

UDSKRIFT**AF****HØJESTERETS ANKE- OG KÆREMÅLSUDVALGS DOMBOG****HØJESTERETS KENDELSE**
afsagt fredag den 10. februar 2006**Sag 49/2005**

(2. afdeling)

TDC Totalløsninger A/S

(advokat Erling Borchert)

mod

1) IFPI Danmark som mandatar for Arcade Music Company m.fl.

2) KODA

3) Nordisk Copyright Bureau

4) Dansk Musiker Forbund

5) Dansk Artist Forbund

(advokat Torben Steffensen)

I tidligere instanser er afsagt kendelse af Københavns Byret den 14. maj 2003 og af Østre Landsrets 17. afdeling den 29. april 2004.

I påkendelsen har deltaget fem dommere: Marie-Louise Andreasen, Poul Sørensen, Peter Blok, Marianne Højgaard Pedersen og Jon Stokholm.

Kæresagen har været mundtligt forhandlet.

Påstande

Kærende, TDC Totalløsninger A/S, har principalt påstået det nedlagte forbud ophævet og har subsidiært påstået forbuddet stadfæstet mod sikkerhedsstillelse.

De indkærede, IFPI Danmark som mandatar for Arcade Music Company m.fl., KODA, Nordisk Copyright Bureau, Dansk Musiker Forbund og Dansk Artist Forbund, har principalt påstået stadfæstelse. De har endvidere nedlagt en række nye subsidære og tertiære påstande bl.a. som følge af, at TDC for Højesteret har oplyst, at de i forbuddet nævnte IP-adresser ikke er faste (statiske) og derfor kun identificerer abonnenten i forbindelse med et nøjagtigt klokkeslæt. De indkærede har i påstandene for IP-adressen 131.164.167.67 henvist til den 14. marts 2003 kl. 10:48:54 og for IP-adressen 131.164.151.83 til den 16. april 2003 kl. 15:52:45.

Over for de indkæredes nye påstande har TDC påstået afvisning, subsidiært frifindelse.

Supplerende sagsfremstilling

TDC har i sit påstandsdokument og sammenfattende processkrift oplyst bl.a.:

”3. INTERNETTET

...

3.2

Som det fremgår af de fremlagte skærmprents opererede de to FTP-servere på de angivne tidspunkter fra IP-adresserne (Internet Protocol Address) 131.164.167.67 og 131.164.151.83, der begge ligger inden for det spektrum af IP-adresser, der er tildelt TDC af Reseaux IP Europeens. IP-adresserne identificerer den pågældende computer, og sætter denne i stand til at kommunikere med andre computere på internettet.

En IP-adresse kan enten være statisk eller dynamisk, i sidstnævnte tilfælde tildeles computeren en ny IP-adresse hver gang denne tilsluttes internettet. De to IP-adresser, der er tale om i denne sag, er dynamiske IP-adresser, der således anvendes på skift af et stort antal brugere. De viste to IP-adresser identificerede således kun med sikkerhed de to computere, hvorpå det påstås, at der befandt sig ophavsretsstridige musikfiler den 14. marts 2003 kl. 10:48:54, den 16. april 2003 kl. 15:52:45 (GMT +1:00) og den 30. april 2003 kl. 11:48:51. Efter at abonnenterne har koblet computere fra internettet, er IP-adresserne returneret til TDC og tildelt andre abonnenter. IP-adresserne har således siden været tildelt et stort antal abonnenter.

3.3 En router deler en internetforbindelse, så flere computere kan være på nettet samtidig via den samme forbindelse, og den er typisk konfigureret således, at den opretholder forbindelsen og dermed IP-adressen, indtil selve routeren slukes eller forbindelsen afbrydes af TDC Totalløsninger ved fejl eller af nettekniske årsager i forbindelse med almindelig vedligeholdelse. I forbindelse med sådan vedligeholdelse initierer TDC Totalløsninger nogle gange om året såkaldt ”reset” i nettet, hvorved routeren tildeles ny IP-adresse. TDC Totalløsninger leverer ikke routere som standard ved etablering af bredbåndsforbindelser.

En bredbåndsforbindelse kræver derimod et modem, der konverterer computerens digitale signaler og de analoge signaler, der transmitteres i netværket. Her mistes IP-adressen hver gang computeren slukkes.

...

- 3.4 I stedet for at huske på den talrække, som en IP-adresse består af, er der etableret et såkaldt "Domain Name System", (DNS), der fungerer som en slags telefonbog for internettet. Når en internetbruger skriver et domænenavn som f.eks. "www.domstol.dk" i adressefeltet på sin browser, vil hans computer automatisk sende en forespørgsel til en DNS-server og bede om at få oversat domænenavnet til den tilhørende IP-adresse. Brugeren bliver dernæst automatisk overført til den bagvedliggende IP-adresse.

Normalt benyttes DNS mest til faste IP-adresser, men for brugere med dynamiske IP-adresser kan det være en fordel at have et fast domænenavn, så andre brugere nemt kan finde computeren. Her kan de såkaldte "Dynamic DNS Service Providers" benyttes. Eksempler herpå er "no-ip.org" og "myftp.org", der udbydes af Dynamic DNS Service Provideren Vitalwerks Internet Solutions LLC.

Internetbrugeren registrerer sig hos Vitalwerks Internet Solutions LLC, og vælger et domænenavn under eksempelvis "no-ip.org" eller "myftp.org" hoveddomænet, i den foreliggende sag "xtcdk.no-ip.org" og "scandi.myftp.org". Når internetbrugeren kobler sig på internettet og får tildelt en dynamisk IP-adresse af TDC, sender hans computer automatisk information om computerens aktuelle dynamiske IP-adresse til den dynamiske DNS service provider.

Herefter kan andre internetbrugere kontakte ejeren af domænet "xtcdk.no-ip.org" eller "scandi.myftp.org" uden at kende den aktuelle IP-adresse ved at indtaste domænenavnet, og få kontakt med "xtcdk.no-ip.org" og "scandi.myftp.org" inklusive en eventuel FTP-server, der måtte eksistere på den pågældende brugers computer.

- 3.5 En FTP-server (File Transfer Protocol server) er et computerprogram, der er installeret på brugerens computer, og som stiller en af brugeren valgt mængde datafiler på computeren til rådighed for andre internetbrugere, der kan downloade og uploade datafiler fra og til FTP-serveren. Den information, der ligger på FTP-serveren, er således tilgængelig for offentligheden eller en udvalgt kreds af internetbrugere. FTP-servere benyttes til en lang række fuldt legitime formål, hvor brugere af internettet har behov for at udveksle information og filer af forskellig art, men også til ulovlig udveksling af musikfiler mv. på internettet.

Transmission til og fra FTP-serveren er derimod ikke offentligt tilgængelig, heller ikke for netværksoperatøren. Det samme gælder for den transmission, der i øvrigt foretages til og fra en computer (lukket information som f.eks. e-mails). Netværksoperatøren har således intet kendskab til karakteren (lovlig/ulovlig) eller arten af den lukkede transmission, der finder sted til og fra en computer via internettet.

- 3.6 TDC Totalløsninger registrerer kundeidentitet, tildelt IP-adresse og tildelingsperiode, men registrerer ikke trafik. TDC Totalløsninger kan således efterfølgende identificere hvem, der i et givet tidsrum har besiddet en konkret IP-adresse, men kan intet sige om, hvad den har været brugt til.
- 3.7 Det er korrekt som oplyst af indkærede, at porten til en FTP-server typisk er standardport 21.

Brugeren af en computer behøver ikke nødvendigvis at anvende standardport 21 til FTP-serverne, men kan uden besvær anvende andre porte og endda på skift. Det er velkendt, at hackere ofte anvender FTP-servere på andre porte end 21 eller anvender skiftende porte, så de ikke så let kan opdages. Blokering af en port er således ikke sikkerhed for, at der ikke transmitteres ulovlige musikfiler fra FTP-serveren. Hertil kommer, at TDC Totalløsninger hverken råder over teknologi eller organisation til en individuel lukning af de porte, hvortil FTP-serverne på en computer er forbundet. TDC Totalløsninger kan således ikke foretage selektiv lukning af en FTP-server via en bestemt port.

- 3.8 ...
TDC er enig i, at transmission på internettet forudsætter, at informationen opdeles i en række "pakker", der gøres til genstand for mellemlagring/kopiering undervejs, før informationen samles i den modtagende computer."

I TDC's abonnementsvilkår for internetadgang hedder det i punkt 14.B. bl. a.:

"I tilfælde af kundens væsentlige misligholdelse af forpligtelser i henhold til abonnementsaftalen er TDC berettiget til at afbryde kundens forbindelser til ADSL-tjenesten og adgang til internettjenesten.

Følgende forhold anses blandt andet for væsentlig misligholdelse:

- ...
M. Kunden krænker tredjemands ophavsrettigheder ved downloading, distribution eller lignende."

Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (infosoc-direktivet) indeholder følgende bestemmelse:

"Artikel 8

Sanktioner og retsmidler

1. Medlemsstaterne indfører passende sanktioner og retsmidler over for krænkelser af de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i dette direktiv, og de træffer de foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre, at sanktionerne og retsmidlerne finder anvendelse.

Sanktionerne skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og være afskrækkende.

2. Hver medlemsstat træffer de foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre, at rettighedshavere, hvis interesser påvirkes af en krænkelse på dens område, kan anlægge erstatningssøgsmål og /eller kræve nedlagt forbud og i givet fald kræve beslaglæggelse af det materiale, der ligger til grund for krænkelsen, samt de i artikel 6, stk. 2, nævnte anordninger, produkter eller komponenter.

3. Medlemsstaterne sikrer, at rettighedshaverne kan kræve nedlagt forbud over for medlemmænd, hvis tjenester anvendes af tredjemand til at krænke ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder.”

I præamblen til direktivet hedder det bl.a.:

”(58) Medlemsstaterne bør indføre effektive sanktioner og retsmidler mod krænkelse af de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i dette direktiv. De bør træffe alle de foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre, at disse sanktioner og retsmidler finder anvendelse. De således fastsatte sanktioner bør være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og have en afskrækkende virkning, og de bør åbne mulighed for at anlægge erstatningssøgsmål og/eller kræve nedlagt forbud og, i givet fald, kræve beslaglæggelse af det materiale, der ligger til grund for krænkelsen.

(59) Mellemmænds tjenester kan navnlig på det digitale område i stadig stigende grad anvendes af tredjemand til krænkelse. I mange tilfælde er sådanne mellemmænd bedst i stand til at bringe sådanne krænkelse til ophør. Med forbehold af eventuelle andre sanktioner og retsmidler, der kan anvendes, bør rettighedshaverne derfor have mulighed for at kræve nedlagt forbud over for en mellemand, der overfører en tredjemands krænkelse af et beskyttet værk eller andre frembringelser i et netværk. Denne mulighed bør foreligge, uanset om mellemandens handlinger er undtaget i henhold til artikel 5. Betingelserne og de nærmere bestemmelser for sådanne forbud bør fastsættes i medlemsstaternes nationale lovgivning.”

Infosoc-direktivet blev gennemført i Danmark ved lov nr. 1051 af 17. december 2002 om ændring af ophavsretsloven. I bemærkningerne til ændringsloven (FT 2002/03, Till. A, s. 241 f.) hedder det vedrørende § 11 a bl.a.:

”Til nr. 7 (§ 11 a)

Bestemmelsen i forslaget til § 11 a er ny.

Forslaget har til formål at gennemføre infosoc-direktivets art. 5, stk. 1, der er obligatorisk for medlemsstaterne.

Efter denne bestemmelse skal det være tilladt at fremstille midlertidige eksemplarer, som er flygtige eller tilfældige, som udgør en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces, og som udelukkende har til formål at muliggøre enten en mellemmands transmission i et netværk mellem tredjemænd eller en lovlig brug af et værk, og som ikke har selvstændig økonomisk værdi.

Forslaget skal ses i sammenhæng med forslaget til § 2, stk. 2, 1. pkt., hvorefter også flygtige og tilfældige fikseringer og andre former for midlertidig kopiering omfattes af den ophavsretlige eneret. Efter gældende dansk ret anses visse flygtige og tilfældige fikseringer ikke som omfattet af eneretten til eksemplarfremstilling. En bred eneret til eksemplarfremstilling nødvendiggør en undtagelse vedr. mere tilfældigt prægede former for kopiering, fx automatisk kopiering af materiale i computerens såkaldte cache i forbindelse med browsing på internettet; en sådan kopiering har ikke væsentlig betydning for rettighedshaverne. Forslaget til § 11 a indeholder derfor en sådan undtagelse fra eneretten. Kombinationen af en udvidet eneret og en ny undtagelse i § 11 a svarer i hovedsagen materielt til gældende ret.

Det foreslås at gennemføre direktivbestemmelsen stort set ordret i § 11 a.

Til stk. 1

Bestemmelsen giver alene adgang til at fremstille flygtige eller tilfældige kopier, jf. forslaget til § 11 a, stk. 1, nr. 1. Andre former for midlertidig kopiering er ikke hjemlet i denne bestemmelse. I princippet er det ikke en forudsætning, at det værk, der kopieres, er offentliggjort; i praksis vil de pågældende værker dog formentlig altid være offentliggjorte, da der er tale om brug af værker på internettet og lignende netværk.

Bestemmelsen i § 11, stk. 3, om lovligt forlæg finder også anvendelse på undtagelsesbestemmelsen i § 11 a. Det betyder, at en netværksoperatørs udbredelse af ophavsretskrænkende materiale – uanset bestemmelsen i § 11 a – vil være retsstridig, og rettighedshaveren vil derfor kunne få nedlagt forbud, såfremt de almindelige forbudsbetingelser i retsplejelovens kap. 57 i øvrigt er opfyldt. Dette er i overensstemmelse med direktivets art. 8, stk. 3, og betragtning nr. 59, hvorefter rettighedshaverne bør kunne kræve nedlagt forbud over for en mellemmand, der overfører en tredjemands krænkelse af beskyttede værker eller andre frembringelser i et netværk. Spørgsmålet har været drøftet med Justitsministeriet.”

Anbringender

TDC har til støtte for påstanden om forbuddets ophævelse anført, at det rette retsmiddel i den foreliggende sagstype er et editionspålæg og ikke et forbud over for netværksoperatøren, idet de indkærede ved et editionspålæg sættes i stand til selv at rette henvendelse til brugerne af de computere, der påstås at indeholde ulovlige musikværker. Herved kommer retsopgøret til at foregå direkte mellem de involverede parter uden TDC's mellemkomst, og uden at der opstår de juridiske problemer, som denne sag rejser.

Landsrettens kendelse pålægger i strid med retsplejelovens § 641, stk. 1, jf. § 642, stk. 1, nr. 1, ikke en undladelsesforpligtelse, men en tidsubegrænset, fremadrettet pligt til at overvåge og censurere transmissioner til og fra de to FTP-servere med henblik på at hindre transmission af ophavsretligt beskyttede værker. Der er ikke i retsplejelovens kapitel 57 hjemmel til at pålægge TDC at etablere og afholde omkostningerne til en sådan overvågning.

Der er tale om dynamiske IP-adresser, som ændres, hver gang der åbnes for computerne. De kan kun identificere de to FTP-servere på netop de tidspunkter, der er anført i de fremlagte skærmprents. TDC kan derfor ikke anvende IP-adresserne som grundlag for et transmissionsindgreb over for FTP-serverne.

Forbud kan efter retsplejelovens § 642, stk. 1, alene nedlægges mod handlinger, der strider mod rekvirentens ret, og denne betingelse er ikke opfyldt i det omfang, de to computere anvendes til lovlige formål.

TDC har ikke bestridt, at der som led i transmissionen foretages flygtige kopier, og at ophavsretslovens § 11 a kræver et lovligt forlæg. En overtrædelse af ophavsretslovens § 2 ved eksemplar fremstilling må imidlertid forudsætte, at krænkeren har været bekendt med kopieringen. Retsstridighedsbetingelsen i retsplejelovens § 642, stk. 1, nr. 1, er derfor ikke opfyldt.

Til støtte for sin afvisningspåstand over for de indkæredes subsidiære og tertiære påstande har TDC gjort gældende, at de indkærede i medfør af retsplejelovens § 650, jf. § 587, stk. 4, 2. pkt., er afskåret fra for Højesteret at fremsætte nye påstande.

De indkærede har i det væsentlige procederet som for de tidligere instanser. De har særlig bestridt, at det nedlagte forbud indebærer en uhjemlet handlepligt, og at der kræves subjektiv retsstridighed som betingelse for at nedlægge forbud mod immaterialretskrænkelser.

Højesterets begrundelse og resultat

Det må lægges til grund, at indehaverne af FTP-serverne "xtcdk.no-ip.org." og "scandi.myftp.org." har foretaget omfattende krænkelser af de ophavsrettigheder til musikværker mv., som administreres af de indkærede, ved uden tilladelse fra disse at have gjort beskyttede værker tilgængelige for almenheden på serverne, jf. ophavsretslovens § 2, stk. 1. Det må end-

videre lægges til grund, at TDC's transmission af værkerne indebærer midlertidig eksemplar-fremstilling af den karakter, som er omhandlet i lovens § 11 a. TDC kan imidlertid – som erkendt – ikke påberåbe sig tilladigheden efter denne bestemmelse, idet denne forudsætter, at eksemplar fremstillingen sker på grundlag af et lovligt forlæg, jf. lovens § 11, stk. 3. TDC's transmission indebærer derfor, at TDC objektivt krænker de ophavsrettigheder, som administreres af de indkærede, jf. lovens § 2, stk. 2, jf. stk. 1. Selvom TDC først blev bekendt hermed ved henvendelsen fra de indkærede, er det herefter godtgjort, at TDC foretog handlinger, som stred mod de indkæredes rettigheder, jf. retsplejelovens § 642, stk. 1, nr. 1. Også de øvrige betingelser efter § 642 for nedlæggelse af forbud må anses for opfyldt.

Det forbud, som er nedlagt ved landsrettens kendelse, forbyder TDC fra de to angivne FTP-servere at transmittere ophavsretligt beskyttede værker, hvortil de indkærede har enerettigheder. Den omstændighed, at TDC meget muligt kun kan efterleve forbuddet ved at afbryde internetforbindelsen for FTP-serverne eller for de pågældende abonnenter generelt, må indgå i proportionalitetsvurderingen efter retsplejelovens § 643, men indebærer ikke – som hævdet af TDC – at de almindelige betingelser efter § 641 og § 642 for nedlæggelse af forbud ikke er opfyldt. Det modsatte ville heller ikke være foreneligt med Danmarks forpligtelser efter artikel 8, stk. 3, i infosoc-direktivet.

Efter abonnementsvilkårene er TDC berettiget til at afbryde internetforbindelsen, hvis kunden krænker tredjemands ophavsrettigheder. Dette ville også gælde efter almindelige regler, i hvert fald hvis der – som i de foreliggende tilfælde – er tale om omfattende krænkelser. Det er ikke sandsynliggjort, at de to FTP-servere tillige blev anvendt til lovlige formål. Under alle omstændigheder kan TDC rette henvendelse til kunden, hvis man er betænkelig ved uden varsel at afbryde internetforbindelsen for serveren eller – hvis dette ikke er teknisk muligt – for abonnenten generelt. Der er på denne baggrund ikke grundlag for at antage, at efterlevelse af forbuddet vil medføre reel risiko for, at TDC pådrager sig erstatningsansvar over for de pågældende abonnenter. Det kan ikke afvises, at forbud af denne karakter vil medføre et vist administrativt arbejde for TDC. Heroverfor står imidlertid, at de indkærede har en væsentlig og beskyttelsesværdig interesse i, at ophavsretskrænkelser hurtigt og effektivt bringes til op-hør. Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at forbuddet for TDC vil medføre skade eller ulempe, der står i åbenbart misforhold til de indkæredes interesse i forbuddets nedlæggelse, jf. retsplejelovens § 643, stk. 2.

- 9 -

Efter landsrettens kendelse har TDC oplyst, at de pågældende abonnenter ikke har faste (statiske) IP-adresser. Det nedlagte forbud skal derfor forstås som sigtende til de abonnenter, som var tildelt henholdsvis IP-adressen 131.164.167.67 den 14. marts 2003 kl. 10:48:54 og IP-adressen 131.164.151.83 den 16. april 2003 kl. 15:52:45. Da det nedlagte forbud kan stadfæstes med denne præcisering, er der ikke anledning til at tage stilling til TDC's påstand om afvisning af de indkæredes subsidiære og tertiære påstande.

Da der som anført ikke kan antages at bestå nogen reel risiko for, at TDC pådrager sig erstatningsansvar ved at efterleve forbuddet, tiltræder Højesteret, at det ikke er pålagt de indkærede at stille sikkerhed, jf. retsplejelovens § 644.

Med den foran anførte præcisering stadfæster Højesteret herefter landsrettens kendelse.

Spørgsmålet om sagsomkostninger hører under justifikationssagen.

Thi bestemmes:

Landsrettens kendelse stadfæstes med den præcisering, at forbuddet angår de angivne to FTP-servere beliggende henholdsvis på IP-adressen 131.164.167.67 den 14. marts 2003 kl. 10:48:54 og på IP-adressen 131.164.151.83 den 16. april 2003 kl. 15:52:45.

--oo0oo--

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Højesteret, den 10. februar 2006.


Kirsten Lohmann

overassistent