

Formidleransvaret for brugergenereret indhold på internettet

Liability for user-generated content on the internet

Af

Johannes Hessellund

Specialet beskæftiger sig med hostingansvaret efter EHL § 16 for formidlere af sociale tjenester. Formålet er at belyse de problemstillinger, der knytter sig til formidlerens ansvar for brugergenereret indhold. Generelt belyses grundlaget for formidlerens ansvar. Særligt belyses problemstillingerne om adgangen til at pålægge formidleren en overvågningspligt og de momenter, som i øvrigt indgår i spørgsmålet om formidlerens kendskab.

For pålæggelse af ansvar skal formidleren dels have en særlig tilknytning til de retsstridige informationer, dels være klar over at der er foretaget en krænkelse, og endelig have mulighed for at forhindre krænkelsen ved en aktiv handling. Det fastslås, at formidleren ikke har en generel overvågningspligt, men derimod kan pålægges en konkret pligt. Overvågningsforpligtelsen skal vedrøre specifikke og klart definerede enkeltsager, og kun i det omfang det med rimelighed kan forventes af ham. Grænsen går hvor formidlerens virksomhed skades væsentligt. Ved indførelse af filtreringsmekanismer er formidleren ikke ansvarlig, ud over hvad det foretrukne filtersystem kan finde. Formidlerens kendskab læner sig op af et rimelighedskriterie for, hvilken agtpågivenhed der kan forventes af ham. Opfordrer han direkte til krænkelse eller er tjenesten velegnet til krænkelse, er hensynet til formidleren beskedent, og han kan være forpligtet til at overvåge tjenesten. Ændres brugernes indhold, kan han ikke påberåbe sig ansvarsfrihedsreglerne, dette gælder både manuel og automatisk redigering. Resultatet af den nuværende retsstilling er, at formidleren sikrer sig bedst ved at gøre mindst muligt for at bekæmpe retsstridige informationer på sin tjeneste og derimod blot vente på anmeldelser fra rettighedshaverne. Det er uklart hvilken procedure, der skal følges ved fjernelse af indhold. Formidleren bærer standpunktsrisikoen uanset om indholdet fjernes eller ej. Konsekvensen er, at formidleren hellere fjerner for meget end for lidt. Herved bringes ytringsfriheden i fare.

Indhold

1	Indledning	1
1.1	Afgrænsning	1
1.2	Aktører og definitioner	2
1.2.1	Formidleren	2
1.2.2	Brugeren og indholdsleverandøren	2
1.2.3	»Social tjeneste«	2
1.2.4	Brugergenereret indhold	3
2	Krænkelser på internettet	3
2.1	Strafferetlige krænkelser	4
2.1.1	Fredskrænkelser	4
2.1.2	Ærekrænkelser	4
2.1.3	Børneporno	5
2.2	Immaterialretlige krænkelser	5
2.2.1	Ophavsretten	5
2.2.2	Retten til eget billede	6
2.2.3	Ulovlig markedsføring	7
3	E-handelslovens ansvarsfrihedsregler	8
3.1	Lovens anvendelsesområde	9
3.1.1	Særligt om sociale tjenester	9
3.2	Generelt om e-handelslovens ansvarsfrihed	10
3.3	Ren videreformidling (»mere conduit«) - EHL § 14	11
3.3.1	Spørgsmålet om kendskab	13
3.4	Caching - EHL § 15	14
3.5	Hosting - EHL § 16	16
3.5.1	Formidlerens kontrol over afsenderen	17
3.6	Sammenfatning	18
4	Formidlerens ansvar	18
4.1	Objektivt ansvar og medieansvaret	19
4.2	Det strafferetlige medvirkensansvar	20
4.2.1	Legalitetsprincippet	20
4.2.2	Tilregnelser	21
4.2.3	Medvirken	22
4.3	Det erstatningsretlige medvirkensansvar	25

4.3.1	Passiv medvirken	27
4.4	Sammenfatning	27
5	Kendskab og overvågningsforpligtelse	28
5.1	Overvågningsforbud/-forpligtelse	29
5.1.1	Forbuddet mod en <i>generel</i> overvågningspligt	29
5.1.2	Pålæggelse af en <i>konkret</i> overvågningspligt	31
5.1.3	Retspraksis	32
5.1.4	Vurdering	35
5.2	Kendskab	37
5.2.1	Notifikation / anmeldelse	37
5.2.2	Formidlerens gennemsyn af tjenesten	39
5.2.3	Betydningen af tjenestens fremtoning	40
5.2.4	Betydningen af økonomisk udbytte	44
5.2.5	Gentagne krænkelse	45
5.2.6	Moderering	45
5.3	Sammenfatning	48
6	Handlepligtens indhold m.m.	49
6.1	Manglende notice and take down procedure	50
6.1.1	Implementering i USA	50
6.1.2	Implementering i EU	51
6.1.3	»Straks«?	52
6.1.4	Vurdering	54
6.2	Anvendelsen af foreløbige retsmidler	56
7	Konklusion	57
	Anvendte forkortelser	60
	Litteratur	60
	Anvendt praksis	62

1 Indledning

De såkaldte »sociale tjenester« på internettet er i fremgang. Flere og flere internet-tjenester er i det ene eller andet omfang baseret på indhold, som genereres af deres brugere. Dette er et spændende teknologisk tiltag, som åbner mange nye muligheder for brugerne til at gøre deres eget indhold tilgængeligt.

Med det brugergenererede indhold kommer også krænkelser af andres rettigheder, det være sig tilgængeliggørelse af ophavsretligt beskyttet materiale eller fremsatte injurier. Dette åbner det centrale spørgsmål, under hvilke betingelser en tjenesteudbyder kan gøres medvirkensansvarlig for sin formidling af det brugergenererede indhold.

Formidlerens ansvarsfrihed er reguleret på EU-plan ved e-handelsdirektivet og implementeret i dansk ret ved e-handelsloven. Reglerne fra 2000 tilsigter at harmonisere området mellem medlemsstaterne. Ansvarsfrihedsreglerne har dog skabt lige så mange spørgsmål, som der besvares, og dette ikke mindst for de ”nye” sociale tjenester.

Formålet med afhandlingen er at belyse de problemstillinger, der knytter sig til formidlerens ansvar for brugergenereret indhold.

Afhandlingen beskæftiger sig generelt med grundlaget for formidlerens ansvar. Der lægges særligt fokus på de problemstillinger, som er relevante i forbindelse med brugergenereret indhold. Særligt vil afhandlingen belyse problemstillingerne om adgangen til at pålægge formidleren en overvågningspligt og vurdere de momenter, som i øvrigt indgår i spørgsmålet om formidlerens kendskab til retskrænkelserne.

Problemerne med fastsættelsen af formidlerens handlepligt vil ligeledes søges belyst.

1.1 Afgrænsning

Afhandlingen tager udgangspunkt i de ophavsretlige krænkelser, men også de øvrige krænkelser gennemgået under afsnit 2 vil blive inddraget hvor det er relevant.

Afhandlingen behandler problemstillinger for formidling af oplagret brugergenereret indhold i henhold til e-handelslovens (EHL) § 16, stk. 1. De øvrige ansvarsfrihedsregler for rene formidlere og proxy-cachere i hhv. EHL §§ 14 og 15 vil kun overfladisk blive gennemgået af hensyn til overblikket over formidlernes ansvarsfrihed.

Formidlerens egne krænkelser behandles ikke. Det vil sige, at de tilfælde, hvor formidleren selv er indholdsleverandør, og hvor formidleren i forbindelse med formidlingen foretager selvstændige krænkelser, holdes uden for gennemgangen.

Uden for gennemgangen holdes også de territoriale problemstillinger. Når der henvises til udenlandsk retspraksis, er formålet ikke en uddybende redegørelse heraf, men en belysning af de problemer og løsninger som regelsættet i e-handelsdirektivets giver anledning til.

1.2 Aktører og definitioner

På internettet er der mange forskellige aktører. Her gennemgås, hvorledes begreberne vil blive brugt gennem afhandlingen.

1.2.1 Formidleren

»Formidler« anvendes synonymt med e-handelslovens begreb »tjenesteyder«, der defineres som en leverandør af en »informationssamfundstjeneste« på individuel anmodning fra en »tjenestemodtager«.¹ Også lovbemærkningerne til e-handelsloven anvender begrebet »formidler«.²

Ved formidleren forstås det mellemed der er mellem to brugere af en internettjeneste³ således, at én bruger anmoder formidleren om at videregive information, mens en anden bruger anmoder om modtagelse af informationen.

E-handelsloven angiver tre typer af formidlere.⁴ »Netværksoperatøren« og »access provideren«, hvis roller er at stille udstyr til rådighed, som forbinder brugerne af internettet. »Cacheren«, hvis rolle er at oplagre information midlertidigt for at effektivisere brugen af internetbåndbredde for brugerne. Endelig er der »hosten«, hvis rolle er at stille serverplads til rådighed for brugeren således, at denne kan oplagre information.

1.2.2 Brugeren og indholdsleverandøren⁵

Ved en bruger forstås i denne afhandling den fysiske eller juridiske person, der benytter sig af en internettjeneste. Der må sondres mellem to typer af brugere af en internettjeneste, den »passive« bruger og den »aktive« bruger.

Ved en passiv bruger forstås den bruger, som alene modtager information fra tjenesten, hvorimod den aktive bruger fungerer som indholdsleverandør ved selv at tilføje information til tjenesten.

Afhandlingen beskæftiger sig med den aktive bruger, der som indholdsleverandør foretager krænkelse ved brug af formidlerens tjeneste.

1.2.3 »Social tjeneste«

Sociale tjenester er en del af begrebet »Web 2.0«, et begreb associeret med Tim O'Reilly.⁶ Web 2.0 handler bl.a. om at skabe relationer mellem mennesker på internettet ved brug

¹ EHL § 2, nr. 1, 2 og 4.

² Formidleren kaldes også ofte for internet service provider (ISP).

³ »Internettjeneste« anvendes her synonymt med e-handelslovens begreb »informationssamfundstjeneste«.

⁴ Formidlertyperne reflekterer ansvarsfrihedsreglerne i EHL §§ 14-16.

⁵ Også kaldet internet content provider (ICP).

⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Web_2.0

af »social software«.

Fænomenet er blevet meget omtalt, primært fordi steder som Facebook og MySpace hurtigt har fået ekstremt mange brugere over hele verden – også i Danmark.⁷ Social software dækker over forskellige former for kommunikationsværktøjer som f.eks. diskussionsfora, blogs, wikisider, chatrum osv. Fælles for disse værktøjer er, at de fremstår som dynamiske sider, hvor indholdet skabes af brugerne, men oplagres hos formidleren.

Ud over de regulære sociale netværk, bliver muligheden for brugerinteraktion i stadig stigende grad anvendt. Mange webbutikker indeholder mulighed for at brugerne kan evaluere de solgte produkter. Købernes egne kommentarer til produkterne hjælper således fremtidige kunder med at vurdere produktet inden køb.

Formidleren vil i disse situationer fungere både som indholdsleverandør af sit eget indhold⁸, og som formidler af det »brugergenererede indhold«.

Afhandlingen benytter begrebet »social tjeneste« i bredest mulige forstand, således at nævnte kommentarmuligheder omfattes.

1.2.4 Brugergenereret indhold

Brugergenereret indhold dækker alt fra billeder og kommentarer uploadet på et forum til f.eks. Facebook, videoer på YouTube, kommentarer på blogs, produktanmeldelser osv.. »Brugergenereret« betyder ikke nødvendigvis, at brugeren selv har skabt indholdet, men blot at det er ham, som tager initiativet til at gøre det tilgængeligt på tjenesten. Brugeren bliver i det øjeblik, han uploader materiale til tjenesten, til indholdsleverandør. Mens brugeren i princippet kan generere indhold uden at det nogensinde bliver tilgængeligt for andre, ligger fokus i nærværende sammenhæng på indhold, der gøres tilgængeligt for almenheden.

Brugerindholdet er oftest karakteriseret ved ikke at blive gjort tilgængeligt professionelt eller med profit for øje.

2 Krænkelser på internettet

Det er vanskeligt, at opstille en komplet liste over de retskrænkelser, der kan give anledning til ansvarsproblematikker for internetbrugen. Mange informationsmæssige delikter kan tænkes krænket ved brug af internettet.

I det følgende vil en række krænkelser blive gennemgået, som brugere af sociale tjenester i bred forstand kan begå. Gennemgangen tjener navnlig til illustration af hvilke krænkelser, der kan give formidleren anledning til at gribe ind. Når særligt

⁷ Andre kendte eksempler på sådanne sider er YouTube, Twitter, Jubii debatforum m.fl..

⁸ Navnlig tjenesten som sådan.

fokus lægges på krænkende billeder, skyldes det, at billeder i alle afskygninger meget ofte forekommer på sociale tjenester, og de vil ofte krænke en andens ret på den ene eller anden måde.

2.1 Strafferetlige krænkelser

2.1.1 Fredskrænkelser

Et praktisk område for krænkelser på internettet er fredskrænkelser efter straffelovens (STRL) kap. 27. Herefter er f.eks. brud på brevhemmeligheden strafbart med indtil 6 måneder, jf. STRL § 263, stk. 1, nr. 1.⁹ Fredskrænkelser kan desuden bestå i uberettiget at fotografere personer, der befinder sig på et ikke frit tilgængeligt sted, jf. STRL § 264a.¹⁰

Når bestemmelserne nævnes her skyldes det, at »informationshæleri«¹¹ efter STRL § 264c ligeledes er strafbart. Således er det f.eks. ulovligt at videregive oplysninger skaffet ved uretmæssig adgang til en andens email eller at videregive fotografier, der er optaget uretmæssigt.

Retmæssigt erhvervede oplysninger og fotografier er ikke omfattet af hæleribestemmelsen i STRL § 264c, men området udvides af STRL § 264d. Efter nævnte bestemmelse er det strafbart at videregive meddelelser eller billeder vedrørende en andens private forhold eller i øvrigt billeder af den pågældende under omstændigheder, der åbenbart kan forlanges unddraget offentligheden, jf. STRL § 264d.

En sådan situation forelå i U 1999.177 V, hvor en mand havde lagt en række nøgenbilleder af sin tidligere hustru på internettet. Offentliggørelsen af billederne fandtes at udgøre en krænkelse af STRL § 264d, selvom billederne var optaget med samtykke.

2.1.2 Ærekrænkelser

I alle medier kan personer ytre sig æreskrænkende, internettet er ingen undtagelse her til. I straffelovens kap. 27 findes regler, der har til formål at beskytte det gode navn og ære. I forbindelse med et medvirkensansvar er det særligt relevant at sondre mellem ringeagtsytringer og sigtelser. Sondringen er relevant for omfanget af undersøgelsespligten. Ringeagtsytringer er ofte umiddelbart konstaterbare, f.eks. »NN er en idiot«, hvorimod sigtelsers sandhedsværdi, og dermed retmæssighed, kan kræve kompliceret

⁹ Bestemmelsen er teknologi neutral og finder således også anvendelse ved brud på email-hemmeligheden.

¹⁰ Det er selve fotograferingen der er ulovligt. Emnet har særligt aktualiseret sig for internettet, idet Google (og andre) har begyndt fotografering af gader og bygninger, og offentliggør disse på deres hjemmesider. (Google Streetview)

¹¹ Dvs. videreudnyttelse af oplysninger skaffet ved uretmæssig adfærd.

bevisførelse. Fremsættelse af korrekte oplysninger er ikke krænkende, uanset at de er lidet flatterende, jf. STRL § 269.

2.1.3 Børneporno

Internettet er ideelt til distribution af billede- og videomateriale, og pornoindustrien har formået at udnytte dette potentiale. Det er efter STRL § 235, stk. 1 ulovligt at udbrede pornografisk materiale af personer under 18 år.

Også besiddelsen af sådant materiale er strafbart, jf. stk. 2.¹² Når børnepornografisk materiale bliver uploadet til formidlerens server, kan dette siges at være i hans besiddelse. Bestemmelsen i stk. 2 betyder således for formidleren navnligt, at han kan gøres direkte ansvarlig for besiddelse af materialet, såfremt han får kendskab til det. Se mere herom under afsnit 4.2.1.

2.2 Immaterialretlige krænkelse

2.2.1 Ophavsretten

Internettet har givet mulighed for at billeder, film, musik, litteratur m.v., lagret som digitale data kan overføres i det globale netværk. En del af disse data kan være beskyttet af ophavsretsloven (OPHL).

Den, som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk, har ophavsretten dertil, jf. OPHL § 1. Der stilles ikke krav til, hvorledes værket teknisk kommer til udtryk. Der foreligger et værk, når dette kan siges at være originalt¹³, dvs. »ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse«¹⁴.

Fænomener som ikke opfylder originalitetskravet, kan være omfattet af ophavsrettens naborettigheder i OPHL kap. 5. F.eks. kan et fotografi være et værk, hvis det er originalt. Opfyldes originalitetskravet ikke, f.eks. fordi det er frembragt på mere tilfældig vis, beskyttes fotografiet alligevel i 50 år fra fremstillingen, jf. OPHL § 70. Således er samtlige billeder, der er tilgængelige på internettet beskyttet af ophavsretsloven, uanset om der er tale om kunstneriske værker eller familiens ferie billeder.

Ophavsretten indebærer, at ophavsmanden får både økonomiske og ideelle enerettigheder. Således skal der gives samtykke i tilfælde af hhv. eksemplar fremstilling og tilgængeliggørelse, jf. OPHL § 2, ligesom ophavsmanden har ret til at blive nævnt, jf. OPHL § 3.

¹² Personer over 15 år kan dog give samtykke til besiddelsen, jf. STRL § 235, stk. 3.

¹³ Man har tidligere talt om værkshøjde, men denne terminologi er (med rette) erstattet af *originalitetskravet*. Begrebet afspejler at ophavsretten er en efterligningsbeskyttelse.

¹⁴ Således edb-programdirektivet, beskyttelsesdirektivet og databasedirektivet.

I OPHL kap. 2 er givet en række indskrænkninger i ophavsretten. I denne sammenhæng skal særligt OPHL § 12 nævnes. Efter OPHL § 12, stk. 1, må enhver fremstille eller lade fremstille eksemplarer til »privat brug«. Imidlertid må digitale eksemplarer alene fremstilles til »personlig brug« for fremstilleren eller dennes husstand, jf. OPHL § 12, stk. 2, nr. 5. Kopiering til bekendte og skolekammerater, falder uden for.¹⁵ Upload til en server, hvor andre end husstanden har adgang, er således ikke tilladt.

Man må citere andres ophavsretligt beskyttede værker, så længe det er i overensstemmelse med god skik, jf. OPHL § 22. God skik opfyldes normalt, når citatet udgør en lille beskedent del af såvel det, der citeres fra, som af det, der citeres til.¹⁶ Løsrevne citater accepteres som udgangspunkt ikke.¹⁷

Ophavsretskrænkelser udskiller sig fra andre krænkelse på den måde, at de sjældent giver anledning til tvivl. Ligger der musik- eller filmværker frit tilgængeligt på en server, er sandsynligheden for, at der er givet samtykke ganske beskedent. Det samme gør sig gældende med billeder og fotografier.

2.2.2 Retten til eget billede

Private billeder gøres i højere og højere grad tilgængelige på internettet, særligt via diskussionsfora og tjenester som f.eks. Facebook og diverse festsider. Da reglerne for offentliggørelse af private billeder er noget overset, findes det relevant her at gennemgå retten til eget billede.

Først og fremmest bemærkes, at retten til eget billede ikke er specifikt reguleret i ophavsretsloven, og »eget billede« er ikke et værk omfattet af lovens § 1. Dog er bestilte portrætbilleder omfattet, jf. OPHL § 60, således at bestilleren af billedet skal give samtykke til brugen af billedet.¹⁸

2.2.2.1 *Kommerciel udnyttelse*

I teorien antages, ud fra almindelige retsgrundsætninger og markedsføringsloven § 1, at en persons billede ikke må anvendes kommercielt, uden at vedkommende har givet samtykke.¹⁹ Dette understøttes af en righoldig praksis på området.²⁰

¹⁵ Jf. bemærkningerne til § 12, stk. 2, nr. 5. LFF 2001-01-10 nr. 141.

¹⁶ Jf. Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier: 2008 s. 188.

¹⁷ Se f.eks. U 1998.525 Ø hvor musikprøver uploadet til internettet ikke blev antaget som lovlige citater.

¹⁸ OPHL § 60 regulerer forholdet mellem bestilleren og ophavsmanden. Der er dog ikke nødvendigvis sammenfald mellem bestilleren og den afbildede person. Samtykkekravet er alene en indskrænkning i adgangen til at udøve ophavsretten.

¹⁹ Peter Schønning m.fl.: 2007, Jan Trzaskowski m.fl.: 2008 s. 452 ff. og Henrik Udsen: UfR 1997B.261.

²⁰ Med henvisning til almindelige retsgrundsætninger se U 1965.126 H (Buster Larsen) og tilsvarende U 1983.630 Ø (Kim Larsen) og yderligere f.eks. U 2003.686 SH (Martin Jørgensen) hvor en plakat med dennes billede var i strid med MFL § 1.

Principielt gælder kravet om samtykke ved kommerciel anvendelse både kendte og ikke-kendte personer. Imidlertid kan det være vanskeligt for ikke-kendte personer, at dokumentere et tab som forudsætning for erstatning. Ikke-kendte kan dog tilkendes en godtgørelse for brugen.

2.2.2.2 *Beskyttet af persondataloven*²¹

Det er meget almindeligt at gøre billeder af venner og bekendte tilgængelige på sociale tjenester. En sådan ikke-kommerciel udnyttelse er som udgangspunkt ikke beskyttet efter de ovenfor omtalte retsgrundsætninger.

Persondataloven (PDL) gælder for behandling af personlige oplysninger, som helt eller delvist foretages ved hjælp af edb, jf. PDL § 1, stk. 1, herunder offentliggørelse af billeder med genkendelige personer, uanset om billedet er ledsaget af en identificerende tekst. Når private behandler oplysninger i rent private aktiviteter, er de dog ikke omfattet af persondataloven, medmindre aktiviteterne offentliggøres.

Det beror på en konkret vurdering ud fra interesseafvejningsreglen i lovens § 6, stk. 1, nr. 7, hvorvidt en offentliggørelse er lovlig. Det er i første omgang den dataansvarlige selv, der skal foretage denne vurdering. Udgangspunktet i persondataloven er, at behandling af oplysninger kun må finde sted, hvis der er givet udtrykkeligt samtykke hertil, jf. PDL § 6, stk. 1, nr. 1.

Der sondres mellem portrætbilleder og situationsbilleder. Situationsbilleder defineres i denne sammenhæng som billeder, hvor en aktivitet eller en situation er det egentlige formål med billedet. Modsætningen hertil er portrætbilleder, hvor formålet er at afbilde en eller flere bestemte personer.

Portrætbilleder kræver som altovervejende udgangspunkt samtykke, før det må offentliggøres på internettet. Udgangspunktet er, at situationsbilleder kan offentliggøres uden samtykke med hjemmel i interesseafvejningsreglen i PDL § 6, stk. 1, nr. 7. Det afgørende kriterium er, at den afbildede ikke med rimelighed må kunne føle sig udstillet, udnyttet eller krænket, f.eks. i markedsførings eller andet kommercielt øjemed. Billeder kan være af en sådan beskaffenhed, at det må antages at virke krænkende for de afbildede. Dette kunne f.eks. være, hvis to genkendelige personer afbildes i intime situationer.²²

2.2.3 Ulovlig markedsføring

Flere former for ulovlig markedsføring kan tænkes. Først og fremmest kan der være tale om, at en bruger af en internetjeneste anvender denne til at fremføre ulovlig

²¹ Se Datatilsynets hjemmeside på <http://www.datatilsynet.dk/borger/internettet/>.

²² Ligeledes vil billeder optaget af ansatte på arbejde, kunder i en forretning, i banken m.v., besøgende på en natklub eller lignende som udgangspunkt ikke kunne offentliggøres uden samtykke.

markedsføring af sine produkter.

Markedsføringslovens § 1 indeholder en generalklausul, der pålægger virksomhederne ikke at foretage handlinger, der strider mod god markedsføringsetik. Derudover er en række specifikke overtrædelser reguleret i hhv. markedsføringsloven og særlovgivningen.

Et andet problem er det forhold, at en forhandler, på sin hjemmeside, har en funktion, hvor brugerne kan anmelde og kommentere produkterne. Sådanne kommentarer fra kunderne kan i sig selv indeholde markedsføringsmateriale, som producenten eller forhandleren ikke selv lovligt kunne fremsætte. Kunden kan som udenforstående lovligt fremsætte sine kommentarer. Producenten/forhandleren vil i denne sammenhæng have en rolle som formidler af kommentarerne.

3 E-handelslovens ansvarsfrihedsregler

I forhold til den ovennævnte krænkelse har formidleren en tilbagetrukket rolle, idet han alene stiller de tekniske midler til rådighed, som er nødvendige for, at afsenderen kan videregive informationerne.

Da det ikke er formidleren selv, der iværksætter spredningen af den retstridige information, hviler dennes eventuelle ansvar på et medvirkensansvar. Formidlerne på internettet har selvsagt også mulighed for at foretage direkte krænkelse på internettet. Lægger formidleren selv retstridigt materiale til rådighed på internettet, vil der være tale om et direkte ansvar for krænkelsen og ikke et sekundært medvirkensansvar. Se nærmere om medvirkensansvar under afsnit 4.

Den danske e-handelslov²³ implementerer e-handelsdirektivet²⁴ (EHD), hvis formål er at sikre fri bevægelighed for informationssamfundstjenester mellem medlemsstaterne²⁵.

E-handelsdirektivet tilsigter at harmonisere visse retlige aspekter, navnlig ved elektronisk handel. I den forbindelse indeholder e-handelsdirektivets art. 12-15 en begrænsning af formidlerens ansvar i forbindelse med krænkelse foretaget via den leverede tjeneste. Bestemmelserne er (nærmest ordret) implementeret i e-handelslovens §§ 14-16.²⁶ Bestemmelserne omfatter ansvarsfrihed både i relation til straf- og erstatningsansvar.

²³ Lov nr. 227 af 22. april 2002.

²⁴ Direktiv 2000/31/EF.

²⁵ Jf. EHD betragtning 8 samt art. 1, stk. 1.

²⁶ Med undtagelse af art. 15, der blev udeladt som overflødig i dansk ret.

3.1 Lovens anvendelsesområde

Ansvarsfrihedsreglerne i EHL § 14-16 finder udelukkende anvendelse på formidlere. De enkelte ansvarsfrihedsregler er mere specifikt afgrænset til at omfatte en bestemt type af formidlere. De specifikke anvendelsesområder for reglerne er beskrevet i gennemgangen nedenfor under afsnit 3.3-3.5.

Den generelle afgrænsning af anvendelsesområdet følger af definitionerne i EHL § 2.²⁷

Tjenesteyderen/formidleren er meget bredt defineret i lovens § 2, nr. 2, som enhver fysisk eller juridisk person, der leverer en informationssamfundstjeneste.

Ved »informationssamfundstjeneste« forstår enhver tjeneste, der har et kommercielt sigte, og som leveres online²⁸ på individuel anmodning fra en tjenestemodtager, jf. nr. 1. At der kræves et kommercielt sigte, giver således formidleransvaret et økonomisk aspekt, og principielt er private, der stiller en tjeneste til rådighed online, således ikke omfattet, medmindre det konkret sker med indtjening for øje. Der skal ikke meget til for, at tjenesten kan anses for omfattet. Tjenester, der leveres uden vederlag, men f.eks. finansieres via bannerreklamer, vil kunne være omfattet. Afgørende er, om tjenester af den pågældende art normalt bliver leveret mod betaling.²⁹

Omfattet er alene de tjenester, der leveres på *individuel anmodning* fra brugeren. Afgørende er, at det er brugeren og ikke formidleren, der tager initiativ til levering af tjenesten.

3.1.1 Særligt om sociale tjenester

Hvorvidt sociale tjenester er omfattet af ansvarsfrihedsreglen om hosting i EHL § 16 har givet anledning til usikkerhed. Traditionelt, dvs. ved e-handelsdirektivet vedtagelse og implementering, var hosting en opgave for teleudbyderen og indholdet blev leveret af tredjemand. Ved de sociale tjenester er der tale om en blanding, hvor udbyderen af den sociale tjeneste selv er indholdsleverandør³⁰ samtidig med, at han stiller faciliteter til rådighed således, at brugerne kan levere indhold. Udbyderen af tjenesten fastlægger på den måde rammerne for brugernes adfærd på tjenesten og har eventuelt en økonomisk gevinst ved deres brug.

Hvorvidt sociale tjenester er omfattet af ansvarsfrihedsreglen har været oppe i flere franske sager, hvor det særligt har givet anledning til problemer, hvor formidleren på forhånd har fastlagt struktur og skabeloner for brugerindholdet, og formidleren havde

²⁷ Definitionerne svarer til definitionerne angivet i EHD art. 2.

²⁸ Ad elektronisk vej over en vis distance, f.eks. internettet.

²⁹ Se LFF 2002-01-29 nr. 61 (herefter kaldet lovbemærkningerne) afsnit C.2.1.

³⁰ Af tjenesten som sådan.

reklameindtægter i forbindelse med visningen af indholdet.³¹ Spørgsmålet er ikke endeligt afgjort af den franske højesteret.

I den prominente svenske sag om The Pirate Bay, blev det af retten lagt til grund, at tjenesten var omfattet af ansvarsfrihedsreglerne. Dette var også tilfældet i den engelske Labourhome-sag³², hvor retten sondrede mellem formidlerens indhold og indholdet skabt af brugerne.

Hverken direktivet eller loven giver en nærmere definition af begrebet »oplagring«, hvorfor dette må forstås i den bredeste forstand.³³ Afgørende synes at være, om brugeren kan gøre nogen form for indhold tilgængeligt på tjenesten uden formidlerens forudgående kontrol. At udbyderen af tjenesten udøver redaktionel kontrol over den del af tjenesten, der ikke er brugergenereret, ændrer ikke på, at udbyderen er formidler i forhold til den brugergenererede del.³⁴

Sociale tjenester leveres ofte uden vederlag. Tjenesterne har dog ofte et kommercielt sigte, hvor finansieringen sker via reklamer, ligesom udvalgte dele af tjenesten, måske kun kan tilgås med betaling. Det vil naturligvis være en konkret vurdering, om den konkrete tjenestetype almindeligvis ydes mod betaling. Da kravet om kommercielt sigte anvendes lempeligt, må det antages, at sociale tjenester som udgangspunkt er informationssamfundstjenester i lovens forstand.

3.2 Generelt om e-handelslovens ansvarsfrihed

E-handelsloven indeholder alene regler om, hvornår en formidler er ansvarsfri. Loven tager ikke stilling til, hvornår en formidler kan pådrage sig ansvar. Er betingelserne for ansvarsfrihed efter e-handelsloven ikke opfyldt, medfører dette selvsagt ikke, at formidleren derfor *er* ansvarlig. Formidleren kan kun gøres ansvarlig, hvis dansk rets betingelser for ansvar i øvrigt er opfyldt. De almindelige regler for ansvar gennemgås under afsnit 4.

Reglerne bygger på det overordnede princip, at jo mindre formidleren er involveret i de informationer, der formidles, desto mindre er grundlaget for at pålægge formidleren et medvirkensansvar.³⁵ Så længe formidleren alene indtager en passiv og teknisk rolle i forhold til formidlingen af informationerne, vil han som udgangspunkt være ansvarsfri.

³¹ F.eks. blev MySpace ikke anset som omfattet af hosting regler i Lafesse vs. MySpace, Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance de référé af 22. juni 2007. Sagen er refereret af Francisco Javier Cabrera Blázquez: IRIS Plus 2008 afsnit 3.1.1.2.

³² Sagen er omtalt under afsnit 5

³³ Oplagring må opfattes som at stille plads til rådighed for tjenestemodtageren, jf. Just Balstad: 2002 s. 65.

³⁴ Søren Sandfeld Jakobsen: UfR 2009B.291 afsnit 3.1

³⁵ Jf. EHD betragtning 42-44.

E-handelslovens regler antages at svare til de hidtil gældende almindelige medvirkensregler, jf. lov-bemærkningerne afsnit C.12.2.1.3.

Omvendt øges formidlerens mulighed for at ifalde ansvar, jo tættere tilknytning han har til den retstridige information, og jo større mulighed han har for at forhindre den retstridige spredning.

Det skal her nævnes, at formidleren ikke kan pålægges en generel forpligtelse til at overvåge og føre kontrol med de formidlede informationer, jf. EHD art. 15. Formidlerens overvågningsforpligtelse behandles nærmere under afsnit 5.

Samme tjenesteyder kan udbyde forskellige tjenester, som er omfattet af hver sin bestemmelse i EHL. Således kan en netværksudbyder, ligeledes foretage caching samt stille serverplads til rådighed for oplagring af information. Hver ydelse vil være omfattet af hhv. EHL §§ 14, 15 og 16, og hvert forhold skal behandles for sig selv og ikke samlet.

Reglerne er ikke til hinder for anvendelsen af foreløbige retsmidler, så som nedlæggelse af fagedforbud.³⁶ En formidler kan altså ikke gemme sig bag ansvarsfrihedsreglerne i e-handelsloven og blot sidde et påbud overhørigt.

Nedenfor gennemgås de tre forskellige ansvarsfrihedsregler givet ved EHL §§ 14-16. Gennemgangen har til formål at skabe et samlet overblik over problemstillingerne og forskellene mellem ansvarsfrihedsreglerne.

3.3 Ren videreformidling («mere conduit») - EHL § 14

Den første ansvarsfrihedsregel omhandler tjenesteyderen som ren videreformidler, jf. EHL § 14 (EHD art. 12). Bestemmelsen omfatter dels transmissionen af informationer i et kommunikationsnet³⁷, og dels leveringen af adgang til et sådant³⁸, jf. stk. 1 og 3. Ansvarsfrihedsreglen anvendes således i praksis oftes ved netværksoperatører, navnlig teleselskaber.

Bestemmelsen hjemler ansvarsfrihed for formidleren, sålænge der alene er tale om ren videreformidling af retsstridige informationer, dvs. at formidleren indtager en passiv og teknisk betonet rolle. Denne formidlertype er karakteriseret ved, at have den mindste tilknytning til de formidlede informationer, og ansvarsfriheden er en refleksion af den tekniske måde, hvorpå transmission i et netværk, som f.eks. internettet, foregår.

Transmissionen på internettet foregår ved, at informationen i en datafil deles op i »pakker«, der transmitteres hver for sig, bl.a. med den virkning at transmissionen sker hurtigere. Pakkerne vil under transmissionen passere forskellige netværk og knudepunkter, via såkaldte routere og switches, for til sidst at blive sat sammen til en hel datafil igen.

³⁶ Jf. EHD betragtning 45. Dette er desuden fastslået i praksis ved en række sager.

³⁷ Internettet er et sådant netværk. Omfattet er også lokale netværk, som f.eks. på arbejdspladsen.

³⁸ F.eks. opkobling til internettet.

Under transmissionen vil der, i nævnte routere og switches, automatisk blive foretaget en teknisk begrundet kopiering med det formål at gennemføre transmissionen. Hele processen foregår automatisk, og operatøren har som udgangspunkt intet kendskab til »pakkernes« indhold, ligesom kontrolmulighederne er yderst begrænsede.

Det er en betingelse for ansvarsfrihed, at formidleren ikke selv tager initiativ til transmissionen, jf. stk. 1, nr. 1, ligesom han ikke må udvælge modtageren af transmissionen, jf. nr. 2. Afgørende er, at beslutningen om spredningen samt udvælgelsen af modtagere træffes af tredjemand. Det forhold, at formidleren foretager en *automatisk udvælgelse* af modtagerne, bringer ikke formidleren uden for bestemmelsen.³⁹

Derudover må formidleren hverken udvælge eller ændre den transmittede information, jf. nr. 3. Dette skal læses med den modifikation, at formidleren dog må foretage *tekniske ændringer* i transmissionen. I praksis ændres »pakkerne« adskillige gange under en normal transmission over internettet. Disse ændringer involverer dog ikke en ændring af informationerne, men alene af den tekniske repræsentation og »indpakning« for at muliggøre transmissionen.⁴⁰

Stk. 2 sikrer, at også den omtalte automatiske mellemlagring af information er omfattet af ansvarsfrihedsreglen. Mellemlagringen må dog kun have til formål at sikre transmissionen og må ikke vare længere end nødvendigt for at gennemføre denne. Bestemmelsen sikrer således også, at der ikke sker mellemlagring af information ud over det nødvendige.⁴¹ Bestemmelsen er i overensstemmelse med OPHL § 11a, hvorefter det er tilladt at fremstille midlertidige eksemplarer af ophavsretligt beskyttet materiale, når fremstillingen er en del af den tekniske proces i forbindelse med transmission i et netværk.

Det kan konkluderes, at formidleren alene må foretage aktiviteter, som er af teknisk, automatisk og passiv karakter for at forblive ansvarsfri. Ansvarsfritagelsen vedrører ansvaret over for tredjemand for selve det retstridige indhold af transmissionen. Formidleren kan selvsagt ikke påberåbe sig ansvarsfrihed, hvor denne iøvrigt måtte være ansvarlig, f.eks. over for en kontraktspart i tilfælde af at driftsforstyrrelser forsinkes eller forhindrer transmissionen af informationer.

³⁹ Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 196 f..

Eksempelvis hvor brugeren sender en email til en mailingliste, hvorefter formidleren automatisk sender emailen videre til alle, der er tilmeldt denne liste.

⁴⁰ Der kan være tale om ompakning af informationerne i mindre pakker, indføjelse af adressen på mellemledet, konvertering mellem forskellige protokoller m.v..

⁴¹ Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 201.

3.3.1 Spørgsmålet om kendskab

E-handelsdirektivets betragtning 42 synes at opstille ukendskab til informationerne som en generel forudsætning for ansvarsfrihed, idet der anføres at formidlerens

»aktivitet .. udelukkende [er] teknisk, automatisk og passiv, hvilket indebærer, at leverandøren af informationssamfundstjenesten *hverken har kendskab til eller kontrol* over de information, der transmitteres eller oplagres« (min fremhævelse).

I modsætning til de øvrige bestemmelser om ansvarsfrihed, kan formidleren efter ordlyden af EHL § 14 (og art. 12) påberåbe sig ansvarsfrihed, selv om han konkret måtte have kendskab til, at transmissionen indeholder retsstridige informationer, smh. EHL § 15, nr. 5 og § 16, stk. 1, nr. 2. Således er bestemmelsens ordlyd i modstrid med forudsætningen i betragtning 42. Der ses ikke at være taget stilling til denne uklarhed i lovbemærkningerne.

Det følger af EHD betragtning 44, at en formidler, »der bevidst samarbejder med en tjenestemodtager om at begå ulovlige handlinger, overskrider grænserne for ren videreformidling«, og som følge heraf ikke er omfattet af ansvarsfritagelsen. »Bevidst samarbejde« må forudsætte en mere aktiv handling fra formidlerens side, end den blotte (forsætlige) passivitet overfor transmissionen af retstridig information.

På den baggrund konkluderer Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 200, at ansvarsfritagelsen i EHL § 14 er fuldstændig og ikke betinget af god tro hos netværksoperatøren, og kun tilfælde, hvor denne har indgået et bevidst samarbejde med afsenderen om at begå ulovlige handlinger, sætter grænsen for operatørens ansvarsfrihed.⁴²

Ruth Nielsen: 2004 s. 272 inddrager i sammenhængen også EHD art. 12, stk. 3, hvorefter et fagedforbud kan nedlægges uanset ansvarsfrihedsreglen. Således anfører hun, at hvis operatørens kendskab er særligt kvalificeret gennem et fagedforbud eller lignende, da ifalder også den rene videreformidler ansvar, hvis forbuddet siddes overhørt og dermed overtrædes.

Manglende efterlevelse af et fagedforbud eller medvirken hertil medfører, efter retsplejelovens § 651, at rekvisitus (formidleren) ifalder straf- og/eller erstatningsansvar. Af bemærkningerne til e-handelsloven fremgår, at direktivets regler ikke berører disse regler, hvorfor art. 12, stk. 3 m.fl. er udeladt som overflødige.⁴³

Situationen må herefter være, at EHL § 14, i forhold til spørgsmålet om kendskab, skal forstås efter sin ordlyd. Formidleren kan i denne situation altså ikke pålægges en handlepligt begrundet i sin kendskab til retsstridigheden.

⁴² Lars Stoltze: 2001 s. 307 synes at lægge EHD betragtning 42 til grund, således at konkret viden medfører en handlepligt for formidleren til at fjerne og/eller hindre adgang til informationer.

⁴³ Lovbemærkningerne afsnit C.12.2.2 in fine.

3.4 Caching - EHL § 15

Den anden ansvarsfrihedsregel omhandler det såkaldte »caching«, hvor formidleren foretager automatisk, mellemliggende og midlertidig oplagring af den information, der skal transmitteres i netværket, med henblik på at gøre senere transmission af informationen mere effektiv, jf. EHL § 15 (EHD art. 13).

Caching er en midlertidig oplagring af information. En cache baserer sig på den antagelse, at data, der lige er blevet læst, snart skal læses igen. En cache benyttes derfor f.eks. til at gemme langsomt læste data i et hurtigt lager, hvorfra de hurtigt kan læses igen.⁴⁴

I forbindelse med internettet benyttes caching ofte i flere former. Man taler bl.a. om »browser-caching«, »mirror-caching« og »proxy-caching«. Alle har det formål at gøre brugen af internettet mere effektiv ved at mindske behovet for båndbredde i forskellige led, de såkaldte »flaskehalsproblemer«.

Ansvarsfrihedsreglen omfatter alene den formidler, der transmitterer information leveret af tjenestemodtagere. Bestemmelsen finder således navnlig anvendelse på proxy-caching, hvorimod browser-caching og mirror-caching ikke omfattes, allerede fordi disse ikke foretages af en tjenesteyder i sin egenskab af formidler.⁴⁵

Proxy-caching er en mellemlagring af transmitteret information på netværket.⁴⁶ Næste gang samme/eller en anden bruger efterspørger samme information, kan disse hentes fra mellemlageret og på den måde spare båndbrede og øge effektiviteten betydeligt. Proxy-caching sker uafhængigt af indholdsleverandøren, og cacheren har som udgangspunkt intet kendskab til indholdet af de oplagerede informationer. Dog vil der typisk fra cacherens side være et valg af hvilke typer af information der skal caches, f.eks. »hjemmesider, men ikke nyhedsgrupper«, og evt. kun udvalgte hjemmesider.

I forhold til den rene videreformidler har cacheren en nærmere tilknytning til de retsstridige informationer, idet oplagringen er længerevarende, samt at han i et vist omfang vælger hvilke informationer, der skal oplagres. Derfor er betingelserne for ansvarsfrihed strengere end for den rene videreformidler.

Det er en forudsætning for ansvarsfriheden, at oplagringen af information alene sker for at øge effektiviteten. Ligeledes skal oplagringen ske automatisk, mellemliggende og midlertidigt, hvorfor formidleren som udgangspunkt hverken har kendskab til eller

⁴⁴ Princippet benyttes også internt i en computer. Data kopieres fra harddisk til ram og igen til en lille cache internt i CPU'en. Formål er at holde CPU'en beskæftiget, så den ikke skal vente på data.

⁴⁵ Således en enig teori, jf. Ruth Nielsen: 2004 s. 274, Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 205 f. og Mads Bryde Andersen: 2005 s. 734.

⁴⁶ I princippet kan enhver form for information proxy-caches, men i praksis er det mest anvendeligt for hjemmesider.

kontrol over de oplagerede informationer.

Formidleren må ikke ændre informationen og på den måde gøre det til sin egen, jf. nr. 1. Formidlerens rolle skal være teknisk og passiv. Ved at foretage ændringer i informationerne, vil hans rolle ikke længere være sådan tilbagetrukket, at ansvarsfrihed kan legitimeres.

Han skal desuden overholde betingelserne for adgang til informationen, jf. nr. 2, og overholde de regler om ajourføring af informationen, der er almindeligt anerkendt og anvendt i branchen, jf. nr. 3, ligesom han ikke må foretage indgreb i den lovlige anvendelse af teknologi, som er almindeligt anerkendt og anvendt i branchen, for at skaffe sig data om anvendelsen af informationen, jf. nr. 4.

Af betingelserne i nr. 1-4 kan læses en beskyttelse af såvel den passive bruger som af indholdsleverandøren. Således skal formidleren sørge for, at kopien følger originalen, både i forhold til ajourføring af informationer og i forhold til adgangskontrol. Brugeren af en hjemmeside bemærker ikke, om det er den oprindelige hjemmeside eller cache-kopien, han ser, hvorfor det er væsentligt, at disse holdes ajour. Indholdsleverandøren kan drive en forretning med sin hjemmeside, f.eks. ved betaling for indhold eller ved visning af reklamer. Derfor skal formidleren sikre, at brugerne alene har samme adgang til hjemmesiden, som hvis de besøgte den oprindelige side, og indholdsleverandøren skal gives mulighed for at få oplysninger om, f.eks. hvor mange besøgende der har været på cache-kopien.

I modsætning til EHL § 14 er formidleren pålagt en handlepligt i nr. 5. Han skal straks tage skridt til at fjerne eller hindre adgangen til information, når han får kendskab til, at disse er fjernet fra internettet eller adgangen er hindret, samt i tilfælde af myndighedernes krav om samme.

Handlepligten er knyttet til formidlerens kendskab til informationens tilgængelighed, men ikke retstridigheden. Formidleren kan altså påberåbe sig ansvarsfrihed i forhold til den oplagrede og retstridige information, selvom om han er i ond tro om deres lovlighed, sålænge disse er tilgængelige på den oprindelige hjemmeside og informationerne ikke, af en berettiget myndighed, er krævet fjernet eller adgangen til dem hindret. Om direktivets forudsætning om ukendskab se »spørgsmålet om kendskab« under gennemgangen af EHL § 14.

Sammenfattende indeholder EHL § 15 en ansvarsfrihedsregel, hvorefter en formidler af information er ansvarsfri for oplagring af information, sålænge han indtager en passiv og teknisk rolle. Formidleren er ansvarsfri, selvom han er i ond tro om informationernes retsstridighed. Dog har han en handlepligt, hvis han får kendskab til, at de oprindelige informationer ikke længere kan tilgås, eller at en retligt berettiget myn-

dighed har krævet informationerne fjernet eller adgangen hindret.

En proxy-cacher har en nærmere tilknytning til de retstridige informationer end den rene videreformidler, idet der faktisk sker en oplagring, ligesom proxy-cacheren er initiativtager til proxy-cachen i første omgang.

3.5 Hosting - EHL § 16

Den tredje ansvarsfrihedsregel omhandler oplagring, såkaldt »hosting«, hvor formidleren oplagrer information på vegne af og efter anmodning af en bruger, jf. EHL § 16 (EHD art. 14). Oplagring af formidlerens egen information er ikke omfattet.

Oplagring forekommer ved en lang række forskellige tjenestetyper. Først og fremmest omfattes web-hoteller, hvor formidleren alene udlejer lagerplads på deres servere, hvorefter brugeren står for hele indholdsleverancen af f.eks. en hjemmeside. På samme måde fungerer en lang række email-tjenester og chattjenester. Af særlig interesse for denne afhandling er de såkaldte »sociale tjenester«, hvor formidleren leverer en tjeneste, hvoraf en del af indholdet er genereret af brugerne.

Af de tre formidlertyper er tilknytningen størst for hosting-formidleren, idet han tilbyder sig som vært for informationerne. Der er kun få tekniske udfordringer for at fjerne retstridige informationer. I modsætning til ansvarsfrihedsreglerne i EHL § 14, stk. 2 og § 15⁴⁷ er der ingen tidsmæssig begrænsning for oplagringen i EHL § 16, og oplagringen sker som udgangspunkt på ubestemt tid. Betingelserne for ansvarsfrihed ved hosting er derfor tilsvarende strengere.

For at være ansvarsfri skal oplagringen ske på anmodning fra brugeren, ligesom det er et krav, at informationen leveres af denne. I tråd med de øvrige ansvarsfrihedsregler er det afgørende for ansvarsfriheden, at det ikke er formidleren, der tager beslutningen eller initiativet til oplagringen.

Det er yderligere en betingelse, at formidleren ikke har kendskab til den retstridige information, og for så vidt angår erstatningskravet ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den skadevoldende aktivitet eller information fremgår, jf. stk. 1, nr. 1.

Vedrørende kravet om kendskab sonderer bestemmelsen mellem strafferetligt og erstatningsretligt ansvar. Formidleren er således i strafferetlig henseende ansvarsfri, blot han ikke er vidende om den ulovlige aktivitet eller information. I erstatningsretlig henseende er formidleren underlagt culpereglen.

Får formidleren kendskab til den retsstridige information, skal han, fra det tidspunkt han får kendskab hertil, straks tage skridt til at fjerne informationen eller hindre ad-

⁴⁷ Efter disse skal oplagringen være hhv. »kortvarig« eller »midlertidig«.

gangen, jf. stk. 1, nr. 2. Hostingformidlerens handlepligt er knyttet op på formidlerens kendskab til de oplagerede informationers retsstridighed. Denne handlepligt går videre end handlepligten i EHL § 15. Cacheren kan vente, indtil informationerne er utilgængelige på den oprindelige side, eller der er nedlagt forbud, uanset at han konkret kender informationens retsstridighed.

Det er ikke nærmere præciseret i hverken direktivet eller e-handelsloven, hvornår en formidler kan siges at have et sådant kendskab, at handlepligten opstår. Ligeledes er der knyttet en række problemer i forbindelse med handlepligtens indhold. I praksis vil formidleren typisk af den krænkede, blive gjort opmærksom på krænkelsen, og spørgsmålet er herefter, hvorledes formidleren skal reagere. Det er ikke givet, at den, der påstår sig krænkede, har ret, hvorfor formidleren risikerer at overtræde brugerens ret eller eventuelt dennes ytringsfrihed.

Yderligere problematisk er, i hvilket omfang formidleren kan tilpligtes at foretage undersøgelser af det brugergenerede indhold. Udgangspunktet er beskrevet i EHD art. 15, hvorefter formidleren *ikke* kan pålægges en *generel* overvågningspligt. Han kan derimod have en *konkret* overvågningspligt⁴⁸.

Disse problemstillinger behandles under afsnit 5 og 6.

3.5.1 Formidlerens kontrol over afsenderen

I tilfælde hvor indholdsleverandøren handler under formidlerens »myndighed eller kontrol«, kan ansvarsfrihedsreglen ikke påberåbes, jf. EHL § 16, stk. 2.

Bestemmelsen i stk. 2 sikrer, at formidleren ikke kan indgå et samarbejde med afsenderen af den retstridige information og samtidig påberåbe sig ansvarsfrihed. Dette følger ligeledes af EHD betragtning 44, hvorefter »bevidst samarbejde« ikke omfattes af ansvarsfrihedsreglerne. Betragtningen nævner kun eksplicit ren videreformidling og caching, men princippet omfatter ligeledes hosting aktiviteten.

Direktivet, loven eller bemærkninger indeholder i øvrigt ingen nærmere angivelse af, hvordan »myndighed« eller »kontrol« skal fortolkes. Begreberne må derfor fortolkes i overensstemmelse med almindelige principper.

I arbejdsforhold hvor der foreligger et over-/underordningsforhold, er arbejdsgiveren ansvarlig for den ansattes handlinger efter DL 3-19-2. Herefter er arbejdsgiveren ansvarlig, såfremt handlingen er sket som led i arbejdsforholdet. Uden for kontrakt hæfter arbejdsgiveren dog ikke for den ansattes abnorme handlinger, som arbejdsgiveren ikke kunne sikre sig mod.

⁴⁸ Jf. bl.a. KOM(2003)-702: Første rapport om anvendelsen af e-handelsdirektivet afsnit 4.6 in fine.

§ 16, stk. 2 må antages at skulle fortolkes i overensstemmelse med DL 3-19-2, således at formidleren ikke kan påberåbe sig ansvarsfrihed overfor handlinger foretaget af dennes ansatte. Der vil sjældent bestå et kontraktsforhold mellem formidleren og skadelidte, hvorfor formidleren som udgangspunkt ikke hæfter for abnorme handlinger fra den ansattes side. Det antages dog, at upload af retstridigt materiale sjældent vil blive betragtet som abnormt.⁴⁹

Det må antages, at § 16, stk. 2 finder tilsvarende anvendelse på forhold, hvor formidleren har instruktionsbeføjelser, *uden* at der ydes vederlag. Dette må følge af en ordlydsfortolkning, da der ikke er henvist specifikt til arbejdsforhold, men derimod til »kontrol«.

Ud over arbejdsforhold kan ansvarsfrihedsreglen ikke påberåbes, hvor indholdsleverandøren er under formidlerens forældremyndighed eller værgemål.

3.6 Sammenfatning

Generelt for de forskellige formidlertyper er, at deres rolle som udgangspunkt udelukkende er passiv og teknisk. Passiv og teknisk således, at de stiller teknikken til rådighed, men overlader det til deres brugere at benytte den. Kravene for ansvarsfrihed øges i takt med formidlerens tilknytning til informationerne. Kravene afspejler ligeledes de tekniske muligheder for at forhindre krænkelse. Det er alt andet lige mere krævende at forhindre krænkelse for den rene videreformidling i et netværk, end det er at fjerne og kontrollere oplagret information for cacheren og i særdeleshed hostingudbyderen.

Mens den rene videreformidler er ansvarsfri, så længe han forholder sig passiv, er hostingformidleren pålagt en handlepligt for det tilfælde, at han får kendskab til krænkelsen. Mens positivt kendskab kan fremprovokeres ved en henvendelse til formidleren, er det mere uvist, hvornår der foreligger »burde« kendskab. Hostingformidlerens kendskab og handlepligt bliver gennemgået nedenfor under afsnit 5 og 6.

4 Formidlerens ansvar

Når der foretages krænkelse, er udgangspunktet, at skadevolder eller gerningsmand selv er ansvarlig for egne handlinger. Dette princip gælder både i den fysiske verden og den digitale verden. Således er det uproblematisk at fastslå, at formidleren, der selv uploader krænkende materiale til sin server, bærer ansvaret herfor. Tilsvarende bærer brugeren, der uploader materiale til formidlerens server, ansvaret for krænkelsen.

⁴⁹ Se hertil Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 227 f.. Problemet vil ikke blive behandlet yderligere i nærværende afhandling.

Interessen for at holde formidleren ansvarlig skyldes navnlig de betydelige problemer, der er med at opspore og retsforfølge den direkte ansvarlige bruger. En nyere utryk afgørelse afsagt af Østre Landsret d. 5. september 2008⁵⁰ frikendte to kvinder for ophavsretkrænkelser, idet det ikke kunne bevises, hvem der havde anvendt de trådløse netværk, hvorfra krænkelsen var foretaget, ligesom der ikke kunne pålægges kvinderne et præsumptionsansvar. Afgørelsen illustrerer de bevismæssige problemer ved at gøre den direkte krænker ansvarlig. Desuden kan brugeren, som har foretaget krænkelsen via formidlerens tjeneste, være bosiddende i udlandet eller økonomisk have ringe mulighed for at betale et erstatningskrav. Det vil således ofte være mere effektivt at søge formidleren gjort medansvarlig for krænkelsen end at gå efter den krænkende bruger.

For at gøre formidleren ansvarlig skal der foreligge et ansvarsgrundlag. E-handelsloven regulerer alene betingelserne for, hvornår formidleren er ansvarsfri. Der kan, som nævnt, ikke sluttes modsætningsvist, således at formidleren er ansvarlig, såfremt han ikke opfylder de nævnte betingelser for ansvarsfrihed.

Der er ikke i dansk ret fastsat særlige regler om, under hvilke betingelser en formidler pådrager sig et strafansvar hhv. erstatningsansvar. Spørgsmålet om formidlerens ansvar skal derfor afgøres efter de regler, som i øvrigt gælder for pålæggelse af ansvar, det være sig strafferetligt eller erstatningsretligt.

Da formidlerens rolle alene er at stille tekniske midler til rådighed for brugerne, kan der som alt overvejende hovedregel ikke være tale om et direkte ansvar, men derimod et sekundært ansvar i kraft af formidlerens medvirken til brugerens retsstridige adfærd.

4.1 Objektivt ansvar og medieansvaret

Objektivt ansvar kræver som udgangspunkt klar lovhjemmel. Som nævnt ovenfor er der ingen lovregler, som direkte beskriver formidlerens ansvar. I retspraksis er der set eksempler på, at domstolene har pålagt ulovbestemt objektivt ansvar, men praksis er begrænset, og intet tyder på, at eksemplerne kan overføres til formidleransvaret på internettet.⁵¹

Det har været diskuteret, hvorvidt det objektive redaktøransvar i medieansvarsloven kan udvides til også at gælde generelt for formidlere på internettet, men intet tyder dog på, at dette er tilfældet, idet redaktøransvaret næppe omfatter andre medier end dem, som kan sammenlignes direkte med traditionelle massemedier.⁵² Grænsen er dog ikke

⁵⁰ <http://www.scribd.com/doc/5627278/ifpidom050908>

⁵¹ Der er hovedsageligt tale om naboretlige sager, hvor udgravninger og pilotering har ført til sætnings-skader på naboejendomme. Se f.eks. U 1968.84 H eller U 1983.714 H. For en nærmere gennemgang se Bo von Eyben og Helle Isager: 2009 s. 148 ff..

⁵² Betænkning 1320, s. 438 f..

klar, da det f.eks. synes sandsynligt, at det objektive redaktøransvar også kan omfatte artikler på netaviser, hvorimod brugergenereret indhold på netaviser, fx kommentarer til artikler, næppe vil være omfattet.

Inden for de seneste år er der sket en udbredelse af debatfora, hvor udefrakommende kan skrive uredigerede debatindlæg. Det kan enten være »rene« debatfora eller debatfora, der er knyttet til en hjemmeside med redigeret nyhedsformidling. De undertiden krænkende ytringer på disse fora har medført klager til Pressenævnet. Hertil skriver Pressenævnet i sin årsberetning af 2004, s. 19, i overensstemmelse med ovenforanførte, at

»debatsider, hvor udefrakommende kan skrive uredigerede debatindlæg, ikke er omfattet af medieansvarsloven, idet der ikke er tale om redigeret envejskommunikation. ... I tilfælde, hvor et debatforum er knyttet til en hjemmeside med redigeret nyhedsformidling, gælder dette kun indlæg på selve debatsiden, idet den redaktionelle del af hjemmesiden er omfattet af medieansvarsloven.«

Internetmedier, som kan sidestilles med de periodiske skrifter og tv-medier, kan frivilligt anmelde sig til Pressenævnet og er da omfattet af loven, jf. medieansvarslovens § 8, stk. 1, og § 1, nr. 3. Denne mulighed anvendes også af internetmedier, der driver debatfora.

4.2 Det strafferetlige medvirkensansvar

4.2.1 Legalitetsprincippet

»Nulla poena sine lege« siges det smukt på latin. Dette strafferetlige legalitetsprincip er lovfæstet ved STRL § 1, hvorefter »straf kun kan pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant«.

Strafbelagte bestemmelser findes i såvel straffeloven som i særlovgivningen, f.eks. kan krænkelse af ophavsretten straffes med bøde og indtil fængsel, jf. OPHL §§ 76-78.

Legalitetsprincippet medfører, at straf kun kan pålægges det straffesubjekt, der ved sin gerning objektivt opfylder gerningsindholdet i den pågældende straffebestemmelse. Det er en stor belastning for borgeren at blive pålagt straf, og princippet anvendes da også strengt, således at analog anvendelse ikke kan komme på tale.

Udgangspunktet er derefter, at f.eks. kun den, der foretager eksemplar fremstilling af et ophavsretligt beskyttet værk, kan straffes, mens den, der har givet instruktioner til, hvorledes det kan gøres, ikke kan straffes, da det ikke er ham, der foretager eksemplar fremstillingen. Det vil dog stride mod retsfølelsen hvis ikke også den, der hjælper gerningsmanden, kan pålægges et ansvar.

Medvirken er da også kriminaliseret i STRL § 23, stk. 1, 1. pkt.. Bestemmelsen

udvider kredsen af straffesubjekter⁵³, ved at gerningsindholdet i straffedelikter kan opfyldes objektivt ved »tilskyndelse, råd eller dåd«. Den medvirkende kan herefter straffes, selvom han ikke objektivt har foretaget de handlinger, hoveddeliktet kræver for pålæggelse af straf.

Reglen om medvirken finder anvendelse på både straffelovens delikter samt straffebestemmelser i særlovgivningen, jf. STRL § 2. Det betyder, at den, der giver råd om hvorledes eksemplar fremstilling af et ophavsretligt beskyttet værk kan foretages, kan straffes for sin medvirken til krænkelsen af OPHL § 2, jf. § 76 jf. STRL § 23.

Formidleren som host foretager sjældent yderligere end at stille faciliteter til rådighed for sine brugere og er således ikke yderligere involveret i de krænkelse, der eventuelt foretages af brugerne. Der er ingen strafbestemmelser, der kriminaliserer formidlingen af information. Formidlerens ansvar skal derfor søges i reglerne om medvirken, som gennemgås dybere nedenfor.

4.2.2 Tilregnelser

Som gennemgået medfører legalitetsprincippet, at gerningsindholdet i strafdeliktet objektivt skal være opfyldt for, at der kan pålægges strafansvar.

Det er yderligere en betingelse, at forbrydelsen kan tilregnes gerningsmanden. Dansk ret opererer med flere grader af tilregnelser, fra simpel uagtsomhed⁵⁴ til forsæt⁵⁵.⁵⁶ Det subjektive krav om forsæt er opfyldt, hvis formidleren har positiv viden om den retstridige information. Hvor strafansvaret er uagtsomhed, er spørgsmålet, om formidleren havde burde viden om krænkelsen.

Udgangspunktet er, at strafdelikter i straffeloven kræver forsæt, medmindre andet er hjemlet, hvorimod delikter i særlovgivningen alene kræver uagtsomhed, medmindre andet er hjemlet, jf. STRL § 19. Grov uagtsom overtrædelse af ophavsretsloven kan f.eks. medføre straf, jf. OPHL §§ 76-78.

For medvirkensansvaret gælder, at tilregnelserkravet følger hoveddeliktet. Straffes en lovovertrædelse kun ved forsæt, kan der ligeledes kun straffes ved forsætlig medvirken. Tilsvarende gælder for uagtsomhed.

Tilregnelser skal foreligge på det tidspunkt, hvor den strafbare handling foretages.⁵⁷ Er gerningen ophørt, f.eks. ved at krænkende materiale er fjernet, opnår man ikke den fornødne tilregnelser ved senere at acceptere den krænkende handling, man kan med

⁵³ Jf. »omfatter alle«.

⁵⁴ Tilsidesættelse af den agtpågivenhed, som i almindelighed må kræves i den foreliggende situation.

⁵⁵ Man har forsæt, når man indser, at ens handling/undladelse med overvejende sandsynlighed vil føre til det strafbare resultat.

⁵⁶ Visse særlige overtrædelser er endog pålagt *objektivt* ansvar.

⁵⁷ Gorm Toftegaard Nielsen: Ansvar s. 89.

andre ord ikke få efterfølgende forsæt. Ved medvirken skal tilregnelsen foreligge før den forbryderiske handling er afsluttet.⁵⁸

4.2.3 Medvirken

Da formidleren ikke selv gør retsstridigt materiale tilgængeligt på sin hjemmeside, er spørgsmålet herefter formidlerens ansvar for medvirken til brugerens krænkelse.

Det har som sådan ikke den store praktiske betydning, om personen pålægges straf for den direkte overtrædelse eller efter det sekundære medvirkensansvar. Således diskuteres dette sjældent i den it-retlige teori, der blot lægger til grund, at formidlerens ansvar er et medvirkensansvar.

Mens det i det store hele kan tilsluttes, at formidlerens ansvar er et medvirkensansvar, må det dog bemærkes, at visse strafdelikter kan overtrædes direkte af formidleren. Dette gælder særligt såkaldte »tilstandsforbrydelser« og »undladelsesforbrydelser«, hvor forbrydelsen opretholdes over længere tid. Således er f.eks. *besiddelsen* af børneporno kriminaliseret ved STRL § 235, stk. 2.⁵⁹ Når børnepornoen er uploadet på formidlerens server, kan han siges rent objektivt at være i besiddelse heraf. Foretager formidleren sig intet efter at have opdaget det utugtige materiale, vil der være tale om et *direkte* ansvar for besiddelsen heraf, og ikke et *sekundært* medvirkensansvar.⁶⁰

Det har ikke været lovens mening at gennemføre en sondring mellem »gerningsmand« og »medvirkende«, og der anvendes da også som hovedregel samme strafferamme på dem alle. Dog er der indsat særlige strafnedsættelsesregler for medvirkende i STRL § 23, ligesom der kan være forskel på strafferammen ved forsætlig hhv. uagtsom overtrædelse. Domstolens direkte citering af § 23 er kun påkrævet, når den er benyttet som grundlag for strafnedsættelse eller -bortfald.⁶¹

Som nævnt skal enhver straffebestemmelse i lovgivningen som helhed, læses med den tilføjelse, at også den, som medvirker ved »tilskyndelse, råd eller dåd«, kan gøres ansvarlig, jf. STRL § 23, stk. 1.

Bestemmelsen omfatter først og fremmest formidlerens aktive medvirken til brugerens gerning. Man kan sige, at formidleren rent teknisk altid medvirker ved »dåd«, idet

⁵⁸ Knud Waaben: Strafferettens almindelige del s. 216 og Gorm Toftegaard Nielsen: Ansvaret s. 231 ff.. Sidstnævnte argumenterer indgående for forsigtighed med brugen af begrebet »tilstandsforbrydelse« i denne sammenhæng.

⁵⁹ Gorm Toftegaard Nielsen: Ansvaret s. 57 beskriver *besiddelse* som en undladelsesforbrydelse.

⁶⁰ Tilsvarende kan man diskutere om ikke formidleren objektivt opfylder gerningsindholdet af OPHL § 2, jf. § 76 om »tilgængeliggørelse for almenheden«, når en bruger af tjenesten uploader ophavsretligt beskyttet materiale til formidlerens server, og dette er tilgængeligt for andre.

⁶¹ Knud Waaben: Strafferettens almindelige del s. 212 ff..

krænkelsen ikke kunne finde sted, såfremt han ikke havde stillet sin server til rådighed. Situationen kan sammenlignes med udlejer af et lokale, hvorfra lejerer vælger at opmagasinere trykt børneporno. Udlejer kan ligesom formidler kun gøres ansvarlig ved »dåd«, såfremt han havde den fornødne tilregnelighed til retskrænkelsen, dvs. havde kendskab til krænkelsen.

Omvendt står det klart, at påvirker formidleren bevidst brugeren til at foretage krænkelsen, er dette omfattet. Situationen kan f.eks. være, at formidleren på sin hjemmeside vejleder brugeren til hvorledes ophavsretligt beskyttet musik kan findes eller digitaliseres og gøres tilgængeligt. Således udtalte landsretten i U 2005.60 V (DivXit)⁶², at det var

»ubetænkeligt at fastslå, at hjemmesiden havde til formål at *opfordre* til og medvirke til ulovlig kopiering og distribution af digitale filmværker og til ulovlig downloading af filmundertexter.«

Hvor der kan statueres aktiv medvirken, giver dette således ikke anledning til tvivl.

Formidlerens rolle er som udgangspunkt passiv og præget af høj grad af automatisering, og det er derfor relevant at behandle mulighederne for pålæggelse af ansvar ved passiv medvirken.

4.2.3.1 *Passivitet*

Kan der overhovedet pålægges ansvar ved passivitet eller undladelse, når der henses til legalitetsprincippet i § 1 omtalt ovenfor? Gerningsindholdet i langt de fleste straffebestemmelser opfyldes ved aktiv handlen, og det vil således som udgangspunkt være i strid med legalitetsprincippet at straffe den, der undlader at forhindre gerningens opfyldelse. Generelt kan siges, at undladelser er mindre strafværdige end handlinger. Det er dog klart, at også undladelser kan være strafværdige. Klare eksempler er tilfælde, hvor en person, efter aftale med en tyv, undlader at låse døren, eller hvor en person undlader at slukke brand anstiftet af en anden.

Den strafferetlige teori sonderer ofte mellem »ægte« og »uægte« undladelsesforbrydelser.⁶³

Ved »ægte undladelsesforbrydelser« forstås undladelser, som lovgiver direkte har beskrevet i straffebestemmelsernes gerningsindhold, eller med andre ord, hvor loven foreskriver borgerne en handlepligt. Kun de absolut alvorligste forbrydelser og ulykker har borgerne en strafsanktioneret pligt til at hjælpe med at undgå. F.eks. er det strafbart at undlade at hjælpe en person, der er i øjensynlig livsfare, jf. STRL § 253.

⁶² Sagen omhandlede dog erstatningsansvar.

⁶³ Gorm Toftegaard Nielsen: Ansvar s. 54 ff. og Knud Waaben: Strafferettens almindelige del s. 59 ff., der dog bruger udtrykkene »egentlige« og »uegentlige« undladelsesforbrydelser.

Der ses dog ikke at være nogen ægte undladelsesdelikter af relevans for formidlersansvaret.

De »uægte undladelsesforbrydelser« har ikke udtrykkelig hjemmel i loven. Hjemlen til idømmelse af straf for undladelser skal derfor findes ved fortolkning af de enkelte strafbestemmelser for at se, hvilke der også omfatter undladelser.⁶⁴ Det bemærkes, at Annette Nørby Møller-Sørensen: TfK 2005.282 anfører, at hjemlen for strafpålægning ved passiv medvirken skal findes ved fortolkning af STRL § 23, stk. 1.

Det er som udgangspunkt ikke strafbart at være tilskuer til en forbrydelse. Man kan sige, at man som tilskuer har forsæt, idet at man ved, hvad der foregår. Imidlertid skal også de objektive betingelser opfyldes, hvilket som udgangspunkt ikke er tilfældet ved passivitet. Som en almindelig retningslinie omfatter ansvaret for passivitet kun de personer, der har en særlig begrundet anledning til at handle aktivt i en situation.⁶⁵

Der kræves sådanne skærpede omstændigheder, at de kan siges at skabe en handlingsskadeligt for formidleren. Spørgsmålet er vanskeligt og præget af et betydeligt skønsmæssigt element. Det synes dog muligt at opstille nogle generelle betingelser for, at passiv medvirken pålægges ansvar.⁶⁶

1. Formidleren skal have en særlig tilknytning til den ulovlige aktivitet, gerningsmanden eller skadelidte.
2. Formidleren skal have viden eller burde viden om, at der er foretaget en krænkelse.
3. Formidleren skal faktisk have kunnet forhindre krænkelsen ved en aktiv handling.

I praksis har formidleren kontrollen over sin tjeneste og dermed mulighed for teknisk at fjerne informationerne eller blokere adgangen til dem, og betingelse 3 må præsumptivt anses for opfyldt.

Flere elementer peger i retning af en generel tæt tilknytning til de restriktive informationer. Allerede det forhold, at der er tale om en permanent oplagring hos formidleren, giver denne en særlig tilknytning til det oplagerede.⁶⁷ Hertil kommer, at der mellem

⁶⁴ Således en enig teori. Se bl.a. Gorm Toftegaard Nielsen: Ansvar s. 55, Knud Waaben: Strafferettens almindelige del s. 80 ff. og Annette Nørby Møller-Sørensen: TfK 2005.282.

⁶⁵ Knud Waaben: Strafferettens almindelige del s. 60 f.

⁶⁶ Bl.a. Mads Bryde Andersen: Ansvar for ulovlig informationsspredning på Internet og Ib Henricson: Juristen nr. 7, 1998, s. 268 ff..

⁶⁷ Således anfører Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 186 samt s. 221 note 8, at tilknytningskravet er opfyldt allerede ved, at den retsstridige handling foretages via formidlerens netværk eller server.

formidleren og den krænkende bruger foreligger et aftaleforhold. Dette kan være mere eller mindre eksplicit og står særligt klart, hvor brugeren direkte har accepteret en række vilkår for at kunne anvende tjenesten.

En sådan aftalemæssig forbindelse kan udgøre en tilstrækkelig tilknytning mellem den passive formidler og den aktivt skadevoldende bruger. Dette var tilfældet i U 1996.209 H (Annoncehæfte). Højesteret fandt, at udgiveren af annoncehæftet burde have foretaget et gennemsyn af annoncehæftet og derved burde have opdaget overtrædelse. Da han herefter ikke gjorde skridt til at forhindre overtrædelse, ansås dette som strafbart ved uagtsom passiv medvirken.

Tilbage står kravet om, at formidleren skal have viden eller burde viden om den foretagede krænkelse.

Efter EHL § 16, stk. 1, nr. 1, 1. led er formidleren strafferetligt ansvarsfri, hvis han ikke har kendskab til den ulovlige eller skadevoldende aktivitet eller information. Det kan diskuteres om bestemmelsen udelukker ansvar for (grov) uagtsomhed. Der synes enighed i teorien om, at formidleren kun kan pålægges strafansvar, hvis han har positiv viden om krænkelsen.⁶⁸ Således kan formidleren ikke straffes for uagtsomhed, hvorfor dette ikke behandles yderligere.

Da der efter EHL § 16 ikke kan straffes for uagtsomhed, er det herefter en forudsætning for strafansvar, at formidleren bliver positivt opmærksom på den aktuelle information og dennes retsstridighed. Dette vil give formidleren det nødvendige forsæt, hvorefter han vil kunne straffes for sin undladelse af at fjerne informationen fra serveren.

4.3 Det erstatningsretlige medvirkensansvar

For at pålægge en skadevolder et erstatningsansvar skal de almindelige betingelser for erstatning være opfyldt. Der skal således være et ansvarsgrundlag, lidt et økonomisk tab, være årsagsforbindelse og adækvans.

Erstatningsansvaret bygger som udgangspunkt på culpereglen, hvorefter man både ved uagtsom og forsætlig handlen kan blive ansvarlig. I modsætning til straffeansvaret, udelukker EHL § 16, stk. 1, nr. 1 ikke erstatningsansvar ved uagtsomhed. Tilføjelsen i nr. 1, 2. led vedrørende erstatningsansvaret tilsigter netop, at formidleren i denne forbindelse er underlagt culpereglen.⁶⁹

Culpabedømmelsen er en helhedsbedømmelse af, om formidlerens handling eller undladelse ved uagtsomhed har forårsaget skaden. De dominerende faktorer i bedømmelsen er handlingens ”farlighed”, skadeevne og formidlerens mulighed for at undgå

⁶⁸ Jan Trzaskowski m.fl.: 2008 s. 465, Kasper Heine m.fl.: 2002 s. 490 og Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 218 ff. hvor spørgsmålet diskuteres dybdegående.

⁶⁹ Jf. Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 220 f..

skaden. Mens bedømmelsen er svær, forekommer det indlysende, at formidleren ved anvendelse af fremgangsmåder, som giver betydeligt risiko for skadeforvoldelse, »læner sig op ad et culpaansvar«⁷⁰.

Som tidligere nævnt karakteriseres formidlerens rolle bedst som medvirken. I strafferetten er ansvaret for medvirken reguleret ved STRL § 23. Inden for erstatningsretten er der ikke en sådan central bestemmelse, som regulerer medvirkensansvaret. Det erstatningsretlige medvirkensansvar bygger i stedet på uskrevne retsgrundsætninger udviklet i retspraksis. Selvom der ikke er udviklet en tilsvarende fast teori og praksis, er principperne for medvirkensansvaret dog meget nær de strafferetlige principper.⁷¹ I erstatningsretten behandles medvirken dog ofte under termerne »solidarisk ansvar« eller »samvirken«.

For at der foreligger medvirken, skal formidleren selvstændigt overstræde en erstatningsregel. Dette kan være den almindelige culpaparegel eller en lovfæstet ansvarsregel. Som ved strafferetten vil dette typisk være en aktiv opfordring eller handling, som hjælper hovedskadevolderen. Et eksempel er U 2001.1572 V (MP3-sagen), hvor et par drenge, på deres hjemmeside, oprettede dybe links til andre hjemmesider indeholdende såkaldte mp3-filer med ophavsretligt beskyttet musik. Ved hjælp af de dybe links, kopierede hjemmesidens brugere musikken, vel at mærke uden ophavsmændenes samtykke. Landsretten udtalte, at

»begge de sagsøgte [har] *vidst*, at mange af de besøgende ville udnytte muligheden for at kopiere de musiknumre, som de via de sagsøgtes hjemmesider fik adgang til. ... De sagsøgte har således ved oprettelse af direkte links ... medvirket til den kopiering af beskyttede musiknumre, som besøgende på hjemmesiderne foretog, og derved *medvirket* til de overtrædelser af ophavsretslovens § 2, § 65 og § 66, som herved fandt sted.« (min fremhævelse)

Sagen, der både omhandlede straf- og erstatningsansvaret, illustrerer, at det strafferetlige og erstatningsretlige medvirkensansvar bygger på de samme tankemønstre og principper. I MP3-sagen var der tale om forsætlig overtrædelse af ophavsretsloven, idet de vidste kopiering ville finde sted. At de eventuelt var i en egentlig retsvildfarelse om lovligheden af hjemmesiden kunne ikke udelukke forsæt.

⁷⁰ Bo von Eyben og Helle Isager: 2009 s. 85
Se i øvrigt nærværende afsnit 5.2.3.

⁷¹ Jf. bl.a. Kasper Heine m.fl.: 2002 s. 482, Mads Bryde Andersen: 2005 s. 731 og Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 187.

4.3.1 Passiv medvirken

Udgangspunktet indenfor erstatningsretten er, tilsvarende strafferetten, at man ikke ifalder ansvar for sine undladelser. Dette udgangspunkt kan dog kun fastholdes, når der er tale om egentlige undladelser, hvor der ikke er nogen forudgående forbindelse til den skadevoldende situation.⁷² I tilfælde hvor der er en lovbestemt handlepligt, eller hvor man har deltaget i etableringen af en farlig situation, kan man uden tvivl ifalde ansvar for sine undladelser.⁷³

Kravene for etableringen af en handlepligt er identiske med de strafferetlige krav for ditto. For pålæggelse af en handlepligt må der således stilles krav om en særlig tilknytning til skadevolderen, den skadevoldende aktivitet eller skadelidte. Formidleren skal have kendskab eller burde kendskab til informationen og dennes retsstridighed. Endeligt skal formidleren have haft mulighed for at forhindre skaden.

I forhold til formidleren er den primære forskel, at erstatningsansvaret kan pålægges efter en culpanorm og således ved uagtsomhed.

4.4 Sammenfatning

Udgangspunktet i både straffe- og erstatningsretten er, at kun den aktive medvirken omfattes. Formidleren kan dog også ifalde ansvar ved passivitet, hvis nærmere betingelser er opfyldt. Således skal formidleren have en særlig tilknytning til de retsstridige informationer, dels være klar over, at der er foretaget en krænkelse, og endeligt have mulighed for at forhindre krænkelsen ved en aktiv handling.

Formidleren vil allerede i kraft af oplagringen have den fornødne tilknytning til informationerne, ligesom han har teknisk mulighed for at forhindre krænkelsen. Afgørende bliver herefter, hvorvidt han har viden om krænkelsen.

I praksis vil formidleren kunne ifalde ansvar under følgende situationer:

- Ved selv at lægge retsstridig information tilgængeligt på sin tjeneste. I denne situation er formidleren ikke bare formidler, men indholdsleverandør med fuldt ansvar for egne handlinger.
- Hvor formidleren har positivt kendskab til de retsstridige informationer og deres retsstridighed, kan han ifalde såvel straffe- og erstatningsansvar.
- Hvor formidleren har burde kendskab til de retsstridige informationer og deres retsstridighed, kan han ifalde erstatningsansvar.

⁷² Se Bo von Eyben og Helle Isager: 2009 s. 45 f..

⁷³ F.eks. hvor en håndværker i forbindelse med sit arbejde har lavet et hul i gulvet, men undlader at afdække det, hvorefter 3. mand falder gennem hullet med personskade til følge. Håndværkeren vil kunne ifalde erstatningsansvar efter culpanormen for sin undladelse af at sikre hullet.

I erstatningsretlig henseende er kendskabet et spørgsmål om culpa. Culpabedømmelsen er en helhedsbedømmelse, hvor jo tættere tilknytning formidleren har til materialet, desto mere læner han sig op af culpaansvarets burde viden.

5 Kendskab og overvågningsforpligtelse

Hvorvidt formidleren kan pålægges ansvar, er et spørgsmål om, hvorvidt han har en handlepligt i den enkelte situation. Det kendetegner både de almindelige medvirkningsregler og e-handelslovens ansvarsfrihedsregler, at jo større tilknytning formidleren har til de retsstridige informationer, desto større risiko har denne for at ifalde ansvar. E-handelslovens ansvarsfrihedsregler er i vidt omfang i overensstemmelse med de almindelige regler, men det kan ikke udelukkes, at ansvarsfrihedsreglerne har et selvstændigt område herudover.⁷⁴

Efter e-handelslovens § 16, stk. 1, nr. 1 kan formidleren kun gøres ansvarlig for de retsstridige informationer, som brugerne har uploadet, hvis han kan siges at have kendskab til dem. I den forbindelse skal man som nævnt være opmærksom på, at der sondres mellem strafansvaret og det erstatningsretlige ansvar. Det antages, at formidleren skal have positiv viden (»kendskab«⁷⁵) om den krænkende information, for at man kan pålægge ham strafansvar, jf. bestemmelsens 1. led. Efter 2. led nyder formidleren dog ikke dette ansvarsprivilegium for erstatningsansvar, såfremt hans kendskab skyldes uagtsomhed. Erstatningsansvaret kan således pålægges, hvis formidleren *burde vide* om de retsstridige informationer.

Den i EHL § 16, stk. 1, nr. 2 angivne handlepligt⁷⁶ aktualiseres, når formidleren får et kendskab som netop beskrevet. Det grundlæggende spørgsmål er således, hvornår formidleren kan siges at have et sådan kendskab, eller med andre ord grænsen mellem formidlerens »gode« og »onde« tro.

Dansk retspraksis har kun i meget begrænset omfang taget stilling til forholdene omkring formidlerens ansvar for krænkelse begået af brugerne. Der vil derfor i gennemgangen blive inddraget udenlandsk retspraksis. E-handelslovens ansvarsfrihedsregler er baseret på et eu-direktiv. Et af formålene med e-handelsdirektivet er at sikre den fri bevægelighed ved en harmoniseret ramme for ansvarsfrihedsreglerne. Mange medlemsstater har gennemført ansvarsfrihedsreglerne næsten ordret⁷⁷ ligesom Danmark.

⁷⁴ Lovbemærkningerne afsnit C.12.2.1.3.b.

⁷⁵ Det bemærkes at EHL § 16, stk. 1 anvender udtrykket »kendskab«, i stedet for som i EHD art. 14 »konkret kendskab« hhv. »kendskab«, da der med direktivets formulering på dette punkt ikke kunne antages at være tilsigtet en realitetsforskel, jf. bemærkningerne til bestemmelsen.

⁷⁶ Handpligtens indhold og problemstillinger behandles nedenfor under afsnit 6.

⁷⁷ KOM(2003)-702: Første rapport om anvendelsen af e-handelsdirektivet afsnit 4.6

Retspraksis fra det øvrige EU kan derfor inddrages med betydelig vægt. Det må naturligvis holdes for øje, at hver medlemsstat kan have egne retstraditioner, der kan være forskellige fra dansk ret.

E-handelsdirektivet er udarbejdet under stærk inspiration fra den amerikanske DMCA, og hvor det findes relevant vil der blive draget paralleller dertil.

5.1 Overvågningsforbud/-forpligtelse

Hvorvidt formidleren har *burde viden* hænger sammen med, i hvilket omfang han har pligt til at overvåge sin tjeneste. Et eventuelt ansvar vil ofte forudsætte, at formidleren har tilsidesat en sådan overvågningsforpligtelse.

Er formidleren pålagt en overvågningsforpligtelse, indskærpes herved formidlerens *burde viden*. Således *burde* han som udgangspunkt have kendskab til samtlige krænkelse, som overvågningspligten vedrører. Oversidder formidleren sin overvågningsforpligtelse, kan han dermed gøres erstatningsansvarlig for sin uagtsomhed.

I forhold til strafansvaret må formidleren fortsat kunne påberåbe sig ansvarsfrihed, idet der hertil kræves positiv viden om krænkelsen. Det kan næppe antages, at en konkret overvågningsforpligtelse kan lempe kravet om forsæt.⁷⁸

5.1.1 Forbuddet mod en *generel* overvågningspligt

Ved en generel overvågning må forstås, at formidleren holder øje og fører kontrol med samtlige informationer, der gøres tilgængeligt af brugeren med henblik på at identificere retsstridigt materiale.

Hvis formidlere på internettet kunne pålægges en pligt til at overvåge alt information, som transmitteres gennem deres netværk eller lagres på deres tjenester, ville det medføre betydelige omkostninger for formidleren, ligesom det retligt kan være betænkeligt.

Pålægges formidleren en generel overvågningsforpligtelse, vil det juridisk set betyde, at formidleren som minimum altid har *burde viden* om de oplagrede informationer. Konsekvensen er, at han for at være ansvarsfri straks skal tage skridt til at fjerne eller hindre adgangen til de retsstridige informationer, jf. EHL § 16, stk. 1, nr. 2. Dette vil for det første betyde, at kendskabsbetingelsen i nr. 1 ville være illusorisk, i hvert fald for erstatningsansvar. For det andet ville det pålægge formidleren opgaven at vurdere om et givet materiale er retsstridigt, en opgave, som normalt tilkommer domstolene. Formidleren risikerer derved at foretage retligt forkerte blokeringer og/eller filtreringer, hvilket efter omstændighederne kan være misligholdelse af kontrakten med brugere eller eventuelt være i strid med informations- og ytringsfriheden.

⁷⁸ I samme retning Kasper Heine m.fl.: 2002 s. 496 og 498 f..

Teknisk betyder en overvågningspligt, at formidleren må anskaffe sig udstyr til gennemøgning, ligesom han må afsætte ressourcer til en eventuel manuel gennemgang. Mens teknologi hastigt udvikler sig, og nye metoder til identifikation af retsstridige informationer kommer frem, så udvikles også metoderne til at omgå sådanne foranstaltninger. Dette er et kapløb, hvor formidleren konsekvent vil være bagud. Der vil altså (formentlig) aldrig kunne gives fuld sikkerhed ved en teknisk foranstaltning. Her-til kommer, at der kan være tale om enorme mængder data, alt efter tjenestens karakter og popularitet.⁷⁹

Hvis formidlerne kunne pålægges at overvåge alt indhold, der formidles gennem deres net eller oplagres på deres servere, ville det medføre en uforholdsmæssig stor byrde for formidlerne og resultere i højere priser for brugerne for at få adgang til de grundlæggende tjenester. I sidste ende ville det hæmme udviklingen og udbredelsen af hostingtjenester.

Netop udviklingen, udbredelsen og den fri bevægelighed for informationssamfundstjenester er formålet med e-handelsdirektivet⁸⁰. E-handelsdirektivets bestemmer i art. 15, med hensyn til aktiviteterne i art. 12-14 (EHL §§ 14-16), at medlemsstaterne ikke må pålægge internettjenesteformidlere en generel forpligtelse til at overvåge den information, som de fremsender eller oplagrer, eller til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed.

Da gældende dansk ret var i overensstemmelse med art. 15, stk. 1, fandtes der ikke behov for at implementere en dansk regel svarende til denne direktivbestemmelse.⁸¹ Ligeledes er reglen ikke implementeret i Storbritanniens »the Electronic Commerce Regulations 2002«. E-handelsdirektivets art. 15 er dog implementeret i fransk⁸² og tysk ret⁸³.

Forbuddet i art. 15 omfatter såvel lovgiver som domstolene. Det er således heller ikke muligt for domstolene, i enkelttilfælde, at pålægge en konkret formidler en generel pligt til at overvåge sin tjeneste for fremtiden.

Forbuddet i art. 15 forhindrer ikke formidleren i, på eget initiativ, at indføre tekniske

⁷⁹ F.eks. uploades mere end 24 timers video til YouTube.com hvert minut, jf. <http://youtube-global.blogspot.com/2010/03/oops-pow-surprise24-hours-of-video-all.html>. Dette har også været et vigtigt argument i den amerikanske sag mellem Viacom og YouTube.

Sagen er netop afgjort til fordel for YouTube og kan læses her:

<http://www.scribd.com/doc/33473478/10-06-23google-Viacom-Order>

⁸⁰ Se bl.a. EHD betragtning 1-8.

⁸¹ Lovbemærkningerne afsnit C.12.2.3.

⁸² Article 6-I-7 de la »Loi pour la confiance dans l'économie numérique« (LCEN)

⁸³ § 7, stk. 2 »Telemediengesetz« (TMG)

eller personlige overvågningsmekanismer.⁸⁴ Således fremgår det af EHD betragtning 40, at »ansvarsfrihedsreglerne ... ikke [bør] være til hinder for, at de forskellige berørte parter udvikler og faktisk gennemfører tekniske beskyttelses- og identifikations-systemer samt tekniske overvågningsinstrumenter, som er muliggjort af den digitale teknik«.

Der er med andre ord ikke tale om et overvågningsforbud for formidlere, men om et forbud mod at lokale lovgivere og domstole pålægger pligt til overvågning.

5.1.2 Pålæggelse af en *konkret* overvågningspligt

Da en formidler ikke kan pålægges nogen *generel* overvågningsforpligtelse over indholdet af sin tjeneste, er spørgsmålet herefter, om han kan pålægges en *konkret* overvågningsforpligtelse. En konkret overvågningsforpligtelse kan f.eks. være at overvåge sin tjeneste for informationer, som formidleren tidligere konkret er blevet pålagt at fjerne, eller der kan være tale om overvågning af en bestemt »tråd« i et forum, hvis denne eksempelvis har været særligt brugt til krænkelse. Som det vil ses af retspraksis nedenfor, er grænsen mellem generel og konkret overvågning uafklaret.

Efter ordlyden af EHD art. 15 er der kun forbud mod den generelle overvågningsforpligtelse, mens der modsætningsvist godt kan pålægges en konkret overvågningsforpligtelse. Dette understøttes af EHD betragtning 47, hvoraf det fremgår, at det *kun* er i forbindelse med generelle forpligtelser, at medlemsstaterne ikke kan pålægge formidlere overvågningsforpligtelser. Endvidere berører direktivet, jf. betragtning 48, ikke muligheden for at pålægge formidlere, som oplagrer oplysninger fremsendt af en bruger, »pligt til en sådan agtpågivenhed, som med *rimelighed* kan forventes af dem, og som der er fastsat bestemmelser om i den nationale lovgivning, med henblik på at afsløre og forhindre visse former for ulovlige aktiviteter«⁸⁵.

Ligeledes anfører både direktivets forarbejder⁸⁶ og den første rapport om dets anvendelse⁸⁷, at en overvågningspligt kan indføres i konkrete situationer.

Der er således ikke tvivl om, at en konkret overvågningsforpligtelse kan pålægges formidleren.⁸⁸ Spørgsmålet er dog, hvor grænsen går fra en ikke lovlig generel overvågningspligt til en konkret overvågningspligt inden for rammerne af direktivet.

⁸⁴ I samme retning Just Balstad: 2002 s. 73.

⁸⁵ Min fremhævelse.

⁸⁶ KOM(1998)-586: Forslag til e-handelsdirektivet s. 32

⁸⁷ KOM(2003)-702: Første rapport om anvendelsen af e-handelsdirektivet s. 15

⁸⁸ Således også en enig dansk teori, der dog kun i yderst begrænset omfang beskæftiger sig nærmere med grænsen for denne pligt.

KOM(2003)-702: Første rapport om anvendelsen af e-handelsdirektivet s. 15 anfører som fortolkningsbidrag, at art. 15 »ikke [forhindrer] de offentlige myndigheder i medlemsstaterne i at indføre et overvågningskrav i *specifikke og klart definerede enkeltsager*«⁸⁹.

Sammen med fortolkningsbidragene fra betragtning 47 og 48 må retsstilling for art. 15 kunne opsummeres til, at 1) formidleren kan pålægges en konkret overvågningsforpligtelse 2) i specifikke og klart definerede enkeltsager, 3) i det omfang det med rimelighed kan forventes af ham.

Opsummeringen giver en smule øget klarhed, men overlader rigeligt af problemstillinger til domstolene.

5.1.3 Retspraksis

Mens der ikke ses nogen dansk retspraksis, som har taget stilling til den nærmere afgrænsning, har flere udenlandske domme på forskellig vis taget stilling til pålæggelsen af en overvågningsforpligtelse.

SABAM vs. Scarlet - Belgien

Således tog de Belgiske domstole stilling hertil i den noget omstridte sag mellem SABAM og Scarlet (tidligere Tiscali)⁹⁰. Sagen omhandlede egentlig Scarlets ansvar ved ren videreformidling, reguleret ved den belgiske pendant til EHL § 14. SABAM er en belgisk rettighedsorganisation, hvis medlemmers ophavsrettigheder til musik blev krænket ved brug af »peer-to-peer«⁹¹ software, hvis trafik der transmitteredes gennem Scarlets netværk. SABAM nedlagde bl.a. påstand om, at retten skulle pålægge Scarlet at umuliggøre al form for peer-to-peer transmission af ophavsretligt beskyttet materiale mellem sine kunder. Den belgiske domstol gav SABAM medhold og pålagde Scarlet at indføre en filtreringsmekanisme, der kunne sikre, at det ikke var muligt for Scarlets kunder at foretage ulovlig fildeling af musik. Pålægget blev givet generelt, og ikke kun for konkrete eller gentagne krænkelser. Dette synes i modstrid med EHD art. 15. Hertil anførte retten, at den tekniske løsning ikke krævede, at Scarlet foretog en general overvågning, men at løsningen var afgrænset til at blokere og filtrere bestemt information i netværket, nemlig alle ophavsretskrænkende informationer ved peer-to-peer teknologi.

⁸⁹ Min fremhævelse.

⁹⁰ Court of Brussels, No. 04/8975/A, afsagt d. 29. juni 2007.

⁹¹ »Peer-to-peer« er en teknologi, hvor brugere på internettet kan dele information ved at forbinde direkte med hinanden, uden at kommunikationen går via en central server. Teknologien er blevet kendt i forbindelse med ophavsretlige krænkelser, men anvendes i høj grad til legitime formål, f.eks. anvendes teknologien af Skype og BBC.

Dommen er meget vidtgående, og rigtigheden yderst tvivlsom. Dommen er appelleret.

Zadig vs. Google - Frankrig

I den franske sag⁹² mellem produktionsselskabet Zadig og Google Video, var en dokumentarudsendelse kaldet »Les enfants perdus de tranquility Bay« gjort tilgængeligt på Google's videotjeneste uden tilladelse. Google havde i overensstemmelse med ansvarsfrihedsreglerne, fjernet videoen straks efter at have modtaget anmeldelsen herom. Dokumentaren var snart atter gjort tilgængelig på tjenesten, og Zadig anlagde sag mod Google med påstand om erstatning. Retten fandt, at Google var ansvarsfri med hensyn til den første tilgængeliggørelse. Da Google allerede var bekendt med den retsstridige karakter af materialet, var de forpligtet til at tage alle nødvendige skridt for at forhindre, at det pågældende materiale blev gjort tilgængeligt igen. Google havde efter rettens mening ikke implementeret sådanne tiltag, da teknikken netop havde vist sig utilstrækkelig. Således kunne Google ikke nyde ansvarsfrihed efter LCEN 6-1-2 (EHL § 16).

ROLEX vs. eBay - Tyskland

De tyske domstole har ved flere lejligheder ligeledes antaget, at der kan pålægges hosting-formidleren en konkret overvågningforpligtelse for kendte krænkelser. I sagen mellem ROLEX og eBay⁹³ slog den tyske Højesteret (Bundesgerichtshof) fast, at der ikke kunne pålægges eBay en generel overvågningsforpligtelse, men at eBay konkret (så vidt muligt) skulle forhindre tilsvarende fremtidige krænkelser. Sagen omhandlede nogle Rolex-eftertiligninger, som var sat til salg via eBays tjeneste. Salget var i strid med de tyske markedsføringsregler, og spørgsmålet var herefter eBays ansvar.

Auktionerne bar præg af at være let gennemskuelige således, at prisen på urene lå langt under hvad ægte Rolex-ure blev solgt for, ligesom enkelte auktioner direkte i teksten angav at være efterligninger.

Mens der ikke kunne pålægges eBay en generel overvågningsforpligtelse, hvor ethvert af brugernes tilbud skulle efterprøves for retskrænkelser, anså retten det for betænkeligt, at eBay var deltagende i salg af »Piraterieware«. Under disse omstændigheder kunne hensynet til en gnidningsfri afvikling af forretningen ikke tillægges afgørende vægt.

»Wird einem Diensteanbieter ein Fall einer Markenverletzung bekannt, muss er nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich sperren, sondern auch *technisch mögliche* und *zumutbare* Massnahmen ergreifen, um Vorsorge dafür zu treffen,

⁹² Tribunal de grande instance de Paris, afsagt d. 19. oktober 2007

⁹³ Sag nr. I ZR 304/01 (Internet-Versteigerung I), afsagt 11. marts 2004.

dass es nicht zu weiteren entsprechenden Markenverletzungen kommt.« (min fremhævning)

Retten pålagde formidleren ikke kun at fjerne den konkrete auktion men også at oprette mekanismer, som kunne detektere fremtidige lignende krænkelse, dog kun i det omfang dette var teknisk muligt og rimeligt.

Sagen blev fulgt op ved Bundesgerichtshof⁹⁴ nogle år senere, hvor der påny var nedlagt sag om fagedforbud mod eBay. Den tyske Højesteret fik her anledning til at præcisere præmisserne for overvågningspligten yderligere. Således udtrykte retten, at formidleren ikke kunne pålægges en urimelig overvågningspligt, som ville bringe hele forretningsmodellen i fare. Det blev pålagt eBay, at indføre søgefunktionalitet, hvor mistænkelige informationer kunne opspores. Det gik ud over rimeligheden, at eBay skulle finde krænkelse, som ikke kunne findes med systemet, og formidleren er ikke ansvarlig for krænkelse, som den foretrukne filtrering ikke kan finde:

»Die Grenze des Zumutbaren ist dabei jedenfalls dann erreicht, wenn keine Merkmale vorhanden sind, die sich zur Eingabe in ein Suchsystem eignen. ... Für Markenverletzungen, die sie in einem vorgezogenen Filterverfahren nicht erkennen können, träfe sie kein Verschulden.«⁹⁵

RapidShare - Tyskland

Tysk retspraksis er rig på afgørelser, som pålægger formidleren konkrete overvågningspligter og Højesterets afgørelse er siden fuldt op ved flere lejligheder, hvor både byretter (Landesgericht) og landsretter (Oberlandesgericht) har pålagt bl.a. RapidShare en mere eller mindre konkret overvågningsforpligtelse for fremtiden.

Tysk retspraksis rummer en del sager vedrørende RapidShare⁹⁶, hvilket bl.a. skyldes virksomhedens hovedsæde i landet. Sagerne bærer præg af at være meget konkrete, og domstolene er gået meget konkret ind i, hvilke tiltag tjenesten skal gøre for at undgå ansvar. Her skal blot nævnes et par eksempler for illustration.

F.eks. foreslog byretten⁹⁷ RapidShare at registrere alle brugere således, at den reelle krænkelse kunne identificeres. MD5-filtre blev afvist som værende utilstrækkelige.

RapidShare fører ikke selv lister over deres indhold, men sådanne lister føres af andre internettjenester. RapidShare er ved landsretten i Köln⁹⁸ bl.a. blevet pålagt at

⁹⁴ ROLEX vs. eBay, sag nr. I ZR 35/04 (Internet-Versteigerung II), afsagt 19. april 2007.

⁹⁵ Se præmis 47.

⁹⁶ RapidShare er en fildelingstjeneste, hvor brugerne kan uploade vilkårlige filer, hvorefter filen køres tilgængeligt via en unik url. Kun den der har den korrekte url kan hente filen. Mod betaling kan man få en hurtigere adgang til tjenesten.

⁹⁷ LG Düsseldorf, sag nr. 12 O 246/07

⁹⁸ OLG Köln, sag nr. 6 U 100/07.

gennemse kendte indekstjenester for deres henvisninger til krænkende materiale på RapidShare. Dette har landsretten i Düsseldorf⁹⁹ dog afvist, ligesom en række andre filtre blev afvist som urimelige og iøvrigt uvirksomme, og RapidShare blev i sidste ende frikendt.

Landsretten i Hamburg¹⁰⁰ er kommet til den konklusion, at RapidShare ganske enkelt ikke er beskyttelsesværdig.

Således synes der at være en del forvirring hos de tyske landsretter om spørgsmålet RapidShare.

Spørgsmålet til EF-domstolen

Den engelske sag¹⁰¹ mellem L'Oréal og eBay omhandlede nogle auktioner på eBay, hvor brugerne solgte ulovligt importerede L'Oréal produkter. Blandt flere argumenter¹⁰² anførte L'Oréal, at eBay havde kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den skadevoldende aktivitet eller information fremgik. Dette blev baseret på et brev afsendt af L'Oréal, hvor eBay blev gjort opmærksom på problemerne og givet eksempler og beviser på krænkelse. Det blev herefter anført, at eBay skulle have taget skridt til at forhindre eller i hvert begrænse de krænkende aktivitet. Dette mentes naturligvis ikke, at være i strid med overvågningsforbuddet.

Dommeren angav at være tilhænger af L'Oréals argumenter, men at fortolkningen af EHD art. 14 (EHL § 16) ikke er en *acte clair*¹⁰³. Domstolen valgte derfor at bringe et præjudicielt spørgsmål for EF-domstolen.

Spørgsmålet til EF-domstolen findes i sag C-324/09¹⁰⁴

»Udgør det ”konkret kendskab” eller ”kendskab” i den forstand, hvori udtrykkene er anvendt i artikel 14, stk. 1, i direktivet om elektronisk handel, når operatøren af online markedspladsen har kendskab til, at der reklameres for varer, og at disse udbydes til salg og sælges på operatørens hjemmeside under krænkelse af registrerede varemærker, og at krænkelse af sådanne registrerede varemærker fortsat vil ske, mens der reklameres, udbydes til salg samt sker faktisk salg af samme eller tilsvarende varer af samme eller af andre af hjemmesidens brugere?«. Pkt. 9(c)

5.1.4 Vurdering

Der hersker næppe tvivl om, at formidleren kan pålægges en konkret overvågningsforpligtelse. De få anførte domme illustrerer, at domstolene ved flere lejligheder har

⁹⁹ OLG Düsseldorf, sag nr. I-20 U 166/09

¹⁰⁰ OLG Hamburg, sag nr. 5 U 111/08

¹⁰¹ High Court of Justice, [2009] EWHC 1094 (Ch) afsagt d. 22. maj 2009.

¹⁰² Se dommens præmis 436-439.

¹⁰³ Retsprincip fra EF-Domstolen. Nationale domstole skal forelægge fortolkningen af eu-retten for EF-domstolen, når retsstillingen på området ikke forekommer tilstrækkelig klar.

¹⁰⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:267:0040:0041:DA:PDF>

pålagt formidlere en pligt til at sikre, at lignende krænkelse ikke påny kan forekomme. Nogle domstole er endda villige til at gå helt tæt på den generelle overvågningsforpligtelse.

Der kan argumenteres for, at byrden for at forhindre retskrænkelser ikke alene skal pålægges rettighedshaveren. Kan formidleren ikke tilpligtes nogen form for overvågning af tjenesten, men blot afvente en ny anmeldelse, vil dette placere hele byrden på rettighedshaveren, og blot være en virkningsløs proces, som fortsætter ud i det uendelige. Hertil kommer, at det er formidleren, som gør tjenesten tilgængelig og vælger brugernes muligheder, ligesom formidleren oftest har en økonomisk gevinst, da populært indhold øger eksponeringen af bannerreklamer m.m.. Det virker således fair, at formidleren pålægges at tage rimelige skridt til at forhindre samme krænkelse i fremtiden.

Omvendt er det klart, at meningen med direktivet netop er at give formidleren et frirum, ligesom overvågningsforbuddet skal respekteres.

Rettighedshavere forsøger til stadighed at gøre formidleren ansvarlig for gentagne krænkelse på baggrund af, at formidleren én gang er blevet bekendt med krænkelsen og derfor i det mindste har burde kendskab. Det fører undertiden til, at formidleren pålægges at indføre tekniske filtre. Selvom de tekniske filtre bliver bedre, må det erkendes, at de ikke er 100% effektive.¹⁰⁵ Hermed opstår der et problem i forhold til ytringsfriheden, da automatiske filtre risikerer at fjerne indhold som er fuldt lovligt. Særligt hvad angår debatfora, kan det være problematisk pr. automatik at fjerne brugernes tilkendegivelser.

De tyske højesteretsdomme anfører, at formidleren ikke kan pålægges videre forpligtelse end, hvad der er teknisk muligt, samt hvad der i øvrigt må anses for rimeligt.¹⁰⁶ Kriteriet synes at skabe en balance mellem rettighedshaverens interesser og den byrde, som kan pålægges formidleren. Kriteriet er i overensstemmelse med EHD betragtning 48, hvorefter formidleren kan pålægges den agtpågivenhed, som med rimelighed kan forventes.

Også øvrig tysk retspraksis anvender et rimelighedskriterie ved pålæggelsen af overvågningspligten.

¹⁰⁵ Således også KOM(2003)-702: Første rapport om anvendelsen af e-handelsdirektivet s. 15 med note 73.

¹⁰⁶ Konsekvensen af retsstillingen er, at eBay, ligesom mange andre, har indført højteknologiske filtre, for i videst muligt omfang at forhindre fremtidige krænkelse. Deri ligger tiltag til samarbejde med rettighedshavere for at skabe værktøjer, hvormed krænkelse let kan identificeres og anmeldes.

For gennemgang og erfaringer med filtreringen se Wolf Osthaus: GRUR Int. 2007.644.

De tyske domme kommer generelt med meget konkrete tiltag, som formidleren må tage, f.eks. oprettelse af filtre, indsamling af brugerdata eller gennemlæsning af kendte indekssider. Det kan næppe forventes, at en dansk domstol vil komme med så konkrete forslag til overvågningsforpligtelsen som de tyske. Det må derimod forventes, at en dansk domstol ligeledes vil læne sig op af et rimelighedskriterie.

Spørgsmålet om formidlerens kendskab til de retsstridige informationer må således påvirkes af, om han konkret er pålagt en rimelig overvågningspligt. Rimeligheden vurderes konkret for hver enkelt formidler.

Den meget adspredte og til tider (urimeligt?) vidtgående praksis tydeliggør, at området trænger til afklaring. Da formålet med direktivet er harmonisering, er det nødvendigt, at spørgsmålet om grænserne bringes for EF-domstolen. Om spørgsmålet i C-324/09 bringer fornøden klarhed må tiden vise, og man kan kun håbe.

5.2 Kendskab

Hvornår formidleren kan siges at have kendskab eller burde kendskab, er en konkret vurdering, som særligt skal ses i forhold til overvågningsforbuddet, herunder rimelighedsbetragtningerne.

Forskellige momenter har indflydelse på, hvornår formidleren må anses for at have kendskab hhv. burde kendskab. I det følgende er udvalgte momenter gennemgået.

5.2.1 Notifikation / anmeldelse

Formidleren vil normalt opnå kendskab til de retsstridige informationer på sin tjeneste ved, at den krænkede eller dennes repræsentant retter henvendelse til ham og anmelder de krænkende informationer. Dette rejser spørgsmålet om, hvilke krav der kan stilles til udformningen af anmeldelsen, for at formidleren har kendskab i lovens forstand. Er det tilstrækkeligt, at den krænkede indgiver en uspecificeret anmeldelse om, at »der findes krænkende information på din tjeneste«, eller krænkelsen angives mere specifikt?

Spørgsmålet er yderst praktisk relevant, men der er ikke i hverken direktivet, e-handelsloven eller forarbejderne taget stilling til de indholdsmæssige krav for en sådan henvendelse. Derimod tilskynder både direktiv og de danske forarbejder til udarbejdelse af adfærdskodeks, hvori sådanne forhold eventuelt kan reguleres. Der er endnu ikke udarbejdet relevante adfærdskodeks for formidlere af sociale tjenester.

Både fransk og finsk ret har adresseret problemet og regulerer, hvad en anmeldelse skal indeholde. I fransk ret er der en formodning for, at formidleren har kendskab til det ulovlige materiale, når han har modtaget en henvendelse med et i loven nærme-

re angivet indhold.¹⁰⁷ Den finske e-handelslov¹⁰⁸ indeholder regler om anmeldelsens form og indhold. Således skal en henvendelse om ophavsretligt beskyttet indhold indeholde oplysninger om det krænkende materiale samt præcisere, hvor dette findes, jf. 22 §, nr. 2 jf. 15 §. Det skal ligeledes præciseres, at indholdet er retsstridigt, og at det er anmelderen, som har ophavsretten til indholdet, jf. nr. 3 og 5. Anmelderen indestår for oplysningernes rigtighed.¹⁰⁹ I finsk ret er en uspecificeret anmeldelse således ikke tilstrækkelig.

Den klart specificerede anmeldelse, som opfylder kravene i den finske e-handelslov, vil næppe give anledning til tvivl om formidlerens kendskab efter dansk ret. Mens den finske præcisering giver en vis formodning om, at tilsvarende krav vil gælde i Danmark, er dette langt fra sikkert.

Antages den fuldstændigt uspecificerede anmeldelse - hvor formidleren blot gøres opmærksom på, at han hoster retsstridigt materiale - at medføre at formidleren får kendskab i EHL § 16, stk. 1, nr. 1's forstand, betyder det for formidleren, at han derefter straks skal fjerne eller hindre adgangen til informationerne for at bevare sin ansvarsfrihed, jf. nr. 2. Dermed bliver formidleren i praksis nødt til at gennemsøge alt indhold på sin tjeneste, med henblik på at finde og identificere de påståede retsstridige informationer. Alt efter mængden af oplageret data, vil dette være et overordentligt resourcekrævende arbejde, som kan grænse til det umulige. Fremsendelsen af upræcise anmeldelser vil desuden kunne udnyttes af konkurrenterne til at lamme tjenesten, mens formidleren måtte undersøge sin tjeneste nærmere for det påståede indhold.¹¹⁰

Idet formidleren dermed skal gennemsøge sin tjeneste generelt for en ubestemt krænkelse, vil dette gøre overvågningsforbuddet i EHD art. 15 illusorisk eller endog være i direkte modstrid.¹¹¹

Formålet med ansvarsfrihedsreglerne er at fremme udbredelsen og den fri bevægelighed af internettjenester. Både formålet med ansvarsfrihedsreglerne samt overvågningsforbuddet synes at fortabes, såfremt formidleren kan gøres ansvarlig blot ved en uspecificeret henvendelse.

¹⁰⁷ Ruth Nielsen: 2004 s. 290 og Francisco Javier Cabrera Blázquez: IRIS Plus 2008 afsnit 3.1.1.2.

¹⁰⁸ Lag om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster 5.6.2002/458

¹⁰⁹ De finske regler er stærkt inspireret af den amerikanske DMCA.

¹¹⁰ En undersøgelse af anmeldelser efter den amerikanske DMCA har vist, at langt størstedelen af henvendelser ikke lever op til kravene for en anmeldelse, og at et betydeligt antal henvendelser har karakter af *chikane* fra en konkurrent. Se Jennifer Urban og Laura Quilter: Efficient Process or "Chilling Effects"? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act - Summary report.

¹¹¹ Der kan dog muligvis argumenteres for at formidlerens undersøgelse er konkret, forstået således at den henføres til en konkret sag. Se hertil Just Balstad: 2002 s. 66 f..

En uspecificeret anmeldelse bibringer altså hverken kendskab eller burde kendskab til de retsstridige informationer.¹¹² Uspecificerede anmeldelser kan, i hvert fald i strafferetlig henseende, ikke statuere kendskab.¹¹³ For at der kan være tale om positiv viden, må anmeldelsen være klar og specifikt angive, hvilke informationer der er krænkende samt præcist angive, hvor de kan findes. Mere uklart er, hvor specifik anmeldelsen skal være, for at formidleren får burde kendskab.

Det kan formentlig sluttes, at formidleren har kendskab i lovens forstand, såfremt oplysningerne er tilstrækkelige til, at formidleren *let* kan identificere de retstridige informationer. Formidleren er ikke forpligtet til at gennemsnøge tjenesten nærmere end hvad der med rimelighed kan forventes af ham, smh. betragtning 48.

Anmeldelsen skal altså være konkret og bør så præcist som muligt angive, hvilke informationer der menes at krænke dennes rettigheder, f.eks. ved direkte angivelse af URL-adressen på den påståede krænkelse. Har anmeldelsen ikke den fornødne klarhed, kan formidleren blot undlade at reagere herpå. Vælger formidleren ikke at reagere på anmeldelsen, bærer han standpunktsrisikoen herfor.

Retstilstanden er noget uklar forstået således, at hverken anmelder eller formidler præcist kan vide, hvilke oplysninger der skal til før handlepligten indtræder. Det savnes, at lovgiver tager konkret stilling til, hvilke informationer en anmeldelse skal indeholde.

5.2.2 Formidlerens gennemsyn af tjenesten

Foretager formidleren faktisk et gennemsyn af tjenesten, det være sig på baggrund af en anmeldelse eller blot af interesse for sin tjeneste, opstår spørgsmålet, om han herved opnår kendskab til de oplagrede informationer.

Spørgsmålet må besvares under hensyn til rimelighedsprincippet i betragtning 48. Det er således afgørende, hvad der med rimelighed kan forventes af formidleren.

Problemet belyses i afgørelsen U 1996.209 H (Annoncehæftet), hvor Højesteret idømte udgiveren af et annoncehæfte ansvar for medvirken til en annoncørs reklamering med ulovlig tilgift og udtaler, at

»det herved [er] afgørende, om tiltalte ved et *umiddelbart gennemsyn* af annoncerne - et gennemsyn, som det naturligt må påhvile en udgiver af et annoncehæfte at foretage som en rutine - burde have indset, at der i de pågældende annoncer *utvivlsomt* reklameredes med ulovlig tilgift« (min fremhævning)

Dommen omhandlede et trykt (ikke-digitalt) annoncehæfte og må derfor anvendes med forsigtighed i nærværende kontekst. Mens det efter dommen, naturligt må påhvile en

¹¹² Ligeledes Kasper Heine m.fl.: 2002 s. 494 f.

¹¹³ Just Balstad: 2002 s. 67

udgiver af et annoncehæfte at foretage et gennemsyn af hæftet, kan det samme ikke gøres gældende for internettjenester. Et pligtmæssigt gennemsyn afskæres af overvågningsforbuddet i art. 15. Formidleren kan altså ikke gøres objektivt ansvarlig for åbenlyse krænkelser.

Ikke desto mindre giver dommen et fingerpeg om, hvad der må forventes af formidleren ved et umiddelbart gennemsyn af tjenesten. Er der åbentlyst og utvivlsomt tale om krænkelser, er det ubetænkeligt at fastslå, at formidleren får kendskab hertil - også ved et umotiveret gennemsyn.

Hverken de danske regler eller direktivet tager stilling til, hvilken prøvelse der må kunne pålægges formidleren i denne situation. I den finske implementering af e-handelsdirektivet præciseres formidlerens ansvar til kun at omfatte åbenlyse krænkelser.¹¹⁴ Finsk ret er således i overensstemmelse med den danske dom.

Den danske e-handelslov indeholder dog ikke en sådan præcisering. Her må sondringen mellem det straffe- og erstatningsretlige kendskab holdes for øje. Således vil formentlig kun det utvivlsomt krænkende indhold kunne føre til strafansvar. I erstatningsretlig henseende kan det ikke udelukkes, at også mindre åbenlyse krænkelser kan udløse handlepligten. Dette må særligt gælde, hvor formidleren faktisk foretager et gennemsyn, efter at han har modtaget en anmeldelse af retsstridigt indhold. Selvom en anmeldelse ikke giver formidleren kendskab i lovens forstand, antyder den et retsstridigt forhold, hvilket må øge den agtpågivenhed, som kan forventes af formidleren.

5.2.3 Betydningen af tjenestens fremtoning

Der findes mange forskellige typer af sociale tjenester, alle med forskellige formål og forretningsområder. Ens for de sociale tjenester er, at de alle forsøger at animere brugerne til at generere indhold. Man kan derfor spørge, hvilken betydning tjenesternes fremtoning har for formidlerens ansvar og agtpågivenhed overfor krænkelser.

Tjenester, som direkte opfordrer sine brugere til at gøre bestemte typer af information tilgængeligt, øger tilknytningen til informationerne. F.eks. hvor en tjeneste opfordrer brugerne til at uploade nøgenbilleder af kvinder til tjenesten. Dette var situationen i den danske connery.dk-sag.

Connery.dk-sagen¹¹⁵ handlede om en »drengerøvs«-hjemmeside, hvorpå der var indrettet et debatforum, hvor brugerne kunne lave indlæg og vedhæfte billeder, oftest af erotisk karakter. En bruger havde uploadet en række billeder, som han havde købt af Ekstrabladet. Da fotografen af de erotiske billeder opdagede billederne, afgav han en opfordring til connery.dk om at fjerne billederne. I den efterfølgende retssag lagde byretten til grund, at connery.dk havde opfordret brugerne til at lægge billeder af

¹¹⁴ Jf. 15 § i Lag om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster 5.6.2002/458.

¹¹⁵ Sag nr. BS 5B-1946/2008 afsagt ved Københavns byret d. 8. februar 2010.

erotisk karakter på hjemmesiden, og at sådanne billeder for langt størsteparten vil være professionelle fotos, hvorfor Connery.dk ikke kan have været uvidende om krænkelse i den forbindelse. Således udtalte retten:

»Under hensyn hertil tiltrædes det, at sagsøgte *ved sin opfordring* til brugerne om at lægge den type billeder ud på hjemmesiden *burde have et kendskab* til de billeder, der uploades og til de krænkelse, herunder af sagsøgers rettigheder, der er sket på hjemmesiden.«

Connery.dk fjernede kun links fra forummet, men billederne kunne stadig tilgås med en direkte URL, hvorfor connery.dk ikke havde opfyldt betingelserne om ansvarsfrihed i EHL § 16, stk. 1, nr. 2. Det er således uklart, om formidleren ville være ifaldet ansvar, hvis handlepligten havde været opfyldt korrekt. Af økonomiske grunde bliver sagen desværre ikke anket.¹¹⁶

Sagen viser, at opfordringer til bestemte typer upload øger den agtpågivenhed, som med rimelighed kan forventes af formidleren. Præmissen må endda læses således, at formidleren i kraft af sin opfordring havde pligt til at overvåge indholdet, da det var meget sandsynligt, at der ville ske krænkelse af ophavsretten. En sådan overvågningspligt vil næppe være i strid med det generelle overvågningsforbud i art. 15, da pligten knytter sig til uploadede billeder, og måske kun til udvalgte dele af forummet. Det blev af retten anført, at de brugeruploadede billeder fremstod som studiefoto taget af professionelle fotografer, hvorfor krænkelse let ville kunne identificeres ved et umiddelbart gennemsyn.

Det må forventes, at mindre indgående opfordringer, om ikke andet, vil øge den agtpågivenhed, som må forventes af formidleren *ved et faktisk gennemsyn* af sin hjemmeside. Det må således forventes, at der ved gennemsyn af debatfora med emner som »warez«¹¹⁷, »Hollywood videoklip« o.l. kan opstilles en formodning om, at indholdet kan være krænkende, og at formidlerens agtpågivenhed går ud over de åbenlyse og utvivlsomme krænkelse. Hvor formidleren selv har oprettet disse emner, vil han formentlig have en overvågningspligt i forhold til disse dele af tjenesten.

Selve den teknologi og struktur, som tjenesten stiller til rådighed, kan i sig selv være opfordrende, idet tjenesten måske byder på funktionalitet og vilkår, som er særligt relevante for f.eks. ophavsretskrænkelse. Det må understreges, at det forhold, at en tjeneste *kan* anvendes til ulovlige formål, ikke i sig selv er nok til, at formidleren pålægges en overvågningsforpligtelse.¹¹⁸

¹¹⁶ Jf. http://ekstrabladet.dk/sex_og_samliv/article1299842.ece tilgået 19. juli 2010.

¹¹⁷ »Warez« er slang for pirat-kopierede edb-programmer og spil.

¹¹⁸ Se hertil den klassiske Betamax-sag, Sony vs. Universal Studios, 464 U.S.

Nogle meget vidtgående domme fra Frankrig og Tyskland er gået meget tæt på overvågningsforbuddet og statueret »burde kendskab« for tjenester, der i særlig grad kunne bruges til ophavsretlige krænkelser.

I en fransk dom mod DailyMotion¹¹⁹ var filmen »Joyeux Noël« blevet uploadet til videotjenesten af en bruger. Producenterne og distributøren anlagde sag mod DailyMotion for overtrædelse af ophavsretten og for snyltning. Retten lagde vægt på, at DailyMotion var afhængig af velkendt materiale for at kunne opbygge en brugerskare og dermed tiltrække reklameindtægter. Derudover blev der lagt vægt på, at tjeneestens arkitektur og tekniske redskaber havde til sigte at vise sine brugere, at alt videomateriale kunne gøres tilgængeligt uden restriktioner fra DailyMotion. Derfor måtte DailyMotion anses for at have »kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den skadevoldende aktivitet eller information fremgår«¹²⁰. Overvågningsforbuddet i EHD art. 15 kunne ikke anvendes til at begrænse hæftelsen for krænkelser, når tjenesten selv foranlediger de krænkende aktiviteter. DailyMotion skulle således have udført en forudgående undersøgelse af det uploadede materiale, men da en sådan ikke var foretaget, var DailyMotion ansvarlig for det uploadede materiale.

I Tyskland har der været tilsvarende sager mod RapidShare. Ved byretten i Düsseldorf¹²¹ anlagde GEMA¹²² sag mod RapidShare for overtrædelse af medlemmernes ophavsrettigheder. Landsretten lagde til grund, at tjenesten var særligt egnet til ophavsretskrænkelser, dette bl.a. på baggrund af hjemmesiden indhold (»The easy way to share your files« og »Download-Link verteilen«). Alle brugere kunne uden begrænsning uploade filer uden registrering eller lignende. Brugere kunne få en »Premium-Account« ved at indsamle point for tredjemands download af filen. RapidShare var bekendt med tidligere krænkelser. Landsretten anførte, at dette førte til særligt strenge overvågningspligter. RapidShare blev derefter pålagt at tage skridt til registrering af brugerne og indføre bedre filtrering, selvom dette medførte fare for, at deres tjeneste blev betydeligt mindre attraktiv.

En tilsvarende sag er senere fuldt op af landsretten i Hamburg¹²³, som direkte udtalte, at RapidShare's forretningsmodel ikke var beskyttelsesværdig, og at enhver overvågningsforpligtelse var rimelig. Således retten:

»Damit stellt sich nach der Ansicht des Senates die Feststellung als unauswe-

¹¹⁹ C. Carion og Nord-Ouest vs. DailyMotion, Tribunal de grande instance de Paris, afsagt 13. juli 2007. Refereret Francisco Javier Cabrera Blázquez: IRIS Plus 2008 afsnit 3.1.1.2.

DailyMotion er en videotjeneste, hvor brugerne kan uploade videoer, som gøres alment tilgængeligt på hjemmesiden.

¹²⁰ Jf. EHL § 16, stk. 1, nr. 1, 2. led. dog som formuleret i den franske pendant.

¹²¹ LG Düsseldorf, sag nr. 12 O 246/07 afsagt 23. januar 2008

¹²² Tysk rettighedsorganisation

¹²³ OLG Hamburg, sag nr. 5 U 111/08 afsagt d. 30. september 2009

ichlich dar, dass das gesamte Geschäftsmodell [RapidShare] in seiner gegenwärtigen Ausprägung von der Rechtsordnung nicht gebilligt wird und damit *nicht schutzwürdig* ist... [RapidShare] kann sich daher auch *nicht auf die Unzumutbarkeit der Erfüllung von Prüfungspflichten berufen*, weil sie ihrer (unterstellten) Unfähigkeit, diese zu erfüllen, durch ihr Geschäftsmodell *wissentlich und willentlich selbst Vorschub leistet.*« (mine fremhævninger)

De ovennævnte domme er meget vidtgående, og måske *for* vidtgående. Der er dog næppe tvivl om, at de nævnte tjenester profiterer godt på ophavsretlige krænkelse, og at tjenesterne grænser til et »bevidst samarbejde« med den krænkende bruger, smh. betragtning 44.

Sammenfattende må det fastslås, at kravene til formidlerens agtpågivenhed skærpes, hvor tjenesten i sin fremtoning tilskynder, at brugerne uploader retsstridigt materiale.

Hvor formidleren opfordrer brugerne til at uploade materiale, har han allerede af den grund »burde kendskab« i den forstand som fremgår af EHL § 16, stk. 1, nr. 1, 2. led. Forventeligt tilsvarende, hvis han indretter sin tjeneste således, at den er særligt egnet til ophavsretlige krænkelse, og der således er overvejende sandsynlighed for sådanne. I så fald skal materialet fjernes straks, jf. nr. 2, hvis han vil bevare sin ansvarsfrihed. I praksis betyder dette, at formidleren må overvåge de relevante dele af sin tjeneste. Dette strider næppe mod overvågningsforbuddet, da formidleren ved sin opfordring har flyttet grænsen for den agtpågivenhed, som med rimelighed kan forventes af ham, smh. EHD betragtning 48.

5.2.3.1 Ansvarsfraskrivelse på hjemmesiden

Mange hjemmesider ses at foretage ansvarsfraskrivelse, hvor de tager afstand og forbehold for indholdet på hjemmesiden. Sådanne ansvarsfraskrivelse må som udgangspunkt antages at have meget lille betydning. Formidlerens reelle adfærd, tjenestens karakter og eventuelle opfordringer har den væsentligste betydning. Ansvarsfraskrivelse kan dog formentlig tillægges betydning, i den udstrækning disse opfordrer brugerne til at undlade at gøre krænkende informationer tilgængelige via tjenesten.

Sociale netværk der, som f.eks. Facebook, har tilføjet et afkrydsningsfelt, hvor brugerne aktivt skal tilkendegive at have rettighederne til at gøre materialet tilgængeligt via tjenesten. Som angivet under afsnit 2.2.2.2 må private billeder som udgangspunkt ikke gøres tilgængelige uden samtykke fra de portrætterede. Hvor brugerne aktivt ved enhver upload skal bekræfte at have rettighederne og dermed samtykke, må formidleren som udgangspunkt kunne være i god tro vedrørende det uploadede materiale.

5.2.4 Betydningen af økonomisk udbytte

Langt de fleste sociale tjenester finansieres ved visning af bannerreklamer, hvorimod tjenesten som sådan stilles gratis til rådighed.

Der er ingen holdepunkter i direktivet eller den danske implementering for, at direkte eller indirekte økonomisk udbytte af krænkelse kan tillægges betydning. Der kan argumenteres for, at en sådan betingelse om økonomisk vinding bevidst er udeladt fra e-handelsdirektivet.¹²⁴ Baggrunden for en sådan argumentation er, at e-handelsdirektivet i høj grad er inspireret af den amerikanske DMCA. Efter DMCA er det en betingelse for ansvarsfrihed, at formidleren ikke har direkte profit af den krænkende aktivitet.¹²⁵ Udeladelsen af betingelsen må, i mangel af holdepunkter i anden retning, føre til den fortolkning, at formidlerens direkte profit ikke udelukker formidleren fra ansvarsfrihed efter eu-reglerne. Så meget mindre kan formidlerens *indirekte* profit i sig selv udelukke ansvarsfrihed efter EHL § 16.

Ansvarsfrihedsreglerne ville i stort omfang gøres illusoriske overfor formidlere af sociale tjenester, såfremt disse allerede i kraft af bannerreklamer kunne pålægges en overvågningspligt. Omvendt er det klart, at økonomisk udbytte må være et legitimt moment i vurderingen af formidlerens uagtsomhed.

Hvor tjenestens forretningsmodel er bygget på brugernes bidrag, må den økonomiske indtjening være et skærpene moment, særligt set i sammenhæng med tjenestens fremtoning som beskrevet ovenfor, hvor dette i sidste konsekvens kan betyde at tjenesten ikke er beskyttelsesværdig.

I den danske connery.dk-sag indgik det i den samlede vurdering af formidlerens uagtsomhed, at formidleren »via annoncesalg og salg af abonnementer til brugerne [oppebar] en indtægt baseret på brugen af bl.a. sagsøgers materiale«.

Også mange af de europæiske domme lægger vægt på den økonomiske indtjening. Få sager har tillagt momentet afgørende betydning, hvorimod de fleste lader momentet indgå som en skærpene omstændighed i vurderingen. Ligeledes ses det, at rent private foretagender har fået en mere lempelig vurdering. F.eks. accepterede en tysk domstol, at en privat forum-ejer tog fire uger om at fjerne retsstridigt indhold, efter at være gjort opmærksom på forholdet.¹²⁶

¹²⁴ Således Søren Sandfeld Jakobsen: UfR 2009B.291 afsnit 3.3.

¹²⁵ DMCA § 512(c)(1)(B): Ansvarsfri hvis formidleren »does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity«

¹²⁶ Dommen er omtalt nedenfor under afsnit 6.1.3.

5.2.5 Gentagne krænkelse

Det er uklart, om formidlerens forpligtelser skærpes i den ikke upraktiske situation, hvor et givet retstridigt materiale én gang er fjernet, men påny gøres tilgængelig på tjenesten. I den situation er formidleren allerede opmærksom på, at materialet er krænkende, og spørgsmålet er, om formidleren blot kan afvente en ny anmeldelse eller skal gøre mere for at forhindre en sådan gentagen krænkelse.

Igen er der ingen direkte hjælp at hente i hverken direktivet eller den danske implementering. Direktivet henviser til, at der udarbejdes nationale adfærdskodekser og procedurer for håndtering af situationerne, jf. betragtning 40 og art. 16. Direktivets forbillede, DMCA, stiller som en betingelse for ansvarsfrihed, at formidleren har implementeret en politik for gentagne krænkere (»repeat infringers«)¹²⁷, men tager ikke stilling til den situation, hvor gentagelsen foretages af en anden bruger.

Som gennemgået ovenfor under afsnit 5.1.2 vil formidleren i visse tilfælde kunne pålægges en overvågningspligt. Uanset om formidleren kan pålægges en sådan pligt eller ej, må det dog formodes, at gentagelser har en vis betydning. Det er klart, at jo større viden formidleren opnår om krænkelse på sin tjeneste, desto større agtpågivenhed må kunne forventes. Dette må som minimum føre til, at ved det blotte gennemsyn af sin tjeneste vil gentagelser af alle tidligere krænkelse fremstå som utvivlsomme, således at formidleren ved gennemsynet opnår kendskab til krænkelsen.

5.2.6 Moderering

Ved moderering forstås, at formidleren f.eks. skal godkende indholdet inden det gøres tilgængeligt eller, at formidleren foretager rettelser i indholdet, det være sig stavfejl, formuleringer eller andet.

En manuel godkendelsesprocedure giver formidleren en sådan tilknytning, at han, om ikke andet, burde have gjort sig bekendt med indholdet, uanset at han faktisk ikke gør det.

Af EHD betragtning 42 fremgår, at ansvarsfritagelserne kun omfatter aktivitet begrænset til den tekniske drift, hvilket indebærer, at formidleren »hverken har kendskab til eller *kontrol over* de informationer, der transmitteres eller oplagres«. Skal informationer gennem en godkendelsesprocedure, inden disse gøres tilgængelige, har man herved taget kontrol over informationerne. En manuel godkendelsesprocedure vil således stride mod direktivets forudsætninger for ansvarsfrihed.

Foretager formidleren en decideret redigering af det brugergenererede indhold, og der-

¹²⁷ Jf. DMCA § 512(i)(1)(A)

med gør den til sin egen, kan han med sikkerhed ikke længere påberåbe sig ansvarsfrihedsreglerne. Tilsvarende er det en betingelse i EHL §§ 14, stk. 1, nr. 3 og 15, nr. 1, at formidleren ikke ændrer i informationerne. En sådan betingelse er ikke opremset i EHL § 16, men må ligge implicit i begrebet »kendskab«. Det er næppe muligt at redigere indholdet af en information og samtidig påberåbe sig, at man ikke kender til dens indhold eller har kontrol herover.

I den engelske Labourhome-sag¹²⁸ klarlagde domstolen flere forhold i forbindelse med ansvarsfriheden ved hosting¹²⁹. Retten slog for det første fast, at et »chatrum« o.l. kan kvalificeres som en informationssamfundstjeneste. Derudover fastslog retten, at moderering af et område af tjenesten ikke forhindrer ansvarsfrihed for ikke-modererede områder. Endeligt fastslog retten, at moderering af blogkommentarer bragte tjenesten ud over ren oplagring (»mere storage«).

Sagen omhandlede en ejer af en såkaldt »blog« på hjemmesiden labourhome.org, hvorpå en bruger havde skrevet en æreskrænkende kommentar. Hilton (ejereren/formidleren) udførte ingen kontrol over bestemte automatiserede områder af sin hjemmeside. Til tider gennemgik han brugeranbefalede blogindlæg, med henblik på at tildele indlæggene mere prominente placeringer på hjemmesiden. I den forbindelse foretog Hilton en vurdering af blogindlægget i sin helhed inkl. kommentarer. Hiltons gennemgang af blogkommentarer for stavfejl og grammatik med enkelte rettelser gik efter rettens mening ud over ren oplagring, hvorfor ansvarsfrihed ikke kunne påberåbes, i hvert fald ikke for de aktuelle blogindlæg med tilknyttede kommentarer. Således udtalte retten (præmis 86):

»In his first witness statement Mr Hilton stated in terms that where a blog is promoted by him he may check the piece for spelling and grammar and make corrections. That in my view arguably *goes beyond mere storage* of information.«

Herudover havde Hilton ved flere lejligheder slettet kommentarer pga. stødende eller politisk provokerende indhold. Retten fandt, at sådan moderering medførte, at *tjenesten som sådan* lå på grænsen af ren oplagring.

Rettens udtalelse bærer præg af en vis forsigtighed, og det skal bemærkes, at der er tale et såkaldt »summary judgment«¹³⁰ afgjort ved én dommer.

Dommen slår fast, at redigering af indhold bringer indholdet ud af beskyttelsen i EHL § 16, stk. 1. Mens dette ene spørgsmål umiddelbart løses, giver dommen dog anledning til bekymring samt rejser yderligere spørgsmål. Direktivet blev udarbejdet

¹²⁸ [2010] EWHC 690 (QB), Kaschke vs. Gray and Hilton, afsagt 29. marts 2010 ved High Court of Justice, Queen's Bench division.

¹²⁹ Som implementeret i Regulation 19 of the Electronic Commerce Regulations 2002 (S.I 2002 No 2013). Nærmest ordret EHD art. 14.

¹³⁰ Parterne var enige om faktum og sagen er ikke egentlig afgjort, men dommen har givet sin klare tilkendegivelse om sagens problemstillinger.

med opfordringer til selvregulering. Dommen risikerer at give den modsatte effekt, idet den nærmest opfordrer formidlere til at undgå enhver moderering og redigering af sin tjeneste, idet han derved øger risikoen for at ifalde ansvar. En række nye afgrænsnings-spørgsmål aktualiseres. Når redigering af stavfejl kan kvalificeres som moderering af blogindlægget i sin helhed hvad så med fjernelsen af spam-kommentarer¹³¹? Hvad med situationer hvor nogle kommentarer til en blog redigeres, mens andre forbliver uberørt?

Således er der ingen klar afgrænsning, og i sidste ende er der tale om en konkret vurdering. Udgangspunktet må dog være, at enhver redigering medfører kendskab i lovens forstand. Formidleren kan formentlig kun blive ansvarlig for de dele af tjenesten, som er i umiddelbar sammenhæng med det redigerede.

5.2.6.1 Teknisk moderering, herunder vandmærker m.m.

Ud over den manuelle redigering af indholdet foretager mange sociale tjenester med brugergenereret indhold en rent teknisk redigering af indholdet. Ved teknisk moderering forstås her den automatiske redigering, der bla. kan bestå i filtrering af ord ud fra en positivliste, tilføjelse af links til bestemte ord, indføjelse af vandmærke på brugeruploadede billeder m.m..

Spørgsmålet er, hvilken betydning teknisk redigering af brugerindholdet har for formidlerens ansvar.

Først og fremmest må fastslås, at påførelsen af vandmærke med eget logo på uploadede billeder kan være i strid med ophavsmandens/fotografens rettigheder, jf. OPHL § 3. Dette blev bl.a. fastslået i connery.dk-sagen¹³², hvor forum-ejeren netop automatisk forsynede samtlige billeder på forummet med eget logo. Mens påførelsen af eget logo til billederne blev anset for en selvstændig krænkelse, indgik dette tilsyneladende ikke i rettens vurdering af ansvarsfriheden efter EHL § 16. Det var imidlertid ikke nødvendigt for retten at kommentere dette moment i forhold til ansvarsfriheden, da connery.dk ikke havde opfyldt handlepligten i stk. 1, nr. 2.

Ved at påføre logo til billeder, ændre tekst eller indføje links, øger formidleren sin tilknytning til informationerne. Der kan argumenteres for, at så længe ændringen sker automatisk og på den måde uden formidlerens mellemværende, opnår han ikke kendskab i EHL § 16's forstand. Hertil kommer, at påførelsen af logo typisk mindsker den videre spredning af billeder og kan således siges at være i rettighedshaverens interesse.

På den anden side er det formidleren selv, der vælger, hvilke tekniske modereringer der skal finde sted på de brugergenererede informationer. Som nævnt ovenfor er det

¹³¹ Spam er en betegnelse for reklamer, man ikke selv har bedt om, typisk udsendt via emails, men også ofte set i kommentarer til blog eller som indlæg på debatfora. Disse udgør et væsentligt praktisk problem.

¹³² Utrykt byretsafgørelse af 8. februar 2010, sag nr. BS 5B-1946/2008.

en betingelse for ansvarsfrihed ved ren videreformidling og proxy-caching, at formidleren ikke foretager ændringer i informationerne. En tilsvarende betingelse må forudsættes ved oplagring. Der kan således argumenteres for, at formidleren derved bringer informationerne ud over ren oplagring i EHL § 16 forstand, og således ikke nyder ansvarsfrihed.

En retstilstand som sidstnævnte vil betyde væsentlige forhindringer for sociale tjenester med brugergenereret indhold. Det kan forekomme vidtgående, at formidleren risikerer at miste sit ansvarsprivilegium blot ved den relative tilfældighed, at han indfører vandmærker eller lignende i det uploadede materiale. Spørgsmålet ses ikke afklaret i praksis, og vil ikke blive behandlet yderligere her.

5.3 Sammenfatning

Formidleren kan ikke pålægges at overvåge sin tjeneste generelt, jf. EHD art. 15. Bestemmelsen blokerer imidlertid ikke for påleggelsen af en konkret overvågningsforpligtelse. Ud over Europa har dette ført til flere domme, som i vidt forskellig grad pålægger formidleren en overvågningspligt, typisk vedrørende gentagne krænkelse. Afgrænsningen mellem generel og konkret overvågning er ikke præcis og er overladt til de nationale domstole at afgøre. Det fører til forskellige vurderinger, og flere af dommene synes at være i strid med forbuddet mod en generel overvågningspligt.

Ud fra fortolkningsbidragene fra direktivet må sluttes, at formidleren kun kan pålægges en konkret overvågningsforpligtelse i specifikke og klart definerede enkeltssager, og idet omfang det med rimelighed kan forventes af ham.

Tysk højesteretspraksis har forsøgt at præcisere rimelighedskriteriet yderligere. Heraf fremgår, at formidleren ikke med rimelighed kan pålægges en forpligtelse, som vil skade dennes forretning væsentligt. Det er yderligere præciseret, at ved indførelse af filtreringsmekanismer, er formidleren ikke ansvarlig ud over, hvad *det foretrukne* filtersystem kan finde. Har formidleren således indført de filtre, som er i overensstemmelse med branchestandarden, er han ikke ansvarlig for krænkelse, som filtrene ikke finder.

Ansvarsfriheden omfatter al information, der kan gøres tilgængeligt uden formidlerens mellemkomst. Formidlerens kendskab er en uagtsomhedsvurdering, som har et tæt samspil med formidlerens tilknytning til informationerne og med overvågningsforbuddet. Jo store tilknytning formidleren får, eller tager sig, til de tilgængelige informationer, desto større risiko er der, for at denne pålægges en overvågningspligt, og dermed burde kendskab til krænkelse.

Klart er det, at formidleren opnår kendskab, når han bliver gjort positivt opmærk-

som herpå. Imidlertid kan der ikke opstilles klare retningslinier for, hvilke oplysninger en anmeldelse skal indeholde. Dog må kræves en vis præcision i angivelsen af, hvor krænkelsen kan findes.

Ud over anmeldelsen spiller en række momenter ind på den agtpågivenhed, som kan forventes af formidleren. Opfordrer tjenesten ved sin funktionalitet, opsætning eller sprogbrug direkte eller indirekte til at brugerne begår retsstridige handlinger, er tilknytningen til informationerne så tæt, at han burde have kendskab hertil. Ved deciderede fildelingstjenester, som RapidShare, hvor krænkelser er overvejende sandsynlige, nærmer formidleren sig et objektivi medansvar givet ved en generel overvågningspligt, medmindre han indfører mekanismer for at begrænse og hindre misbruget. Nyder formidleren indirekte økonomisk profit af det krænkende materiale, er dette i sig selv skærpende for dennes agtpågivenhed, men kan næppe selvstændigt tillægges afgørende betydning.

Skal formidleren godkende det brugergenerede indhold, eller foretager han ændringer heraf, det være sig stavfejl eller andet, tager han dermed kontrol over indholdet, og har bevæget sig ud over ren oplagring, hvorfor han ikke nyder ansvarsfrihed. Formentligt tilsvarende gælder, hvor f.eks. billeder automatisk forsynes med vandmærker.

6 Handlepligtens indhold m.m.

Når formidleren efter EHL § 16, stk. 1, nr. 1 får kendskab eller burde kendskab til retsstridig information på tjenesten, skal han straks tage skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den for at bevare sin ansvarsfrihed, jf. nr. 2, den såkaldte »notice and takedown« regel.

Hverken direktivet, loven eller forarbejder angiver den nærmere procedure i forbindelse med fjernelsen af informationen eller adgangshindringen hertil. Sikkert er det dog, at informationerne i sidste ende skal fjernes helt eller adgangen hindres helt for at opfylde pligten. Det er således ikke tilstrækkeligt at fjerne et link til et retsstridigt billede, hvis billedet fortsat kan tilgås, såfremt man har den præcise URL-adresse.¹³³

Handlepligten giver anledning til overvejelse af de overordnede hensyn i forbindelse med fjernelsen af information. Et af de hensyn, der må tillægges betydning i vurderingen af handlepligten, er ytringsfriheden. Ytringsfriheden er et af de grundlæggende elementer i de europæiske samfund, og bliver betragtet som en menneskeret. Ytringsfriheden værnes i Danmark på højeste niveau ved grundlovens § 77. I forbindelse med handlepligten er det altså nødvendigt at tage hensyn hertil. E-handelsdirektivet anfører

¹³³ Således connery.dk-sagen, hvor formidleren kun havde fjernet linket, mens billedet fortsat var tilgængeligt, dog kun for dem som kendte den præcise URL.

da også, at det ikke er hensigten, at grundlæggende nationale regler og principper for ytringsfriheden skal anfægtes, jf. betragtning 9, ligesom det præciseres, at fjernelsen af information skal foretages under overholdelse af ytringsfriheden, jf. betragtning 46. Dette kan siges at være et hensyn overfor brugeren af tjenesten.

Et andet vigtigt hensyn er hensynet til den krænkede rettighedshaver. Det er klart, at handlepligten må iagttages under hensyn til den, hvis ret krænkes. Den krænkede har således oftest interesse i, at krænkelsen bringes til ophør så hurtigt som muligt.

Endeligt er der naturligvis et hensyn at tage til formidleren. Et af ansvarsfrihedsreglernes formål er at skabe et frirum for formidlere, således at dette forretningsområde fremmes i EU. Placeres for stor en byrde eller risiko på formidleren, bremser det udfoldelsen af dennes forretningsmodel. Formidleren står midt imellem den krænkede og krænkeren og har risiko for ansvar overfor hhv. den ene eller anden part, uanset om informationerne fjernes eller ej.

Mange momenter og konkrete vurderinger spiller ind ved afvejningen af hensynene. I mangel af en fastlagt procedure er det i første omgang formidleren, som må varetage ikke bare egne men også andres interesser. Heri ligger naturligvis en betydelig risiko for interesseforvridning.

6.1 Manglende notice and take down procedure

Manglen på præcisering af procedurer er problematisk på flere områder. Som gennemgået er der ingen klare retningslinier for, hvad der statuerer kendskab. Hertil kommer, at det er uklart, hvilke »skridt« formidleren skal tage og hvornår for at opfylde handlepligten i EHL § 16, stk. 1, nr. 2.

6.1.1 Implementering i USA¹³⁴

E-handelsdirektivet er lavet med den amerikanske DMCA som forbillede. DMCA Sec. 512 (c)(A)¹³⁵ indeholder en meget detaljeret »notice-and-takedown« procedure, som her blot skal gengives for overblikket.

Reglerne indeholder præcise form- og indholds krav, således at der ikke er tvivl om, hvilke oplysninger der bringer formidleren i »ond tro«. Opfyldes disse krav ikke, behøver formidleren ikke at reagere på anmeldelsen. Anmeldelse kan kun ske af rettighedshaveren, og denne skal, under strafansvar, indestå for, at oplysningerne er korrekte.

Vælger formidleren at fjerne informationerne, skal han straks orientere den bruger, som har gjort informationerne tilgængelige. Denne kan herefter erklære, at informationerne, efter dennes mening, ikke er krænkende. Formidleren som mellemmand, skal

¹³⁴ For en mere detaljeret gennemgang se Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 189 ff..

¹³⁵ DMCA gælder kun for ophavsretskrænkelser i modsætning til EHL.

orientere rettighedshaveren om erklæringen, og at informationerne bliver genetableret efter 10 dage, medmindre der tages retlige skridt. Dette kaldes for »notice-and-put-back« proceduren.

Således kan sagen føres mellem de parter, som sagen egentlig vedrører, og formidleren er ansvarsfri overfor begge parter.

Formidleren kan ikke pålægges en overvågningspligt, men skal implementere en politik, som sikrer, at formidleren afbryder forbindelsen med kunder, som gentagne gange krænker ophavsretten¹³⁶.

6.1.2 Implementering i EU

Da direktivet i sin tid blev vedtaget, blev det besluttet, at det ikke skulle indeholde bestemmelser om procedurer for anmeldelse og fjernelse af ulovligt indhold. I art. 16 og betragtning 40 opfordres der i stedet udtrykkeligt til selvregulering på dette område. Af de medlemsstater der har gennemført direktivet, har kun Finland¹³⁷ og til dels Frankrig indføjet bestemmelser om procedurer for anmeldelse og fjernelse af ulovligt indhold.¹³⁸

Danmark og de øvrige medlemsstater har overladt dette til selvregulering navnlig gennem udarbejdelse af adfærdskodekser. Opfordringen er ikke gentaget i e-handelsloven, da dette ikke var nødvendigt og i øvrigt ligger uden for dansk lovtradition.¹³⁹

Den finske e-handelslov¹⁴⁰ implementerer i kapitel 5 en procedure, der mere eller mindre er en gengivelse af den amerikanske procedure. Ligesom den amerikanske procedure omfatter den finske kun ophavsretskrænkelser.¹⁴¹

Den franske implementering af e-handelsdirektivet indeholder ikke en procedure, men har derimod implementeret en formodningsregel, hvorefter formidleren formodes at have kendskab til det ulovlige indhold, hvis han modtager en anmeldelse med det i loven givne indhold.

Mens Tyskland ikke har implementeret procedurer, har tysk retspraksis åbnet for indførsel af procedurer mellem parterne. I sagen om digtet på internetforummet¹⁴² blev det - under hensyn til at rettighedshaveren ligeledes blev informeret om fremgangsmåden, at denne ikke protesterede samt tidligere havde accepteret samme fremgangsmå-

¹³⁶ »Repeat offenders«

¹³⁷ Dog kun vedrørende overtrædelser af ophavsretten.

¹³⁸ Jf. KOM(2003)-702: Første rapport om anvendelsen af e-handelsdirektivet afsnit 4.7 og Ruth Nielsen: 2004 afsnit 6.7.

¹³⁹ Lovbemærkningerne afsnit C.13.

¹⁴⁰ Svensk udgave på: <http://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/2002/20020458>

¹⁴¹ For en dybere gennemgang af den finske procedure se Ruth Nielsen: 2004 s. 288 f..

¹⁴² OLG Saarbrücken, sag nr. 1 W 232/07-49, afsagt d. 29. oktober 2007. Refereret under afsnit 6.1.3.

de - accepteret, at formidleren kontaktede de krænkende brugere med opfordring om selv at fjerne indholdet.

6.1.3 »Straks«?

En af de uklarheder, man støder ind i, er, hvad der skal forstås ved »straks« i EHL § 16, stk. 1, nr. 2. Hverken direktiv, e-handelslov eller forarbejderne hertil tager stilling til, hvor længe formidleren må være om at fjerne eller hindre adgangen til de (påståede) retsstridige informationer.

Spørgsmålet er, om formidlerens pligt til at fjerne informationerne eller hindre adgangen hertil indtræder allerede ved modtagelsen af anmeldelsen fra rettighedshaveren, eller om formidleren må indrømmes den fornødne tid til at vurdere, om informationerne faktisk er retsstridige. Den almindelige opfattelse af ordet »straks« er, at handlingen skal udføres »i (næsten) samme øjeblik« eller »umiddelbart efter«.¹⁴³

Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 224 anfører, at formidleren bærer standpunktsrisikoen allerede fra det tidspunkt, han får kendskab til den retsstridige information, og kun har et ganske kort tidsrum til at fjerne denne. Det er forfatterens mening, at standpunktsrisikoen indebærer, at formidleren ikke kan påberåbe sig ansvarsfritagelsen, »såfremt han *ikke* fjerner informationen *i det øjeblik, hvor han rent teknisk kunne have fjernet informationen*, efter at han har fået kendskab til, at informationen er retsstridig«¹⁴⁴.

Hvor anmelderen fremsender en dommerkendelse, hvoraf fremgår at informationerne er retsstridige, giver det ikke anledning til problemer, og formidlerens handlepligt indtræder ved modtagelsen. Ofte vil retsstridigheden dog ikke på forhånd være fastslået af en domstol eller anden myndighed, men alene basere sig på mere eller mindre underbyggede påstande. Meget taler således for, at formidleren gives en vis tid til at vurdere sagen nærmere.

Efter ordlyden af bestemmelsen er der ikke tale om, at formidleren straks skal fjerne informationerne, men blot at han straks skal »tage skridt« hertil. I mangel af en egentlig procedure for fjernelsen er det uklart, hvilke skridt der kan kvalificeres som opfyldelse. Der må dog heraf kunne udledes, at formidleren ikke er forpligtet til straks at fjerne informationen, men er overladt et vist tidsrum. En sådan forståelse understøttes af EHD betragtning 46, sidste led, hvori anføres, at direktivet ikke berører »medlemstaternes mulighed for at fastsætte specifikke krav, som skal opfyldes straks, *inden informationen fjernes*, eller adgangen til den hindres«¹⁴⁵. Det er således klart, at »straks« ikke knytter sig til fjernelsen af informationerne.

¹⁴³ Jf. Den Danske Ordbog - <http://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=straks>

¹⁴⁴ Min fremhævning.

¹⁴⁵ Min fremhævning.

Samme betragtning anfører, at »fjernelsen af informationen eller hindringen af adgangen til den skal foretages under overholdelse af ytringsfriheden og de procedurer, der er fastlagt på nationalt plan med henblik herpå«. Problemstillingen er særlig tydelig ved fremsættelsen af æreskrænkende ytringer¹⁴⁶. I modsætning til ophavsrettigheder¹⁴⁷ vil den vurdering, formidleren skal foretage, oftest være meget kompliceret. Etableres en tilstand, hvor formidleren for at beskytte sig for ansvar tilskyndes at fjerne ytringen uden yderligere prøvelse af påstanden, kan dette være yderst skadeligt og måske endda i strid med ytringsfriheden.¹⁴⁸ Dette taler således for, at formidleren gives fornøden tid til at vurdere forholdet.

Hertil kommer, at formidleren ofte vil stå i en eller anden form for kontraktsforhold til de indholdsleverende brugere. Viser det sig senere, at formidleren uden grundlag har fjernet lovlig information, risikerer han at ifalde erstatningsansvar ved misligholdelse overfor brugeren. Formidleren kan søge at fraskrive sig ansvaret i aftalegrundlaget, men fjernelsen vil uanset udgøre en risiko for formidleren. Formidleren bærer således en standpunktsrisiko både ved fjernelsen af informationen og ved unkladelse heraf. Dette taler ligeledes for, at formidleren indrømmes tid til at vurdere situationen og sine risici.

Hvor lang tid har man? Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 224 angiver, at tidsgrænsen må afgøres konkret under hensyntagen til, hvor lang tid informationerne er tilgængelige på den pågældende tjeneste. Der argumenteres for, at hvor en tjeneste f.eks. automatisk sletter informationer efter 24 timer, da vil formidleren være forpligtet til at slette informationerne indenfor en periode på *mindre* end 24 timer, da EHL § 16, stk. 1, nr. 2 ellers er uden virkning, og dette åbner for spekulation ved formidlers udformning af tjenesten.

Synspunktet kan synes fornuftigt, men har dog næppe meget for sig. Man kan spørge sig, hvorfor den formidler, som allerede har indrettet sin tjeneste således, at (retsstridigt) materiale automatisk slettes efter et kort tidsrum, skulle have kortere tid til undersøge informationerne og reagere tilsvarende, end den formidler, der oplagrer informationer på ubestemt tid. Sandsynligheden for krænkelse kan næppe antages at øges på baggrund af en kortere oplagring, snarere tværtimod, da krænkelsens udbredelse har en naturlig sammenhæng med tilgængelighedsperioden. Desuden ses oplagringstiden ikke at gøre en forskel i den vurdering, formidleren skal foretage. Spekulation kan altid tænkes, men ved automatisk sletning kan formidleren snarere siges at være på

¹⁴⁶ Se afsnit 2.1.2.

¹⁴⁷ Ophavsretskrænkelser vil ofte være kendelige ved gennemsyn. F.eks. vil fotos ofte hurtigt kunne vurderes til at være professionelle, f.eks. erotiske studiefoto som i connery.dk-sagen.

¹⁴⁸ Jan Trzaskowski m.fl.: 2008 s. 466 f.

forkant med loven end at sætte den ud af virkning. Lovens formål er ikke at pålægge formidleren ansvar, men at give denne en »sikker havn« at drive forretning i.

Mens tidsudstrækningen endnu ikke er behandlet i dansk retspraksis, kaster en tysk landsretsdom en smule lys over problemstillingen og nogle af de momenter som indgår i vurderingen af, hvad der forstås ved »straks«. Sagen¹⁴⁹ omhandlede en formidler af et debatforum, der gik lige til grænsen af det tyske »unverzüglich« (straks). Flere af debatørerne havde i signaturen til deres indlæg indsat et digt skrevet af sagsøger. Dagen efter at have modtaget anmeldelsen fra rettighedshaveren, udsendte formidleren pr. email en opfordring til de krænkende brugere til at fjerne det retsstridige digt. Otte dage senere havde fire brugere stadig ikke fjernet digtet og blev påny opfordret hertil. Den sidste bruger havde efter fire uger endnu ikke fjernet digtet, hvorfor formidleren endeligt fjernede det. Rettighedshaveren lagde sag an mod formidleren for ikke at have fjernet indholdet straks, og således ikke kunne anses for ansvarsfri, jf. § 10 Telemediengesetz (tilsvarende EHL § 16).

Retten frikendte formidleren, i det den anførte, at

»mit dieser Vorgehensweise sind sie *gerade noch* im Rahmen dessen geblieben, was in *zeitlicher Hinsicht* bis zur Entfernung der beanstandeten Information als pflichtgemäß *zu akzeptieren ist*.« (min fremhævelse)

Formidleren havde altså lige akkurat holdt sig indenfor, hvad der tidsmæssigt kunne accepteres. Ved vurderingen lagde Landsretten vægt på flere momenter. Der var tale om et rent privat forum med primært 13-14 årige debatører. Krænkelsen blev betragtet som en »äußerst geringfügige Urheberrechtsverletzung«¹⁵⁰. Rettighedshaveren havde desuden gjort digtet tilgængeligt på sin egen hjemmeside, hvilket nærmest måtte betragtes som en opfordring til at kopiere dette (egen skyld). Endeligt var rettighedshaveren blevet informeret om den valgte fremgangsmåde og havde på den måde mulighed for at protestere heroverfor.

6.1.4 Vurdering

Manglen på harmoniserede regler eller adfærdskodeks er problematisk. Som gennemgået under afsnit 5 skaber EHL § 16, stk. 1 usikkerhed på flere punkter. Det står ikke klart, hvornår formidleren kan siges at have kendskab, hvilket skaber usikkerhed både for rettighedshaveren og formidleren. Gennemgangen i afsnit 6.1.3 viser at mange hensyn indgår i vurderingen af handlepligten og i den tidsmæssige udstrækning heraf.

¹⁴⁹ OLG Saarbrücken, sag nr. 1 W 232/07-49, afsagt d. 29. oktober 2007.

¹⁵⁰ Dvs. en »yderst ubetydelig ophavsretskrænkelse«.

Sammenfattende og på baggrund af den tyske dom må det konstateres, at formidleren straks skal *begynde vurderingen* af anmeldelsen, men indrømmes et vist tidsrum til vurderingen af rigtigheden og konsekvenserne af anmeldelsen, særligt med henblik på ikke at krænke ytringsfriheden. Der er tale om en meget konkret vurdering, hvor flere momenter skal inddrages. Det må tillægges betydning, om formidleren driver tjenesten i privat eller kommercielt regi. Der må formentlig også lægges vægt på den skade og ulempe, det påfører rettighedshaveren at afvente fjernelsen af materialet.

Situationen er at formidleren skal foretage den overordnede vurdering og afvejning af hensyn. Jo mere klart vurderingsgrundlaget er, desto kortere tid må indrømmes formidleren. Vurderingen kan være yderst vanskelig, og i tvivlstilfælde må i det mindste indrømmes tid til at kontakte en advokat for rådgivning.¹⁵¹

Det må anses for tvivlsomt, at en formidler, som i den tyske dom, kan påberåbe sig ansvarsfrihed, mens brugeren opfordres til selv at fjerne materialet. Hvor rettighedshaveren er informeret om fremgangsmåden og ikke protesterer, er det dog ikke usandsynligt.

I sidste ende bærer formidleren standpunktsrisikoen både for fjernelsen af indholdet og for undladelse heraf. Dette hensyn må ligeledes inddrages. Desværre kan risikoen for ansvar synes mindre ved en uberettiget fjernelse end ved ikke at efterkomme en anmeldelse. Konsekvensen er, at formidleren hellere fjerner for meget end for lidt.

Den amerikanske og finske implementering løser flere af de umiddelbare problemstillinger ved handlepligten. Således klarlægges i et vist omfang, hvorledes formidleren skal forholde sig til anmeldelser fra rettighedshavere, og hvilke oplysninger der kan kræves. Ved at lade anmelderen indestå for oplysningerne, står formidleren ikke i klemme mellem at have ansvar overfor hhv. bruger eller anmelder. Følger formidleren proceduren, er han ansvarsfri overfor begge.¹⁵²

Et af de større usikkerhedsmomenter er hensynet til ytringsfriheden. Det er problematisk, at brugernes meninger og ytringer risikerer fjernelse, uden at brugerne er blevet hørt. Som også f.eks. afgørelserne i Piratebay-sagen har vist, stilles der ikke i dansk ret krav om, at den krænkende ”bruger” skal høres inden nedlæggelse af et forbud mod formidleren. Højesteretsafgørelsen i Piratebay-sagen har på den baggrund givet anledning til udtalelser fra politiske ordførere om, at lovgivningen bør ændres.¹⁵³ Den amerikanske model synes at mindske problemet, idet brugeren gives mulighed for at

¹⁵¹ Søren Sandfeld Jakobsen: UfR 2009B.291 afsnit 3.4.2

¹⁵² Det bemærkes at Kasper Heine m.fl.: 2002 s. 500 note 60 anfører, at det klare udgangspunkt også i dansk ret er, at afsenderen indestår for retsstridigheden af de anmeldte informationer. Muligvis anderledes Søren Sandfeld Jakobsen: UfR 2009B.291 afsnit 3.4.2.

¹⁵³ <http://www.comon.dk/nyheder/Piratdom-ryster-Christiansborg-Flertal-overvejer-lovaendring-1.360675.html>

komme med den såkaldte »put-back-notice«, hvorefter sagen må køre mellem brugeren og rettighedshaveren.

Den europæiske model er at overlade reguleringen til de enkelte medlemsstater, helst gennem adfærdskodeks. Adfærdskodeks skal udvikles af sammenslutninger repræsenterende såvel rettighedshaverene, formidlerne og brugerne. Kodekset bør oprettes elektronisk og gøres offentligt tilgængeligt, ligesom det bør fremsendes til Kommissionen, jf. art. 16. Hvor et sådant kodeks forefindes, må det forventes at være retningsgivende også for formidlere, som ikke positivt har tiltrådt dette, dog med de fornødne lempelser.

Kun ganske få lande har reguleret og ikke enslydende. Forskellige nationale ordninger modvirker på den måde direktivets hensigt om harmonisering. Med udgangspunkt i den amerikanske og finske implementering af notice-and-take-down procedure er en række forhold oplagte at få reguleret ved adfærdskodeks eller lovregulering.

For det første må det reguleres, hvem en anmeldelse om krænkelse skal tilsendes, samt hvilket indhold en sådan anmeldelse skal have, for at handlepligten indtræder. For det andet er det væsentligt at regulere erstatningsansvaret, således at anmelderen skal skadesløsholde formidleren, såfremt denne handler i god tro til anmeldelsens retlighed. For det tredje bør krænkerens rettigheder tilgodeses, navnlig ytringsfriheden. Dette kan meget vel løses ved den nævnte notice-and-put-back procedure. For det fjerde bør de tidsmæssige forhold præciseres, således at både formidler og rettighedshaver ved, hvor hurtigt materialet skal fjernes. Endeligt bør der udarbejdes klare retningslinier for, hvorledes formidleren skal forholde sig til tilsvarende krænkelse i fremtiden. Specifikt bør reguleres, i hvilket omfang formidleren skal indføre filtreringsmekanismer i overensstemmelse med EHD betragtning 40, uden at overskride overvågningsforbuddet.¹⁵⁴

6.2 Anvendelsen af foreløbige retsmidler¹⁵⁵

For fuldstændighedens skyld skal der her kort opridses retsstilstanden vedrørende nedlæggelse af fagedforbud overfor formidleren.

Når fagedforbuddet gennemgås i nærværende hovedafsnit, skyldes det sammenhængen med formidlerens pligt til straks at fjerne retsstridige informationer. Rettighedshavere kan anvende fagedforbuddet sideløbende med notifikation til formidleren og udgør således et ekstra værn.

¹⁵⁴ Se nogenlunde tilsvarende anbefaling hos Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 238 ff..

¹⁵⁵ For en dybere gennemgang henvises til Clement Salung Petersen: NIR 2009.21, Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004 s. 229 ff. og Jan Trzaskowski m.fl.: 2008 s. 467 ff..

Efter EHD art. 12, stk. 3, 13, stk. 2 og 14, stk. 3¹⁵⁶ berører ansvarsfrihedsreglerne ikke muligheden for anvendelse af foreløbige retsmidler, herunder nedlæggelse af fagedforbud mod formidleren. Bestemmelserne blev ikke implementeret i dansk ret, da de danske regler allerede var i overensstemmelse hermed.¹⁵⁷

Det forhold, at formidleren opfylder betingelserne for ansvarsfrihed efter ansvarsfrihedsreglerne, er altså ikke til hinder for, at formidleren kan tvinges til at fjerne eller hindre adgangen til den retsstridige information.

Hvorvidt der konkret er grundlag for nedlæggelse af et fagedforbud afgøres efter de almindelige regler i retsplejelovens kap. 57.

Dansk retspraksis om formidleransvar vedrører primært spørgsmålet om nedlæggelse af fagedforbud overfor den rene videreformidler, jf. EHL § 14. Det er her værd at nævne TDC-sagen¹⁵⁸ og ThePirateBay.org-sagen¹⁵⁹. Begge sager omhandlede nedlæggelsen af fagedforbud mod netværksudbyderen på baggrund af retsstridig information transmitteret i deres netværk. Højesteret stadfæstede i begge sager det nedlagte forbud og bekræftede således, at der på trods af ansvarsfrihedsreglerne kan nedlægges forbud.

Efterlever formidleren ikke forbudskendelsen, ifalder han straf- og erstatningsansvar efter retsplejelovens § 651. Dette antages at gælde, uanset om formidleren i øvrigt er ansvarsfri, jf. EHL §§ 14-16, da disse kun vedrører indholdet af informationer, men ikke tilsidesættelse af et fagedforbud.¹⁶⁰

7 Konklusion

Sociale tjenester kan være rum for en lang række krænkelse, og afhandlingen har belyst nogle problemstillinger i forbindelse med hostingformidlerens medvirkensansvar for disse krænkelse.

Formidleren af en social tjeneste er en hostingformidler i EHL § 16 forstand. Formidleren kan ifalde ansvar, når betingelserne for passivt ansvar er opfyldt, og han ikke opfylder sin handlepligt efter ansvarsfrihedsreglen i EHL § 16, stk. 1, nr. 2.

Grundlæggende er betingelserne for pålæggelse af ansvar ved passiv medvirken de samme for hhv. straffeansvaret og erstatningsansvaret. Formidleren skal dels have en særlig tilknytning til de retsstridige informationer, dels være klar over at der er foreta-

¹⁵⁶ Se også betragtning 45.

¹⁵⁷ Jf. lovbemærkningerne afsnit C.12.2.2.

¹⁵⁸ U 2006.1474 H

¹⁵⁹ Højesteret sag 153/2009, afsagt d. 27. maj 2010.

<http://www.domstol.dk/hojesteret/Documents/Domme/153-09.pdf>

¹⁶⁰ Bl.a. Jan Trzaskowski m.fl.: 2008 s. 469.

get en krænkelse, og endelig have mulighed for at forhindre krænkelsen ved en aktiv handling.

Den særlige tilknytning er som udgangspunkt opfyldt allerede ved oplagringen af informationerne, ligesom formidleren altid har mulighed for at forhindre krænkelsen.

I sidste ende er formidlerens ansvar således et spørgsmål om dennes kendskab til de retsstridige informationer. Selvsamme retsstilling er ansvarsfrihedsreglen i EHL § 16 udtryk for. Det er dog fastslået, at formidleren kun kan ifalde straffeansvar, hvis han har forsæt, også hvor straffebestemmelsen kun kræver uagtsomhed.

Til spørgsmålet om, hvornår formidleren har kendskab, må det først fastslås, at der ikke kan pålægges formidleren en generel overvågningspligt, jf. EHD art. 15. Derimod kan formidleren pålægges en konkret overvågningspligt.

Fortolkningsmomenterne fører til, at overvågningsforpligtelsen skal vedrøre specifikke og klart definerede enkeltsager, og kun i det omfang det med *rimelighed* kan forventes af ham.

Dette understøttes og udbygges af tysk højesteretspraksis. Af de tyske eBay-sager kan udledes, at rimelighedskriteriet har sin grænse, der hvor formidlerens virksomhed vil blive skadet væsentligt. Det er yderligere præciseret, at ved indførelse af filtreringsmekanismer er formidleren ikke ansvarlig, ud over hvad det foretrukne filtersystem kan finde. Har formidleren således indført de filtre, som er i overensstemmelse med branchestandarden, er han ikke ansvarlig for krænkelse som filtrene ikke finder.

De tyske domme synes at have fundet en fornuftig balance, og det må forventes, at danske domstole vil nå et tilsvarende resultat.

Europæisk retspraksis har vist, at grænsen mellem konkret og generel overvågningspligt er uklar. Der tegner sig dog et billede af, at formidleren er forpligtet til at gøre, hvad der står i sin magt for at undgå gentagne krænkelse. Visse afgørelser er endda kommet til den konklusion, at formidleren ikke kan påberåbe sig ansvarsfrihed ved gentagne krænkelse. Den store usikkerhed forhindrer den harmonisering, som direktivet tilsigter. Imidlertid er der forelagt et præjudicielt spørgsmål for EF-domstolen (C-324/09), som må forventes at skabe en vis klarhed over spørgsmålet.

Gennemgående læner formidlerens kendskab sig op af et rimelighedskriterie for, hvilken agtpågivenhed der må kunne forventes af ham. Således spiller flere momenter ind i den konkrete afvejning.

Særligt klart er det, at hvor formidleren direkte opfordrer til krænkelse, eller hvor tjenesten er særdeles velegnet til krænkelse, er hensynet til formidleren beskedent, og formidleren kan være forpligtet til at overvåge og forhindre krænkelse.

Har formidleren en økonomisk gevinst af det krænkende indhold, skærper dette ligeledes agtpågivenheden, men kan ikke være afgørende. Er der omvendt tale om rent private tjenester, taler dette for en lempet anvendelse af reglerne.

Såvel fortolkning af direktivet som retspraksis fører til den konklusion, at formidleren ikke kan påberåbe sig ansvarsfrihedsreglerne, såfremt han foretager ændringer i det brugergenerede indhold. Dette gælder manuel redigering og formentlig ligeledes automatiseret påførelse af vandmærker på brugeruploadede billeder.

Gennemser formidleren faktisk sin tjeneste, risikerer han ansvar for de utvivlsomt krænkende informationer, han derved ser. Til de utvivlsomt krænkende informationer henregnes også krænkelse, som tidligere er anmeldt og fjernet.

Ganske uklart er, hvorledes formidleren skal forholde sig, når han opnår kendskab. For det første er det uklart, hvilke oplysninger en rettighedshaver skal give for at forpligte formidleren til at fjerne informationerne. Hvor rettighedshaverens anmeldelse giver anledning til tvivl, står det yderligere uklart, hvor lang tid formidleren har til at undersøge oplysningernes rigtighed. Der kan heller ikke skabes klarhed over, hvorledes denne skal afveje de forskellige hensyn, herunder hensynet til ytringsfriheden.

Procedurer for anmeldelse og fjernelse af informationer er overladt til selvregulering gennem adfærdskodeks. Da spørgsmålet således primært er et nationalt anliggende, kan der ikke forventes den harmonisering, som ellers er formålet med e-handelsdirektivet.

Resultatet af den nuværende retsstilling er, at formidleren sikrer sig bedst ved at gøre mindst muligt for at bekæmpe retsstridige informationer på sin tjeneste og derimod blot vente på anmeldelser fra rettighedshaverne. En nærmere vurdering af anmeldelsen er både tidskrævende og usikker for formidleren. Risikoen for ansvar synes mindre ved en uberettiget fjernelse, end ved ikke at efterkomme en anmeldelse. Konsekvensen er, at formidleren hellere fjerner for meget end for lidt. Det bringer hensynet til retssikkerhed og ytringsfriheden i anden række.

Anvendte forkortelser

- DMCA Digital Millennium Copyright Act. De amerikanske ansvarsfrihedsregler.
- EHD E-handelsdirektivet. Direktiv 2000/31/EF om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked.
- EHL E-handelsloven. Lov nr. 227 af 22. april 2002.
- ICP Internet Content Provider. Indholdsleverandør. Leverandør af information til en internettjeneste.
- ISP Internet Service Provider. Bruges synonymt med internet-tjenesteyder eller formidler.
- OPHL Ophavsretsloven, lovbekendtgørelse nr. 587 af 20. juni 2008.
- PDL Persondataloven, lov nr. 429 af 31. maj 2000 med senere ændringer.
- STRL Straffeloven, lovbekendtgørelse nr. 1034 af 29. oktober 2009.

Litteratur

- Balstad, Just*: Digitale mellemleds ansvar for videreformidling av ytringer : e-handelsdirektivet art. 12-14. Institutt for Rettsinformatikk, Oslo, 2002, CompLex ; 7/02 (citeret: Just Balstad: 2002).
- Blázquez, Francisco Javier Cabrera*: User-Generated Content Services and Copyright. IRIS Plus, 2008 (URL: http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus5_2008.pdf.en).
- Bornkamm, Joachim*: E-Commerce Directive vs. IP Rights Enforcement. GRUR Int. 2007.642.
- Bryde Andersen, Mads*: Ansvar for ulovlig informationsspredning på Internet. I Det 35. juristmøde i Oslo 1999. 1999 (URL: http://juraportal.dk/njm/510/link_njm-1173134594-611712-951.tkl?view2=facts).
- Bryde Andersen, Mads*: IT-retten. 2. udgave. Gjellerup, Kbh., 2005 (citeret: Mads Bryde Andersen: 2005).
- Edwards, Lilian og Waelde, Charlotte*: Law and the Internet. 3. udgave. Hart, Oxford, 2009.
- Eyben, Bo von og Isager, Helle*: Lærebog i erstatningsret. 6. udgave. Jurist- og Økonomforbundet, Kbh., 2009 (citeret: Bo von Eyben og Helle Isager: 2009).

- Greve, Vagn, Dahl Jensen, Poul, Jensen, Asbjørn og Toftegaard Nielsen, Gorm*: Kommenteret straffelov. 9. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Kbh., 2008-2009.
- Heine, Kasper, Grønbæk, Martin von Haller og Trzaskowski, Jan*: Internetjura. 2. udgave. Thomson - GadJura, Kbh., 2002 (citeret: Kasper Heine m.fl.: 2002).
- Henricson, Ib*: Passiv medvirken. Juristen nr. 7, 1998, s. 268 ff.
- Koktvedgaard, Mogens, Bryde Andersen, Mads, Heide-Jørgensen, Caroline og Schovsbo, Jens*, redaktører: Festskrift til Mogens Koktvedgaard. Jurist- og Økonomforbundet, Kbh., 2003.
- KOM(1998)-586*: Forslag til e-handelsdirektivet (DIR 2000/31/EF). November 1998 (citeret: KOM(1998)-586: Forslag til e-handelsdirektivet).
- KOM(2003)-702*: Første rapport om anvendelsen af e-handelsdirektivet (DIR 2000/31/EF). November 2003 (citeret: KOM(2003)-702: Første rapport om anvendelsen af e-handelsdirektivet).
- Møller-Sørensen, Annette Nørby*: Hvor langt rækker ansvaret for den, der medvirker til kriminalitet?. TfK 2005.282.
- Nielsen, Ruth*: E-handelsret. 2. udgave. Jurist- og Økonomforbundet, Kbh., 2004 (citeret: Ruth Nielsen: 2004).
- Osthaus, Wolf*: Fighting Piracy and Counterfeiting in the Light of the European Principles of eCommerce - The eBay Strategy and Experience. GRUR Int. 2007.644.
- Petersen, Clement Salung*: Netværksoperatørens rolle i bekæmpelsen af ophavsretskrænkelser på internettet. NIR 2009.21.
- Plesner Mathiasen, Jakob, Jørgensen, Niels Bo og Schlüter, Johan*: E-handelsloven med kommentarer. 1. udgave. Jurist- og Økonomforbundet, Kbh., 2004 (citeret: Jakob Plesner Mathiasen m.fl.: 2004).
- Sandfeld Jakobsen, Søren*: Formidleransvaret i forbindelse med sociale tjenester på internettet. UfR 2009B.291.
- Schovsbo, Jens og Rosenmeier, Morten*: Immaterialret : ophavsret, patentret, brugsmodelret, designret, varemærkeret. 1. udgave. Jurist- og Økonomforbundet, Kbh., 2008 (citeret: Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier: 2008).
- Schønning, Peter, Eckhardt, Merethe og Ehlers, Malene*: Personlighedsret. 1. udgave. Thomson, Kbh., 2007 (citeret: Peter Schønning m.fl.: 2007).
- Stoltze, Lars*: Internet ret. 1. udgave. Nyt Juridisk Forlag, Kbh., 2001 (citeret: Lars Stoltze: 2001).
- Toftegaard Nielsen, Gorm*: Strafferet. Christian Ejlers, Kbh., 2004-2005, Bind 1 : Ansvar (citeret: Gorm Toftegaard Nielsen: Ansvar).

Trzaskowski, Jan m.fl.: Internetretten. 1. udgave. Ex Tuto Publishing, Kbh., 2008 (citeret: Jan Trzaskowski m.fl.: 2008).

Udsen, Henrik: Kommerciel anvendelse af personbilleder. UfR 1997B.261.

Urban, Jennifer og Quilter, Laura: Efficient Process or “Chilling Effects”? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act - Summary report. 2005 (URL: <http://www.educause.edu/Resources/EfficientProcessorChillingEffe/154079>).

Waaben, Knud: Strafferettens almindelige del. 4. udgave. Thomson - GadJura, Kbh., 1997-2008, Bind 1 : Ansvarslæren.

Anvendt praksis

Dansk praksis:

U 1965.126 H

U 1983.630 Ø

U 1996.209 H

U 1998.525 Ø

U 1999.177 V

U 2001.1572 V

U 2003.686 SH

U 2005.60 V

U 2006.1474 H

Connery.dk, Sag nr. BS 5B-1946/2008 afsagt ved Københavns byret d. 8. februar 2010

Pirate Bay, Højesteret sag 153/2009, afsagt d. 27. maj 2010

Tysk praksis:

LG Düsseldorf, sag nr. 12 O 246/07

LG Düsseldorf, sag nr. 12 O 246/07

OLG Düsseldorf, sag nr. I-20 U 166/09

OLG Hamburg, sag nr. 5 U 111/08

OLG Hamburg, sag nr. 5 U 111/08

OLG Köln, sag nr. 6 U 100/07

OLG Saarbrücken, sag nr. 1 W 232/07-49

I ZR 304/01 (Internet-Versteigerung I)

I ZR 35/04 (Internet-Versteigerung II)

Engelsk praksis:

L'Oréal vs. eBay, High Court of Justice, [2009] EWHC 1094 (Ch)

Labourhome, [2010] EWHC 690 (QB), Kaschke vs. Gray and Hilton

Fransk praksis:

C. Carion og Nord-Ouest vs. DailyMotion, Tribunal de grande instance de Paris, afsagt 13. juli 2007

Lafesse vs. MySpace, Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance de référé af 22. juni 2007

Zadig vs. Google, Tribunal de grande instance de Paris, afsagt d. 19. oktober 2007

Belgisk praksis:

SABAM vs. Scarlet, Court of Brussels, No. 04/8975/A, offentliggjort i CAELJ Translation Series #001 (Mady, Bourrouilhou, & Hughes, trans.), 25 Cardozo Arts & Ent. L. J. 1279 (2008)

EU-praksis:

C-324/09