan blive pålagt en konkret pligt i specifikke og klart definerede enkeltsager, som det eksempelvis skete i Grooveshark-sagen.

Internettet er fyldt med tjenester med brugergenereret indhold og i denne forbindelse får formidleren karakter af at være indholdsleverandør. Den oplagring som formidleren foretager i forbindelse med disse tjenester vil dog stadig være omfattet af EHL § 16.

Ansvarsfrihedsreglerne hindrer ikke muligheden for at nedlægge fagedforbud over for formidleren, såfremt betingelserne i retsplejelovens kap. 40 er opfyldt. Retsstridighedsbetingelsen samt proportionalitetskravet skal således være opfyldt, før der kan nedlægges fagedforbud.

Netværksoperatørens transmission af ophavsretligt beskyttede værker er retsstridig uanset bestemmelsen i OPHL § 11a, idet der kræves lovligt forlæg, jf. OPHL § 11, stk. 3. Sidstnævnte bestemmelse strider således imod infococ-direktivets art. 5, stk. 1.



Baggrunden for nedlæggelse af fagedforbud mod formidleren i eksempelvis TDC-sagen og Al-  
lofmp3-sagen var, at formidleren i disse sager foretog direkte krænkelse af OPHL § 11a, jf. 11, stk.  
3. I Pirate-Bay sagen kunne samme ophavsretlige argumentation ikke bruges, men på baggrund af  
sagen, kan det fastslås, at retsstridighedsbetingelsen også kan støttes på et medvirkenssynspunkt som i  
sagen endda var i andet led. I proportionalitetsvurderingen er det rettighedshavernes interesser, der  
skal vejes op imod den skade eller ulempe et forbud ville medføre formidleren, hvilket oftest falder ud  
til rettighedshavernes fordel.

Det kan generelt konkluderes, at der er etableret en solid praksis for, at der kan nedlægges fagedfor-  
bud mod internetudbyderen. Denne retsstilling kan virke streng grundet formidlerens passive og tek-  
niske rolle og giver anledning til betænkeligheder omkring formidlerens overordnede rolle. Hensynet  
til ytringsfriheden kan desuden blive udfordret, såfremt formidleren bliver pålagt at blokere for en  
hjemmeside, der udover det ophavsretligt beskyttede materiale også indeholder lovligt indhold. Dette  
hensyn har indtil videre ikke haft betydning, idet der har været tale om sager med klart retsstridigt  
indhold.

Formidlerens rolle minder om en form for internetpoliti, da sanktionsmidlerne oftest bliver rettet di-  
rekte mod formidleren frem for de egentlige krænkere. I Voga-sagen tages afstand fra denne tanke,  
idet Landsretten fandt, omend under dissens, at proportionalitetsprincippet ikke var opfyldt. Sagen er  
interessant fordi den fastslår, at netværksudbydere ikke kan blive mødt af fagedforbudsbegæring  
hver gang der finder ophavsretlige krænkelse sted på deres netværk. Ifølge dommen skal der forelig-  
ge retskraftig dom eller være tale om en hjemmeside, hvor indholdet på hjemmesiden er åbenlyst  
ulovligt, før der kan nedlægges fagedforbud mod formidleren og sagen varsler således noget nyt for  
formidleransvaret ved ophavsretlige krænkelse på internettet.

## 10. Litteraturliste

### Bøger:

- Andersen, M., Niels, Arly Carlquist, Anders Rubinstein, Retshåndhævelse af immate-  
rialrettigheder, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006
- Andersen, Mads Bryde, IT-retten, Gjellerup, 2. udgave, 2005
- Baym, Nancy K., Personal Connections in the Digital Age, Polity Press, Cambridge,  
UK, 2010
- Eyben, Bo Von, Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, Jurist- og Økonomforbundets  
Forlag, 7. Udgave, 2011
- Greve, Vagn, Poul Dahl Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen, Kommenteret straffelov –  
almindelig del, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 10. Udgave, 2013
- Jakobsen (red.), Søren Sandfeld, Søren Johansen, Christian Bergqvist, Teleretten, Ju-  
rist- Økonomforbundets Forlag, 1. Udgave, 2014
- Mathiasen, Jakob Plesner, Niels Bo Jørgensen, Johan Schlüter, E-handelsloven med  
kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. Udgave, 2004
- Nielsen, Ruth, Søren Sanfeld Jakobsen, E-handelsret, Jurist- og Økonomforbundets  
Forlag, 3. Udgave, 2011
- Petersen, Clement Salung, Immaterialrettigheder og foreløbige forbud, Jurist- og  
Økonomforbundet Forlag, 1. udgave, 2008

- Schlüter, Johan, Jakob Plesner Mathiasen, Medvirken til ophavsretskrænkelser på internettet, Festskrift til Mogens Koktvedgaard, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2003
- Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier, Immaterialret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave, 2013
- Schønning, Peter, Ophavsretsloven med kommentarer, Karnov Group, 5. udgave, 2011
- Toftegaard Nielsen, Gorm, Strafferet I – Ansvar, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 2013
- Stolze, Lars, Internet ret, Nyt juridisk forlag, 2001
- Trzaskowski (red), Jan, Hanne Kirk Deichmann, Søren Sandfeld Jakobsen, Susanne Karstoft, Lars Bo Langsted, Thomas Riis og Charlotte Bagger Tranberg, Internetretten, Ex Tuto Publishing, 2. udgave, 2012
- Udsen, Henrik, IT-ret, Ex Tuto Publishing A/S, 1. udgave, 2013

#### Tidsskrifter mv.

- Mathiasen, Jakob Plesner, E-handelslovens regulering af formidleransvaret, NIR 2004.2
- Høyer, Louise Jessen, Jakob Plesner Mathiasen, Bevissikringsinstituttet i praksis, NIR 2005.2
- Riis, Thomas, Ulovlig transmission af musikværker på internettet. Kommentar til Højesterets kendelse af 10. februar 2006, NIR 2007.87
- Petersen, Clement Salung, Netværksoperatørernes rolle i bekæmpelsen af ophavsretskrænkelser på internettet, NIR 2009.21
- Jakobsen, Søren Sandfeld, Formidleransvaret i forbindelse med sociale tjenester på internettet, U.2009B.291
- Kulturministeriet d. 25/06-2009, Rapport fra møderækken om håndhævelse af ophavsretten på internettet, Jour.nr.: 2004-16736-214
- Jakobsen, Søren Sandfeld, Formidleransvaret på internettet – en kommentar til Højesterets kendelse i Pirate Bay-sagen, Juristen nr. 8, 2010
- Rygaard, Sture, Den immaterialretslige udvikling i Danmark under årene 2012-2014, NIR 2015

#### Artikler/internetlinks?

- Jensen, Kasper Villum, "Sådan bliver overvågnings-teknologien deep packet inspection anvendt af 3", 24/02-2012, computerworld.dk:  
<http://www.computerworld.dk/art/214218/saadan-bliver-overvaagnings-teknologien-deep-packet-inspection-anvendt-af-3> - sidst besøgt d. 11/8-2015
- Bender von Haller Dragsted, Nyt i Pirate Bay-sagen og om formidleransvar på internettet, bvhd.dk:  
<http://www.bvhd.dk/videnbase/?task=show&uid=1337&target=&category=17&cHash=5723242ff346b96943be68761b629d18> - sidst besøgt d. 9/8-2015
- Fogedforbud over for internetudbydere var ikke proportionalt, 30/10-2013, kro-mannreumert.com:

[https://www.kromannreumert.com/Nyheder/2013/10/Fogedforbud\\_over\\_for\\_internetudbyder\\_var\\_ikke\\_proportionalt](https://www.kromannreumert.com/Nyheder/2013/10/Fogedforbud_over_for_internetudbyder_var_ikke_proportionalt) - sidst besøgt d. 11/8-2015

### Anvendt retspraksis

#### *Dansk:*

- U.1983.714H
- U.1996.209/2H
- U.2001.1572V
- U.2002.1065V
- U.2005.60V
- Københavns Byrets kendelse af 25. oktober 2006 i sag F1-15124 (allofmp3-sagen)
- U.20061474H
- U.2008.1801Ø
- U.2009.280V
- U.2010.2221H
- Kendelse af 8. Februar 2010 i sag BS 5B-1946/2008 (connery.dk-sagen)
- U.2011.1736H
- Kendelse af 20. Februar 2012 i sag FS 11-18685/2011 (grooveshark-sagen)
- U2013.2873Ø
- U.2015.1049S

#### *EU:*

- C-128/11, UsedSoft GmbH mod Oracle International Corp. (UsedSoft-sagen)

### Love, direktiver, bekendtgørelser og forarbejder

- Ophavsretsloven – Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23/10/2014 om ophavsret
- E-handelsloven - Lov nr. 227 af 22/04/2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel
- Retsplejeloven – Lovbekendtgørelse nr. 1308 af 09/12/2014 om rettens pleje
- Straffeloven – Lovbekendtgørelse nr. 873 af 09/07/2015 om straffeloven
- Erstatningsansvarsloven - Lovbekendtgørelse nr. 266 af 21/03/2014 om erstatningsansvar
- E-handelsdirektivet - 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
- Infosoc-direktivet - Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet
- Software direktivet - Rådets direktiv 91/250/EØF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer

- Forarbejder til OPHL 2002 – Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven 02/10/2002
- Betænkning 1107/1987 – Betænkning om arrest og forbud
- Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - Lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, jf. bekendtgørelse nr. 750 af 19/10/1998