



Formidleransvaret ved ophavsretskrænkelser på sociale medietjenester

Liability of intermediaries for copyright infringements
on social media



Afhandlingen er udarbejdet af:

Navn på studerende: *Nick Ilsø*

Cpr.nr. på studerende: *xxxxxx-xxxx*

Studium: *Cand.Merc.Jur*

Semester: *4. Semester*

Vejleder/underviser: *Jan Trzaskowski & Azhar Hussein*

Antal anslag: *195236*

Afleveringsdato: *01/06 - 2016*

Underskrift: _____

Executive summary	4
1. Indledning.....	5
1.1 – Problemformulering.....	6
1.2 – Metode.....	7
1.2.1 – Juridisk metode	7
1.2.2 – Økonomisk metode.....	7
1.2.3 – Integreret metode	7
1.3 – Afgrænsning.....	8
1.3.1 – Juridisk afgrænsning	8
1.3.2 – Økonomisk afgrænsning.....	8
1.4 – Terminologi.....	9
1.4.1 – Social medietjeneste	9
1.4.2 – Formidler.....	9
1.4.3 – Brugerskabt indhold.....	10
1.5 – Anvendte forkortelser	10
2. Ophavsretskrænkelser på sociale medietjenester	11
2.1 – Ophavsretlige krænkelser	12
3. Kan formidlere af sociale medietjenester ifalde et ansvar efter dansk ret?	14
3.1 – Objektivt ansvar og det objektive redaktøransvar	15
3.2 – Strafferetligt medvirkenansvar	15
3.2.1 – Legalitetsprincippet.....	16
3.2.2 – Kravet om tilregnelser	17
3.2.3 – Medvirken	17
3.2.3.1 – Strafbar passivitet.....	18
3.3 – Erstatningsretligt medvirkenansvar.....	19
3.4 – Sammenfattende og vurdering af medvirkenansvaret	20
4. E-handelslovens ansvarsfrihedsregler	22
4.1 – Oplagring (Hosting) EHL § 16 (EHD art. 14)	23
4.2 – Er sociale medietjenester omfattet af EHL § 16 (EHD art. 14)?	24
4.3 – Ansvarsfrihed i strafferetligt henseende.....	28
4.4 – Ansvarsfriheden i erstatningsretligt henseende	29
4.5 – Vurdering af ansvarsfriheden i strafferetligt- og erstatningsretligt henseende.....	30
4.6 – Hvad kan føre til kendskab?	32
4.6.1 – Hostingudbyderens egen undersøgelse.....	32
4.6.2 – Meddelelse om retsstridigt indhold	33
4.6.3 – Hostingudbyderens egen opfordring	34
4.6.3.1 – Ansvarsfraskrivelser.....	36
4.6.4 – Økonomisk udbytte, gentagne krænkelser og redigering.....	36
4.7.1 – Generel overvågningspligt	37
4.7.2 – Konkret overvågningspligt	39
4.7.3 – Hvor går sondringen mellem den forbudte og tilladte overvågningspligt?.....	40
4.7.3.1 – EU-Domstolens retspraksis.....	40
4.7.4 – Vurdering af overvågningsforbuddets rækkevidde	42
4.8.1 – »Straks«?	44
4.8.2 – Notice and Takedown (NTD).....	45
4.8.3 – EU Kommissionens offentlige høring, 2010	46
4.8.4 – EU Kommissionens offentlige høring, 2012	47
4.8.4.1 – På vej mod det amerikanske DMCA?	49
5. Juridisk delkonklusion	51

6. Økonomisk analyse	54
6.1 – Hvad er retsøkonomi?	55
6.1.1 – Økonomisk efficiens.....	56
6.1.1.1 – Pareto-efficiens.....	56
6.1.1.2 – Kaldor-Hicks efficiens	57
6.1.1.3 – Coase-teoremet	58
6.2 – Hvorfor har vi ophavsret?	59
6.3 Hvorfor bør formidlere kunne ifalde et medvirkenansvar?	64
6.4 – Hvilket ansvarsregime er efficient ud fra en Kaldor-Hicks betragtning?	67
6.4.1 – Formidleransvaret for hostingudbydere i DMCA og EHD	67
6.4.2 – Kaldor-Hicks og cost-benefit modellen.....	68
6.4.2.1 – Sociale omkostninger (SC)	68
6.4.2.2 – Sociale fordele (SB).....	69
6.4.3 – Cost-benefit analyse af indirekte ansvar uden NTD.....	70
6.4.4 – Cost-benefit analyse af indirekte ansvar med NTD.....	72
6.4.5 – Incitamenter for agtpågivenhed.....	73
6.4.6 – Konklusion og vurdering af analysen.....	74
7. Økonomisk konklusion	75
8. Bør e-handelsloven ændres, og i så fald, hvilke ændringer bør foretages?	77
8.1 – Kendskab.....	77
8.2 – NTD-procedure.....	78
8.3 – Overvågning	78
8.4 – Samlet forslag.....	79
9. Konklusion ”de lege ferenda”	80
10. Kildefortegnelse	83
10.1 – Bøger	83
10.2 – Artikler	85
10.3 – Retspraksis (Kronologisk).....	86
10.4 – Lovgivning og forarbejder	87
10.5 – Links.....	87
10.7 – Andet.....	88

Executive summary

Social media services have proved to be suitable for copyright violations due to their structure and utility. The magnitude and rate of this issue has never been seen in the analog world before. In addition users have the option to remain anonymous, which has impeded the copyright owners' possibility of prosecution of the primary offender. For this reason, the courts have been focusing on the providers of social media services because they are easier to identify. It has opened a central legal question of whether a provider of a social media service may be partly responsible for its dissemination of information, which is actually carried out by somebody else.

The legal part of this thesis uses the judicial dogmatic method to examine whether the intermediaries could incur liability to their involvement. It is concluded that existing Danish law contains legal basis, so that the intermediaries may be held responsible. However, the responsibility of the intermediary is enclosed by the implemented e-commerce directive art. 14 (EHL § 16). Still, at the same time the interpretation of this provision has been debatable, which is why there is legal uncertainty in the EU. The thesis concludes that the intended purpose of removing the diverge legal status in the EU, hasn't been successful. The same conclusion was also made in the case of a hearing in the EU about the future e-commerce inside the EU. The legal situation of copyright violations seems to move towards the American DMCA.

The development of technology has even made it significantly easier to create, distribute and share copyright works. In that regard debaters have stated that copyright is an obstacle to social efficiency. By using the judicial economic method, the economic component of this thesis, will in its introduction conclude why the need of copyright law still exists. After the introduction the aspects of the legal liability will be examined and it is stated why it is economically efficient to put the responsibility on the intermediaries. After this, the Kaldor-Hicks criterion is used in a cost-benefit analysis on whether the European or the US liability regime is maximizing the welfare of the society by copyright violations on social media services. The conclusion to this is that a vicarious liability regime with notice-and-takedown is Kaldor-Hicks efficient.

Based on the legal and economic analysis the thesis is completed with a discussion on how the current regulation can lead to an optimal judicial- and market condition.

1. Indledning

Det plejede at hedde sig, at dampmaskinen ændrede verdenen, da den erstattede muskler med maskiner. En opfindelse, som kickstartede den industrielle revolution og grundlagde en ny tidsalder. En tidsalder som i den grad, er blevet erstattet af en ny online elektronisk verdensorden – et netværkssamfund, hvor Internettet med sin struktur og anvendelighed, har gjort det muligt, at sprede store mængder information på meget kort tid og til mange mennesker. Imidlertid har strukturen dog også vist sig at være velegnet til ophavsretskrænkelser i et omfang og med en hastighed, som ikke førhen har været set i den analoge verden. Det skyldes især fremkosten af de såkaldte »*sociale medietjenester*«, som danskerne for alvor har taget til sig¹. De sociale medietjenester på Internettet er karakteriseret ved, at brugerne uden forudgående kontrol, kan tilgængeliggøre eget indhold. Dette har vist sig at være velegnet til ophavsretskrænkelser, da der ikke findes et filter for, hvad brugerne kan tilgængeliggøre. Hertil kommer, at brugerne på Internettet har mulighed for at skjule sin identitet, hvilket i praksis vanskeliggør den rettighedshavendes retsforfølgelse af den primære gerningsmand. Af denne årsag har det været nærliggende for domstolene, at fokusere på de forskellige tjenesteudbydere af informationer, som er forholdsvis lette at identificere. Dette har desårsag åbnet et centralt juridisk spørgsmål om, hvorvidt en udbyder af en social medietjeneste kan gøres medansvarlig for sin formidling af information, som principielt set, er foretaget af en anden. Derudover er det blevet debatteret, hvorvidt ophavsretten er forældet, og en hindring for samfundsmæssig efficiens.

I dansk ret er det den almindelige lovgivning der afgør om information på Internettet er ulovligt, og såfremt at tjenesteudbyderne kan ifalde et ansvar, er muligheden dog ikke ubegrænset. Således regulerer e-handelsdirektivets artikel 12-14, der i dansk ret er implementeret ved e-handelsloven §§ 14-16, internetformidlers ansvarsfrihed. Formålet med dette var, at fjerne den divergerende retsstilling i medlemsstaternes lovgivning og praksis på området, da forskellene var til hinder for et velfungerende indre marked. Der må dog, godt 14 år efter implementeringen, stilles spørgsmålstegn ved, om det tilsigtede formål er opfyldt. Flere af bestemmelserne, herunder ansvarsfritagelsen for formidlere af sociale medietjenester, har nemlig givet anledning til fortolkningstvivl og synes at være en hindring for samfundsmæssig efficiens. EU-Domstolen har imidlertid i nyere retspraksis afsagt en række domme, og fremsat tiltag, som formentlig kan bistå til forståelsen af ansvarsfritagelserne og skabe samfundsmæssig efficiens.

¹ <http://www.dst.dk/Site/Dst/Udgivelser/GetPubFile.aspx?id=20740&sid=itvirk2015>

² Behandlet i afsnit 4.8.4.1

1.1 – Problemformulering

I kontekst til indledningen er formålet med nærværende tværfaglige afhandling, at undersøge den juridiske ansvarsretlige problemstilling, der opstår, når brugere foretager ophavsretskrænkelser på sociale medietjenester. Afhandlingen vil benytte den korrekte juridiske håndtering, hvorfor det indledningsvis undersøges, hvorvidt der i gældende dansk ret findes hjemmel til, at formidlere af sociale medietjenester kan ifalde et ansvar for den retsstridige information. Såfremt, at dette er tilfældet, vil det efterfølgende undersøges, i hvilket omfang formidleren af den sociale medietjeneste kan påberåbe sig ansvarsfriheden efter e-handelslovens § 16 om hosting. I den kontekst vil formidlerens kendskab til den retsstridige information særligt blive behandlet. Den økonomiske del vil undersøge de økonomiske incitamenter for ophavsret, og vurdere hvorvidt det nuværende ansvarsregime er samfundsmæssigt efficient.

Afhandlingen søger konkret at besvare følgende problemformulering:

<i>Juridisk spørgsmål:</i>	I hvilket omfang kan formidlere af sociale medietjenester ifalde et ansvar for formidling af tredjemands ophavsretskrænkende information?
<i>Økonomisk spørgsmål:</i>	Hvorfor er der behov for ophavsret, og hvilket indirekte ansvarsregime er efficient ved ophavsretskrænkelser?
<i>Integreret spørgsmål:</i>	Bør e-handelslovens ændres, og i så fald, hvilke ændringer bør foretages?

Ovenstående spørgsmål er styrende for afhandlingens faglige og metodiske valg, og vil blive behandlet ud fra en samfundsmæssig synsvinkel i den nævnte rækkefølge. Det skyldes, at juraen og økonomien har samme berøringsflade i nærværende problemstilling. Det juridiske resultat og den efterfølgende retsøkonomiske analyse, vil derfor benyttes til en samlet konklusion af, hvilken retstilstand der er samfundsmæssigt efficient.

1.2 – Metode

1.2.1 – Juridisk metode

Afhandlingens juridiske problematikker besvares ved anvendelsen af den almindelige juridiske metode, som vil være af retsdogmatisk karakter. Hermed søges at subsumere de konkrete fakta under de centrale retsregler for formidleransvaret, med henblik på at fastslå, hvad der er gældende ret - *de lege lata*.

Besvarelsen vil følge strukturen i lovgivningen og fortolke de relevante retsregler samt retspraksis på området. Til dette benyttes de sædvanlige juridiske retskilder såsom juridiske retsforskrifter, retspraksis og juridisk litteratur. Da de relevante regler er direktivbaserede og, at der ej heller foreligger synderlig dansk retspraksis på området, vil afhandlingen benytte sig af nylig retspraksis fra EU-Domstolen.

1.2.2 – Økonomisk metode

Til afhandlingens økonomiske del benyttes den retsøkonomiske metode på problemformulerings faktiske problemstilling, som i nærværende afhandling er tolket som anvendt mikroøkonomi i relation til retlige forhold. Den retsøkonomiske analyse lægger vægt på de centrale elementer inden for retsøkonomien; incitamentsbetragtningen, Coase og økonomisk efficiens. Indledningsvis undersøges det ved hjælp af mikroøkonomiske modeller, hvilke økonomiske incitamenter der er for ophavsret. Herefter vurderes det, hvilket ansvarsregime der maksimerer samfundets velfærd ved ophavsretskrænkelser på sociale medietjenester. Til dette anvendes Kaldor-Hicks' efficiens-kriteriet i en cost-benefit model til analysen af, hvilket indirekte ansvarsregime der allokerer samfundets ressourcer efficient, og dermed maksimerer samfundets velfærd.

1.2.3 – Integreret metode

Afhandlingens integrerede del vil blive besvaret ved anvendelsen af en kombineret retspolitisk og retsøkonomisk metode. Analysen vil tage udgangspunkt i de problemstillinger, som har gjort sig gældende i den juridiske og økonomiske analyse. Der vil således argumenteres for hvilke hensyn der bør tages for at skabe en optimal rets- og markedstilstand.

1.3 – Afgrænsning

1.3.1 – Juridisk afgrænsning

Afhandlingen tager udgangspunkt i formidleransvaret ved ophavsretlige krænkelse på sociale medietjenester. Det falder derfor udenfor afhandlingens formål at redegøre for, og analysere det ansvar, som kan gøres gældende over for den primære gerningsmand. Dette betyder også at tilfælde, hvor formidleren selv er indholdsleverandør, ikke behandles. Det falder også uden for afhandlingen at foretage en dybdegående analyse af de forskellige typer af krænkelsesformer. Afhandlingens fokus er på sociale medietjenester og de ansvarsretlige problemstillinger som gør sig gældende i forbindelse med e-handelslovens § 16 om hostingudbyderes oplagring af ophavsretskrænkende indhold. InfoSoc-direktivet og e-handelslovens øvrige ansvarsfrihedsregler i §§ 14 og 15 vil derfor ikke blive berørt.

Som udgangspunkt vil afhandlingen benytte dansk retspraksis, men da de relevante regler er direktivbaserede, og at der ej heller foreligger synderlig dansk retspraksis på området, vil afhandlingen benytte sig af retspraksis fra EU-Domstolen og domme fra andre medlemsstater. Formålet med dette er ikke en udpenslende og fuldstændig redegørelse af dommene, men udelukkende henviser til de dele af afgørelserne, som vurderes relevant for afhandlingen. Således vil afhandlingen ikke behandle de varemærkeretlige problemstillinger i ”de forenede sager” eller ”L’Oreal/eBay” samt EU’s Charter om grundlæggende rettigheder, som SABAM-afgørelserne vedrører, og henviser til. Det falder desuden uden for afhandlingens formål og omfang, at redegøre for de juridiske regler og retspraksis om formidleransvaret i DMCA, som e-handelsdirektivet er inspireret af om end, at dette er nævnt i forbindelse med EU’s offentlige høring². Slutteligt skal det nævnes, at afhandlingen ikke vil behandle spørgsmål vedrørende straf- og erstatningsudmåling ved de berørte retskrænkelser.

1.3.2 – Økonomisk afgrænsning

I den økonomiske tilgang vil der blive afgrænset fra en dybdegående analyse fra andre filosofiske trosretninger end dem, som er anvendt i analysen. Den retsøkonomiske teori og metode, og den ophavsretlige beskyttelsesret har været udsat for mange analyser, hvorfor det vil være umuligt at inddrage dem alle inden for afhandlingens omfang. Således anvendes kun dem, som synes relevant for afhandlingens formål. Til besvarelsen af hvilket ansvarsregime, som ud fra en

² Behandlet i afsnit 4.8.4.1

Kaldor-Hicks betragtning er mest efficient, afgrænses fra at undersøge det direkte ansvarsregime, samt ansvarsregimet uden ansvar.

1.4 – Terminologi

Afhandlingen vil benytte fagudtryk, som repræsenterer begrebsstrukturen inden for Internettet, herunder Internetretten. I det følgende klarificeres, hvordan begreberne i afhandlingen er anvendt.

1.4.1 – Social medietjeneste

Social medietjeneste bruges om den internetteknologi, som understøtter videns-udveksling og samarbejde mellem brugere på Web 2.0-tjenester. Hermed forstås almindeligvis en online tjeneste, hvor privatpersoner har mulighed for at oprette profiler og kommunikere med hinanden, herunder dele oplysninger og indhold. Med andre ord, er kendetegnene, at størstedelen af indholdet skabes via profilsider, uploads af billeder og videoer, samt skriftlig interaktion. Fælles for dem alle er, at de er af dynamisk karakter, hvor brugerne skaber det indhold, som oplagres hos formidleren.

1.4.2 – Formidler

Kommunikationsprocessen på Internettet er kendetegnet ved at involvere en række formidlere, som agerer mellemlid. Begrebet ”formidler” anvendes ensbetydende med lovens § 2, stk. 2, der definerer en tjenesteyder som enhver fysisk eller juridisk person, som leverer en informations-samfundstjeneste. Formidlerne er mellemlid, hvis rolle består i, at én bruger anmoder formidleren om at videregive information, mens en anden bruger anmoder om modtagelse af informationen. E-handelsloven behandler tre typer af formidlere: *netværksoperatøren og acces provideren, catheren og hostingudbyderen*. *Netværksoperatøren og acces provideren* er kendetegnet ved at eje og stille den overordnede teknologi til rådighed, samt levere mulighed for internet-kommunikation til slutbrugeren. *Catherens* funktion er, at transmittere information på et kommunikationsnet. *Catching* defineres som automatisk, mellemliggende og midlertidig oplagring af information, som er foretaget alene med det formål, at gøre senere transmission af informationen mere effektiv.

Slutteligt er der *hostingudbyderen*, som nærværende afhandling omhandler. Hostingudbyderen stiller serverplads til rådighed for, at internetbrugere kan oplagre information. Hostingudbyderen fungerer derfor som en værtsrolle for de informationer og data, som er tilgængelige via Internettet.

1.4.3 – Brugerskabt indhold

Med Web 2.0 er læseren blevet en aktiv deltager, der selv fortæller og kommenterer. Betegnelsen brugerskabt indhold dækker over alt materiale, der skabes eller uploades online af helt almindelige mennesker, som er ”ikke professionelle”.

1.5 – Anvendte forkortelser

EHD = E-handelsdirektivet

EHL = E-handelsloven

OPHL = Ophavsretsloven

STRL = Straffeloven

DMCA = Digital Millennium Copyright Act

NTD = Notice-and-takedown

2. Ophavsretskrænkelser på sociale medietjenester

Det faktum, at antallet af brugere på sociale medietjenester stiger³, øges tilsvarende mulighederne for skadegørende handlinger. Den digitale virkelighed har taget over, hvilket tilmed har fået American International Group Inc., verdens største forsikringsselskab, til at lancere en forsikring mod krænkelser på Internettet⁴. Forsikringen er specifikt rettet mod sociale medietjenester og dækker forskellige typer af krænkelser. Dette indledende eksempel er blot med til at illustrere, hvor aktuelt et emne krænkelser på sociale medietjenester, er blevet.

I dansk ret findes der ikke nogen særlig regulering af ansvaret for handlinger på Internettet. Det er med andre ord den almindelige lovgivning der afgør, om indhold på Internettet er ulovligt⁵. Reglerne er teknologineutrale, og det er således svært at give et fuldstændigt overblik over de mulige retskrænkelser, som har tilknytning til informationsformidlingen på Internettet. Eksempler på typiske strafferetlige krænkelser består hovedsageligt i begrænsningerne af friheden til at ytre sig. Det drejer sig særligt om freds- og æreskrænkelser og racistiske ytringer. Dette har medierne haft fokus på⁶, da de sociale medietjenester er blevet et forum, hvor folk udtrykker ekstreme følelser i hårde vendinger. Dette har kastet et par domme af sig, hvor brugere på Facebook, har overtrådt racismeparagraffen⁷. Med overgangen til et netværkssamfund siges det populært, at der er sket et paradigmeskift i virksomheders måde at markedsføre sig på. Virksomheder benytter i stigende grad sociale medietjenester til markedsføring⁸, og overordnet set, skal markedsføring på sociale medietjenester overholde samme regler, som gælder for markedsføring på Internettet⁹. Dette er navnlig reglerne om spamming, produktansvar, hæleri, hacking, opfordring til ulovlige handlinger og trusler m.v. Der er i praksis eksempler på virk-

³ <http://www.dst.dk/Site/Dst/Udgivelser/GetPubFile.aspx?id=20740&sid=itvirk2015>

⁴ <http://finans.dk/live/erhverv/ECE7974217/Nu-kan-du-forsikre-din-familie-mod-kr%C3%A6nkelse-p%C3%A5-nettet/?ctxref=ext>

⁵ Ruth Nielsen & Søren Sandfeld Jakobsen (2011), s. 259

⁶ <http://www.mx.dk/nyheder/danmark/story/26486615>, <http://www.fyens.dk/indland/Injurier-paa-Facebook-Loven-boer-aendres-mener-jurister/artikel/2807021>, <http://politiken.dk/indland/ECE549568/vi-er-naer-ved-retsloese-paa-facebook/>

⁷ <http://www.domstol.dk/glostrup/nyheder/domsresumeer/Pages/Landskendtpolitikerstraffetforraciskrimination.aspx>

⁸ Ifølge Dansk Statistik benyttede op mod hver anden virksomhed med mindst 10 ansatte sociale medier, <http://www.dst.dk/da/Statistik/NytHtml?cid=18587>

⁹ <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledninger/Markedsfoeringsloven/Sociale-medier>

somheder, som er blevet anmeldt og dømt for ulovlig markedsføring på sociale medier¹⁰. Med fokus på ophavsretten, vil det følgende fremhæve de væsentlige ophavsretlige regler, og de krænkelse, som typisk gør sig gældende på sociale medietjenester.

2.1 – Ophavsretlige krænkelse

Internettet, herunder sociale medier, har vist sig ideel til ophavsretlige krænkelse, da brugere har mulighed for at uploade og dermed formidle billeder, film, musik, litteratur m.v. i det digitale netværk. Der gælder som altovervejende udgangspunkt de samme regler for overholdelse af ophavsretten uanset om værkerne optræder i fysisk eller digital form. Det betyder, at: *»Den, som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk, har ophavsret til værket, hvad enten dette fremtræder som en i skrift eller tale udtrykt skønlitterær eller faglitterær fremstilling, som musikværk eller sceneværk, som filmværk eller fotografisk værk, som værk af billedkunst, bygningskunst eller brugskunst, eller det er kommet til udtryk på anden måde«*, jf. ophavsretslovens (OPHL) § 1. Konsekvensen heraf er, at andre ikke offentligt må tilgængeliggøre information, som andre har rettighederne til. I forhold til afhandlingens fokus på sociale medietjenester betyder dette, at forinden brugerne tilgængeliggør eller eksemplarfremskaffer andres værker offentligt på tjenesten, skal vedkommende have indhentet samtykke fra rettighedshaverne, jf. OPHL § 2. Desuden har ophavsmanden krav på at blive navngivet, når værket gøres tilgængeligt for almenheden, jf. OPHL § 3. Et eksempel på et sådan brud skete under en politisk kampagne i 2012, hvor partiet Liberal Alliance indrykkede en helsideannonce med et fotografi af Lars Løkke Rasmussen (Venstre) i Berlingske Tidende og Politiken, samt på de sociale medier. Fotografiet var dog blevet taget af en fotograf, som havde indgået aftale med Venstre om at fotografere en del af partiets medlemmer. Fotografiet af Lars Løkke Rasmussen blev efterfølgende offentliggjort på Venstres hjemmeside under teksten ”Hent stort trykvenligt pressebillede”. Østre Landsret¹¹ fastslog, at det var ubestridt at Liberal Alliance havde hentet fotografiet fra hjemmesiden uden samtykke, samt at fotografen besad ophavsretten til fotografiet.

På sociale medietjenester ses det ofte, at brugerne linker til eksempelvis netaviser, musiknumre fra youtube.com eller lignende. Der er ingen specifikke regler i OPHL, som omfatter linking.

¹⁰ <http://www.jurainfo.dk/cult-idoemt-boede-paa-dkk-100-000-for-ulovlig-reklame-indeholdende-opfordring-til-vold/>, <http://www.b.dk/nationalt/en-aegte-dybfoelt-anbefaling-eller-blot-skjult-reklame>

¹¹ Østre Landsret, 30. Januar 2015 i anke 4. Afd. Nr. S-3584-13.

Det har hertil været diskuteret, om sådanne »*deep links*«¹², er lovlige uden forudgående at have indhentet samtykke fra rettighedshaveren. I den sammenhæng ses det ofte, at Internet hjemmesider selv opfordrer til, at brugerne kan dele linket til en underside. Et sådan tilfælde betragtes ofte som en tilladelse fra rettighedshaveren og anses som lovlig¹³, jf. EU-Domstolens sag C-466/12. Dette ses eksempelvis på youtube.com, som under rubrikken ”del” opfordrer til, at værket kan videresprede til Facebook, Twitter mm. Hertil skal det dog nævnes, at det ikke er tilladt at linke til værker, hvis linket omgår restriktive foranstaltninger og dermed giver en adgang, som ellers ikke var muligt¹⁴.

Bedømmelsen om, hvorvidt en tilgængeliggjort information er ophavsretligt beskyttet eller ej, har i praksis ikke kastet væsentlig tvivl af sig. Det skyldes, at det oftest ikke giver anledning til den store tvivl, hvorvidt tilgængeliggjort information, som berørt i nærværende, er ophavsretligt beskyttet eller ej¹⁵. Det største problem har hidtil været, hvor man har kunne anlægge sag ved online ophavsretlige krænkelser. EU-Domstolen konkluderede i den forbindelse i *Pez Hejduk-sagen*¹⁶, at ophavsmænd kunne anlægge sag an i eget hjemland. Dette vil alt andet lige styrke retsstillingen for rettighedshavere, da disse ikke længere er tvunget til at anlægge krænkelssager i andre lande.

Med fokus på de sociale medietjenester synes det også relevant at nævne, at når brugere uploader materiale på tjenesten, kan den sociale medietjeneste benytte materialet i bredt omfang. Det har sin årsag i, at brugerne ved deres oprettelse på den sociale medietjeneste, accepterer tjeneestens oftest vidtgående brugerbetingelser. Efter dansk ret må den sociale medietjeneste dog ikke anvende materialet i en for brugeren krænkende sammenhæng.

¹² »*Deep links*« er henvisninger til en internethjemmeside, som ligger ”dybere” end hjemmeside-kompleksets forside.

¹³ EU-Domstolens præmis 27 i sag C-466/12

¹⁴ EU-Domstolens præmis 31 i sag C-466/12

¹⁵ Heine m.fl. (2002), side 478

¹⁶ EU-Domstolens dom I sag C-441/13

3. Kan formidlere af sociale medietjenester ifalde et ansvar efter dansk ret?

Det almene udgangspunkt for krænkelse i dansk ret, er, at den som ved uforsvarlig adfærd forvolder skade, ifalder ansvar herfor. Dette princip gælder både i den analoge- og i den digitale verden. Formidleren bærer derfor ansvaret, hvis denne selv er ophavsmand for det uploadede og krænkende materiale. Det samme gælder for brugeren, som selv bærer ansvaret for eget uploadet materiale til formidlerens server. Som skildret i indledningen, så kan det i praksis være umuligt at identificere gerningsmanden. Det skyldes blandt andet muligheden for at anvende et falsk brugernavn med en tilhørende falsk IP-adresse. Derudover kan det også, på trods af en identifikation af IP-adressen, være svært at drage enkelte brugere til ansvar, da muligheden for at flere kan anvende samme netværk, er til stede. Sidstnævnte problemstilling tog Østre Landsret stilling til i 2008, hvor to kvinder blev frikendt, da det ikke kunne bevises hvem af de to, der havde foretaget krænkelsen på det trådløse netværk¹⁷. Anklageren argumenterede i sagen for, at abonnenten var ansvarlig for at sikre sit netværk, og var ansvarlig for andres brug af netværket. Dette bortkastede Østre Landsret, og krævede, at anklageren skulle bevise at det var sagsøgte selv der havde foretaget krænkelsen. Dette kunne ikke bevises, hvorfor begge blev frifundet. For øjeblikket er en ensartet problemstilling omtalt i medierne, da advokatfirmaet OPUS Law har udsendt et brev til hundredevis af danskere for ophavsretlig ulovlig streaming på Internet tjenesten Popcorn Time.¹⁸

På baggrund af ovenstående problematik har det været mere attraktivt og effektivt at gøre formidleren/mellemmanden mellem afsender og modtager, medansvarlig for tredjemands retsstridige information. Kendetegnene ved sociale medietjenester er, at brugerne skaber det indhold, som oplagres hos formidleren. Formidleren er med andre ord vært for de informationer og data, som brugerne gør tilgængelige på tjenesten. Der kan af denne årsag ikke være tale om et subsidiært ansvar. Det følgende vil derfor undersøge dansk rets muligheder for, at udbydere af sociale medietjenester som følge af sin medvirken, kan ifalde et indirekte ansvar.

¹⁷ B-19-08

¹⁸ <http://opus-law.dk/2015/08/17/filmproducenter-intensiverer-jagten-mod-ulovlig-download/>

3.1– Objektivt ansvar og det objektive redaktøransvar

Det objektive ansvar er karakteriseret ved, at en skadevolder kan ifalde sig et ansvar uden at have handlet forsætligt eller uagtsomt. Et objektivt ansvar forudsætter som udgangspunkt klar lovhjemmel eller en retsgrundsætning. Der er imidlertid ingen lovregler, som direkte forholder sig til formidleransvaret på Internettet. I praksis er det dog sket, at domstolene har pålagt skadevoldere et objektivt ansvar uden lovhjemmel, men det har hovedsageligt været i forbindelse med materialesvigt og lignende, som ikke skønnes at have relevans i forhold til formidleransvaret.

Det har dog været diskuteret, hvorvidt redaktøransvaret i medieansvarsloven § 6, stk. 3 kunne finde anvendelse for formidlere på Internettet. Af bestemmelsen fremgår det, at redaktøren kan gøres ansvarlig uden at have udvist konkret skyld. Dette blev dog bortkastet, da det objektive redaktøransvar efter medieansvarsloven, kun gælder traditionelle massemedier, som omhandlet i medieansvarslovens § 1¹⁹. Medier, som leveres online over en vis distance og som leveres på individuel anmodning, falder hermed udenfor, og skal bedømmes efter de almindeligt gældende ansvarsregler²⁰. Derudover er ét af hovedprincipperne i medieansvarsloven, at den ansvarshavende redaktør er med til at bestemme indholdet. Dette gør sig ikke gældende for formidlere af sociale medietjenester, om end at de til dels er med til at fastlægge rammerne for indholdet. På baggrund heraf må det konkluderes, at formidlere af sociale medietjenester ikke kan ifalde hverken et objektivt- eller et redaktøransvar.

3.2– Strafferetligt medvirkenansvar

Eftersom formidlere af sociale medietjenester, jf. afsnittet ovenfor, hverken kan ifalde et objektivt- eller redaktøransvar, er det nærliggende at undersøge hvorvidt formidleren kan ifalde et strafferetligt ansvar.

Dansk strafferet opererer med et meget bredt medvirken-begreb. Begrebet omfatter opfordring, opmuntring og ophidsen, hvor der ikke er nogen sondring mellem hovedgerningsmanden, og den, som ikke direkte har taget del i den strafbare handling. Straffelovens § 23 kriminaliserer i udgangspunktet udelukkende den aktive medvirken, men teori og praksis har fastslået, at passiv

¹⁹ Medieudvalgets betænkning nr. 1320 fra juni 1996

²⁰ PN 12-70-00288: Klage over Google.dk, som ikke var anmeldt efter Medieansvarslovens § 8

medvirken ud fra en analog eller udvidende fortolkning kan være strafbar²¹. Bestemmelsen indikerer umiddelbart ikke, at den finder anvendelse for internetformidlers medvirken, men antages at favne bredt og omfatte alle former for adfærd²².

I det følgende vil der tages afsæt i den strafferetlige ramme for medvirkenansvaret, hvorefter det analyseres, hvorvidt formidleren af en social medietjeneste kan ifalde et strafferetligt medvirkenansvar for hhv. aktiv- og passiv medvirken.

3.2.1 – Legalitetsprincippet

Den danske straffelov bygger på det grundlæggende legalitetsprincip, hvor ingen kan straffes uden den fornødne lovhjemmel, jf. STRL. § 1²³. Det grundlæggende princip og det strenge hjemmelskrav udelukker tilmed muligheden for at straffe andre personer end det straffesubjekt, som ved sin gerning objektivt opfylder gerningsindholdet, hvis indhold er omfattet af en given bestemmelse²⁴. Denne bestemmelse ville dog stride mod den almindelige retsbevidsthed i samfundet, hvis ikke den, som medvirker til en kriminaliseret gerning, vil kunne pålægges et ansvar for sine anstiftelser. Dette ville i ophavsretligt henseende medføre, at alene den, der foretager eksemplarfremstillingen, ville straffes efter OPHL §§ 76-78, hvorimod den medvirkende til gerningen, ikke ville straffes. Derfor er der i lovens STRL § 23, stk. 1, 1. pkt. hjemmel for at straffe en eventuel medvirkende. Bestemmelsen finder både anvendelse i straffeloven samt straffebestemmelser i særlovgivningen, jf. STRL § 2. Bestemmelsen dikterer, at »den for en lovovertrædelse given straffebestemmelse omfatter alle, der ved tilskyndelse, råd eller dåd har medvirket til gerningen«, kan straffes. En medvirkende som ved tilskyndelse, råd eller dåd har medvirket til den ulovlige eksemplarfremstilling, kan således også straffes efter ophavsretsloven.

Det grundlæggende princip er derfor, at alle som handler sammen om en forbrydelse, principielt ligestilles og pådrager sig samme strafansvar²⁵. Det altafgørende i denne sammenhæng er, om der er deltaget i- eller bidraget til den strafbare handling.

²¹ Vagn Greve (2004), Side 92

²² Johan Schlüter m.fl., *Medvirken til ophavsretskrænkelser på Internettet*, side 518

²³ <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=172754>

²⁴ Trine Baumbach (2008), side 152-155

²⁵ Gorm Toftegaard Nielsen (2013), side 182-183

3.2.2 – Kravet om tilregnelser

Udover legalitetsprincippet skal tilregnelserkravet være opfyldt for at en person kan ifalde straf. Med tilregnelser menes i strafferetten, det subjektive forhold som en person har til en foretaget handling. Dermed skal den konkrete forbrydelse med alle sine objektive elementer, kunne henføres til en person som hans forsætlige eller uagtsomme forhold. I dansk ret sondres mellem flere former, arter eller grader af tilregnelser, men kan udtømmende beskrives som forsæt og uagtsomhed. Tilregnelserkravet indebærer en forudsætning for, at gerningspersonen har indset risikoen for at forårsage faren. I forhold til formidlernes rolle betyder dette, at formidleren skal have positiv viden om den retsstridige information. Formidleren skal derfor enten have ønsket at en vis følge skulle indtræde, eller have været vidende om det forhold, der gør hans handling strafbar²⁶. Kravet om forsæt er hjemlet i STRL. § 19. I forhold til medvirkenansvaret gælder det, at tilregnelserkravet for den medvirkende til forbrydelsen følger tilregnelserkravet til forbrydelsen. Er der dermed alene tale om en lovovertrædelse ved forsæt, kan der ligeledes kun straffes ved forsætlig medvirken. Det samme gør sig gældende for uagtsomhed. Det er et krav, at tilregnelsen foreligger på det tidspunkt, hvor den strafbare handling foretages, hvorfor at man ikke kan få efterfølgende forsæt. I forhold til formidleren af sociale medietjenester betyder dette, at hvis denne fjerner det strafbare materiale, opnås der ikke den nødvendige tilregnelser ved senere at acceptere den strafbare handling²⁷. Dette er ensbetydende med, at tilregnelsen ved medvirken skal eksistere før den strafbare handling er afsluttet.

Formidlere af sociale medietjenester stiller i sin værtsrolle, som host, blot serverplads til rådighed for, at brugere kan oplagre information. Formidlerne gør ikke selv retsstridigt materiale tilgængeligt på deres server og er dermed ikke delagtige i de krænkelses, som potentielt formidles af brugerne. Formidling af information er ej heller strafbestemt, hvorfor ansvaret desårsag skal findes i reglerne om medvirken.

3.2.3 – Medvirken

Som det fremgår af ovenstående afsnit er bestemmelsen om medvirken i STRL § 23 et værn til at straffe den medvirkende gerningsmand, som uden selvstændigt at have taget del i den strafbare handling, har været med til at opfylde gerningsindholdet. I udgangspunktet er det den akti-

²⁶ U1992.455H. Dommen beskæftiger sig med den mildeste grad af forsæt, *dolus eventualis*.

²⁷ Knud Waaben (2015), side 216

ve medvirken, som er kriminaliseret i STRL § 23. Der kan argumenteres for, at formidlere af sociale medietjenester opfylder dåds-betingelsen i STRL § 23, stk. 1, og dermed kan gøres ansvarlige. Det skyldes at den strafbare handling i form af oplagring af information ikke kunne finde sted, hvis ikke serverpladsen blev stillet til rådighed for deres brugere. Som det fremgår af afsnittet om tilregnelse, så kræves det for at ifalde et ansvar, at formidlerne har den nødvendige tilregnelse til den strafbare krænkelse. Om den nødvendige tilregnelse udtalte landsretten i U 2005.60 V (DivXit), at det var *»ubetænkeligt at fastslå, at hjemmesiden havde til formål af opfordre til og medvirke til ulovlig kopiering og distribution af digitale filmværker og til ulovlig downloading af filmundertexter«*. Det kan derfor med rette konkluderes, at hvis formidleren direkte opfordrer eller påvirker brugeren til den strafbare krænkelse, så ifalder denne et ansvar for aktiv medvirken.

Hovedsageligt er formidlere af sociale medietjenester dog passive. Som førnævnt kriminaliserer STRL § 23 kun den aktive medvirken, men både teori og praksis har fastslået, at passiv medvirken ud fra en udvidende fortolkning af bestemmelsen, kan være strafbar. I lyset af dette, vil det typisk være den passive medvirken som har relevans for formidleransvaret på Internettet. Det følgende vil derfor behandle muligheden for, om formidlere kan ifalde et ansvar ved passiv medvirken.

3.2.3.1 – Strafbar passivitet

I den juridiske teori har man kategoriseret straffelovens bestemmelser i *»handlingsforbrydelser«* og *»undladelsesforbrydelser«*. Strafbar passivitet tilhører *»undladelsesforbrydelser«* og kan defineres som en *ikke-foretagelse af en handling*, som man *burde have* foretaget. Der er med andre ord udvist en adfærd, som ikke stemmer overens med lovens krav²⁸. I teorien tales der om *»egentlige«* og *»uegentlige«* undladelsesforbrydelser, som er en undersondring inden for gruppen af undladelsesforbrydelser²⁹. Det afgørende for denne sondring er, om straffebestemmelsens ordlyd påbyder eller forbyder handlinger. En egentlig undladelsesforbrydelse er en undladelse, hvor lovgiver i loven har påbudt en handlepligt. Dette har ikke relevans for formidleransvaret, hvorfor det er nærliggende at kigge på de uegentlige undladelsesforbrydelser.

²⁸ Nicolaj Sivan Holst (2015), side 25

²⁹ Nicolaj Sivan Holst (2015), side 28

De uegentlige undladelsesforbrydelser for passiv medvirken er ikke hjemlet i loven, men skal findes ved en udvidende fortolkning af STRL § 23, stk. 1. De præcise betingelser for passiv medvirken synes dog ikke klarlagt i teorien, men som udgangspunkt er det en afgørende forudsætning, at der er tilknytning og kendskab til den ulovlige aktivitet, samt etableret en handlepligt for den passive gerningsmand³⁰. Formidlere af sociale medietjenester skal med andre ord have forsæt og kendskab til krænkelsen.

3.3– Erstatningsretligt medvirkenansvar

Det erstatningsansvarlige medvirkenansvar tager udgangspunkt i den grundlæggende retsgrundsætning, culpa-reglen, som udgør dansk rets almindelige erstatningsgrundlag. Reglen indebærer, at den som ved uforsvarlig adfærd forvolder skade, ifalder ansvar herfor, når adfærdens kan tilregnes skadevolderen som forsætlig eller uagtsom, medmindre der foreligger særlige fritagelses- eller undskyldningsgrunde, eller skaden må anses for inadækvat³¹. Med andre ord foreligger der et ansvar for de skader, en skadevolder kunne og burde have undgået at forvolde.

Efter culpa-reglen kan formidlere af sociale medietjenester desårsag ifalde et ansvar, hvis handlingen har været uforsvarlig og kan tilregnes formidleren som forsætlig eller uagtsom. En handling er forsætlig, hvis formidleren enten har tilsigtet den pågældende skade, eller hvis formidleren har indset, at handlingen ville medføre den indtrådte skade. En handling er derimod uagtsom, når formidleren ikke har indset, men burde have indset den nærliggende mulighed for skadens indtræden. Graden af uagtsomhed kan være mere eller mindre grov og ved domstolernes afgørelse tages der udgangspunkt i, hvor stor en fare der er forbundet med handlingen, samt om formidleren ved almindelig agtpågivenhed ville have indset, at skaden kunne indtræde. Ydermere kan formidlere også ifalde et ansvar, hvis en handling er uforsvarlig adfærd. Hermed menes tilfælde, hvor formidleren har pligt til at iagttage særlige forsigtighedsforanstaltninger³². En undtagelse kan karakteriseres som uforsvarlig adfærd, hvis formidleren er pålagt en vis handlepligt. I almindelighed har man ikke pligt til at foretage sig noget aktivt for at forhindre

³⁰ Mads Bryde Andersen (2000), side 203

³¹ Børge Dahl (2008), side 255

³² Børge Dahl (2008), side 257

en skade, men der gælder en særlig handlepligt når der udøves virksomhed, der i særlig grad frembyder fare for andre³³.

3.4– Sammenfattende og vurdering af medvirkenansvaret

Som det fremgår af det berørte strafferetlige- og erstatningsretlige ansvarsgrundlag, så er principperne for medvirken tilnærmelsesvis ens i tankemønstret og betingelserne. Det er på baggrund af analysen muligt, at opstille de generelle betingelser for, hvornår en formidler af en social medietjeneste kan ifalde et ansvar for sin passive medvirken:

- i. Formidleren skal have særlig tilknytning til retskrænkelsen
- ii. Formidleren har kunne, eller burde have indset, at der var tale om en krænkelse.
- iii. Det skal have været muligt for formidleren at forhindre krænkelsen.

Ad første betingelse (i) fremgår det, at formidleren skal have en særlig tilknytning til det handlingsforløb, som afsluttes med en strafbar handling. Formidlere på sociale medietjenester stiller hovedsageligt serverplads til rådighed for, at brugerne permanent kan oplagre information på deres tjeneste. Forinden den oplagrede information, har brugeren typisk accepteret de generelle vilkår for at benytte formidlerens tjeneste, hvorfor der tilmed består et aftaleforhold. Et sådan aftaleforhold har i praksis vist sig at udgøre tilstrækkelig tilknytning, jf. U 1996.209 H³⁴. Det kan derfor med rette konkluderes, at betingelsen om særlig tilknytning er opfyldt. Betingelse (iii) knytter sig ligeledes til formidlernes tekniske funktion, da de har adgang til den oplagrede information samt kan kontrollere indhold og trafik på deres tilbudte tjeneste. Dermed eksisterer også muligheden for at forhindre krænkelsen med en aktiv handling.

Det helt centrale spørgsmål er derfor, hvorvidt internetformidlere kunne eller burde have indset, at der var tale om en krænkelse, jf. betingelse (ii). Betingelsen med ordene, »kunne« og »burde«, omfatter implicit en handlepligt for den passive medvirker. Først og fremmest må det påpeges, at formidlere af sociale medietjenester, som netop muliggør brugere at tilgængeliggøre eget materiale, *kunne* have forudset, at krænkelse kunne finde sted. Dette kan dog af naturlige grunde ikke være strafbart, da formidlere ikke forud kan styre, hvad brugere vil gøre tilgænge-

³³ Børge Dahl (2008), side 257

³⁴ Dommen omhandlede en udgiver, som ved passiv medvirken ifaldt et ansvar for sin passivitet over for en annoncørs indhold. Der forelå et aftaleforhold mellem udgiver og annoncør.

ligt. Hvis formidlerne skulle tage det forbehold, vil de uden tvivl blive pålagt en stor ressourcemæssig og økonomisk byrde, da et sådan tiltag vil kræve investeringer i at udvikle en løsning, som kunne forhindre tilgængeliggørelsen af brugergenererede krænkelser. Derimod foreligger der dog i teorien mulighed for at overvåge og undersøge, hvad brugerne *har* gjort tilgængeligt. Dette vil kræve, at internetformidlerne overvåger, hvad der oplagres på deres tjeneste, hvorefter de fjerner det, hvis det indeholder ulovligt materiale. En sådan overvågningsforpligtelse af informationsformidlere på internettet er ikke hjemlet ved dansk ret, men muligheden for at pålægge den, vil blive behandlet senere i analysen i forbindelse med e-handelslovens ansvarsfrihedsregler.

Som det fremgår af de opstillede betingelser, så kan et ansvar ifaldes formidleren, hvis denne har tilknytning til den retsstridige handling og kunne have forhindre den. At formidleren skal have en vis tilknytning til krænkelsen og mulighed for at forhindre forbrydelsen, indikerer, at jo større tilknytning formidleren har til den krænkede information, desto strengere krav stilles der til vedkommendes handlepligt, hvis vedkommende skal undgå at ifalde et ansvar³⁵. Hvorvidt formidlerens handlepligt som passiv medvirker består, må i sin naturlighed, blive behandlet ud fra de konkrete tilfælde i den pågældende sag. Faktum er dog, at der i gældende dansk ret findes en hjemmel til, at formidlere kan ifalde et straffe- og/eller erstatningsretligt medvirkenansvar for formidling af retsstridig information³⁶.

Som tidligere omtalt, er internetformidlers ansvar dog delvist reguleret i den danske e-handelslov. Loven begrænser ansvaret for formidlere, men ikke muligheden for at benytte foreløbige retsmidler i form af forbud og lignende, som almindeligvis anses for den væsentligste form for retshåndhævelse. Derudover medfører reglerne heller ikke, at formidlere af sociale medietjenester i alle tilfælde kan påberåbe sig e-handelslovens ansvarsfrihedsregler. Dette undersøges nærmere i det følgende.

³⁵ Heine m.fl. (2002), side 483

³⁶ U 2001.1572 V – Sagen illustrerer, at en informationsformidler kan ifalde både et straffe- og erstatningsretligt ansvar for medvirken.

4. E-handelslovens ansvarsfrihedsregler

Med lov nr. 227 af 22. April 2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel (e-handelsloven), har Danmark implementeret Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF om visse aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel i det indre marked (E-handelsdirektivet). Hensigten med direktivet var at fjerne den divergerende retsstilling i medlemsstaternes lovgivning og praksis på området, da dette ville sikre den frie bevægelighed i EU's indre marked for informationssamfundstjenester mellem medlemsstaterne³⁷. Til at realisere dette, indeholder direktivets artikel 12-15 begrænsninger i formidlerens ansvar i forbindelse med krænkelse via den leverede tjeneste. Ansvarsfrihedsreglerne bygger på det samme grundlæggende princip som i dansk ret om, at jo mindre tilknytning internetformidleren har til de informationer der transmitteres, desto mere grundlag er der for, at internetformidleren er ansvarsfri³⁸.

Direktivets ansvarsfrihedsbestemmelser er tilnærmelsesvis ordret implementeret i e-handelslovens §§ 14-16. Lovgiver har i reglerne valgt at holde lovteksten tæt op af direktivteksten for at sikre, at disse blev implementeret i overensstemmelse hermed³⁹. E-handelsloven gengiver dog ikke bestemmelsen om overvågningsforbuddet i direktivets art. 15. Det har sin årsag i, at dansk ret ikke indeholder en generel overvågningsforpligtelse, og således allerede er i overensstemmelse med direktivbestemmelsen⁴⁰. Loven (og EHD) fastlægger dog ikke hvornår og under hvilke betingelser, en internetformidler ifalder et ansvar, men fastlægger udelukkende, hvornår formidleren er ansvarsfri.

Ansvarsfrihedsreglerne for internetformidlere i EHL §§ 14-16 (EHD art. 12-14) vedrører ansvarsfritagelse ved en bestemt aktivitet⁴¹, og er horisontale, således at de både omfatter ansvarsfritagelse fra det strafferetlige og erstatningsretlige medvirkenansvar⁴². Ansvarsfrihedsregler i EHL omfatter tre forskellige former for formidling:

³⁷ E-handelsdirektivets betragtning 8 og artikel 1, stk. 1.

³⁸ Heine m.fl. (2002), side 483.

³⁹ L 61, FT 2001-02

⁴⁰ Heine m.fl. (2002), side 496

⁴¹ Commission Staff Working Document (2012), side 26

⁴² Ruth Nielsen & Søren Sandfeld Jakobsen (2011), side 261

- EHL § 14 (EHD art. 12): ”Den rene videreformidler”, som omfatter automatisk, mellemliggende og kortvarig oplagring af transmitteret information, der leveres af en tjenestemodtager, og som udelukkende tjener til udførelse af transmissionen på kommunikationsnettet.
- EHL § 15 (EHD art. 13): ”Cacheren”, som på et kommunikationsnet transmitterer information, der leveres af en tjenestemodtager, og hvor der foretages automatisk, mellemliggende og midlertidig oplagring af informationen alene med det formål, at gøre senere transmission af informationen til andre tjenestemodtagere, efter disses anmodning, mere effektiv.
- EHL § 16 (EHD art. 14): Oplagreren/hosteren, som leverer en informationssamfundstjeneste, som består i oplagring af informationen leveret af en tjenestemodtager.

Ved opdelingen bemærkes det, at reglen om oplagring, er det centrale for afhandlings fokus på sociale medietjenester. Det har sin årsag i, at sociale medietjenester er karakteriseret ved at være dynamiske og oplagrer det indhold, som den aktive bruger gør tilgængeligt. Der er hermed ikke blot tale om en automatisk og midlertidig oplagring, men derimod en oplagring på ubestemt tid. Det følgende vil derfor indledningsvist behandle bestemmelsens generelle betingelser for ansvarsfrihed. Herefter vil det blive analyseret, hvorvidt sociale medietjenester er omfattet af bestemmelsen.

Det falder som nævnt udenfor afhandlingens formål og omfang at behandle EHL §§ 14 og 15 (EHD art. 12 og 13) om hhv. ren videreformidling og caching.

4.1– Oplagring (Hosting) EHL § 16 (EHD art. 14)

E-handelslovens § 16 om hosting vedrører ansvarsfritagelse for hostingudbydere i de tilfælde, hvor information oplagres på anmodning af tredjemand. Hosting adskiller sig fra EHL § 14 ved, at informationen oplagres på anmodning af tredjemand og på *ubestemt tid*. Dette gør, som tidligere nævnt, reglen til den mest interessante i forhold til afhandlingens fokus på sociale medietjenester. Hostingreglen i EHL § 16 omfatter tjenestetyper som web-hoteller, postservices, elektroniske opslagstavler, chatforums, blogs mv.⁴³, forudsat at de naturligvis opfylder betingelserne i lovens § 1. Hostingudbyderne fungerer hermed i en værtsrolle for de informationer

⁴³ <https://da.wikipedia.org/wiki/Webhosting>

og data, som er tilgængelige via Internettet, og er den form for formidling, der har den tætteste tilknytning til det transmitterede indhold. Som følge heraf, er betingelserne for ansvarsfritagelse også strengere end de andre formidlertyper i e-handelsloven. Efter e-handelslovens § 16 er udgangspunktet, at hostingudbydere ikke pådrager sig et ansvar for oplagring af information, forudsat at denne:

§ 16, stk. 1, nr. 1: Ikke har kendskab til den ulovlige eller skadevoldende aktivitet eller information og, for så vidt angår erstatningskrav, ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den skadevoldende aktivitet eller information fremgår, eller

§ 16, stk. 1, nr. 2: Fra det tidspunkt, hvor tjenesteyderen får et kendskab som nævnt i nr. 1, straks tager skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den.

§ 16, stk. 2: Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, når tjenestemodtageren handler under tjenesteyderens myndighed eller kontrol.

Det bemærkes at ansvarsfriheden for hostingudbydere kræver, at udbyderen har den fornødne passivitet og ikke selv tager beslutningen eller initiativet til oplagringen. Hostingudbyderen må ikke have kendskab til tredjemands oplagring af retsstridigt indhold, jf. betingelserne i stk. 1, nr. 1. Det fremgår ydermere af stk. 2, at tjenestemodtageren ikke kan påberåbe sig ansvarsfriheden, når denne handler under tjenesteyderens myndighed eller kontrol. Dette skal ses i lyset af e-handelsdirektivets betragtning 44, hvor at bevidst samarbejde ikke er omfattet af ansvarsfrihedsreglerne.

4.2– Er sociale medietjenester omfattet af EHL § 16 (EHD art. 14)?

Det har været omdiskuteret og givet anledning til usikkerhed, hvorvidt formidlere af sociale medietjenester, kunne påberåbe sig ansvarsfriheden efter e-handelsloven/e-handelsdirektivet. Usikkerheden skyldes, at det implementerede direktiv var gældende før de sociale mediers gennembrud, hvorfor reglerne desårsag ikke er affattet med henblik på disse. Hverken e-handelsdirektivet eller e-handelsloven præciserer i sine bestemmelser og betragtninger, hvad der ligger i begreberne ”oplagring” og ”information”, hvilket gør det vanskeligt at tolke, hvorvidt tjenester med brugerskabt indhold er omfattet.

Før direktivets vedtagelse var formidlerens rolle blot teknisk bistandsyder, som stillede de tekniske rammer til rådighed, uden at have nogen form for indflydelse på indholdet. Det gør sig

ikke længere gældende, da den information som formidles af den sociale medietjeneste, dels består af den information som brugerne tilføjer tjenesten, og dels af den information som tjenesten rummer i sig selv. Formidleren af den sociale medietjeneste agerer dermed ikke blot teknisk vært for det brugergenererede indhold, men er endvidere også indholdsudbyder af den sociale medietjeneste. På den måde er formidleren i en vis grad med til at fastlægge rammerne for brugernes adfærd på tjenesten, og kan potentielt opnå økonomisk gevinst ved brug. Inden for de seneste par år har praksis fra EU-Domstolen dog bidraget til forståelsen af hvilke tjenester, som er omfattet af EHL § 16 (EHD art. 14).

I ”de forenede sager” C-236/08 – C-238/08 tog EU-Domstolen stilling til en række præjudicielle spørgsmål forelagt af Frankrigs højeste appeldomstol, Cour de Cassation⁴⁴. Spørgsmålene blev stillet i forbindelse med tre verserende sager, som alle vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt Google med sin udbudte AdWords-tjeneste⁴⁵, kunne ifalde et medvirkeansvar for erhvervsdrivendes lovstridige brug af andre erhvervsdrivendes varemærker. Til besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål tog EU-Domstolen indledende stilling til, om Google som udbyder af deres ”AdWords-tjeneste” var en informationssamfundstjeneste, idet ansvarsfritagelsen i E-handelsdirektivets art. 14, stk. 1, finder anvendelse i tilfælde af *”levering af en informations-samfundstjeneste...”*. En informationssamfundstjeneste defineres i EHD og EHL som enhver tjeneste, der har kommercielt sigte, og som leveres online på individuel anmodning fra en tjenestemodtager. Begrebet ”informationssamfundstjeneste” er ikke et nyt begreb inden for EU-retten⁴⁶ og skal derfor fortolkes i overensstemmelse med forståelsen af begrebet i øvrige direktiver og retspraksis. Heraf fremgår det at *kommercielt sigte* skal fortolkes i overensstemmelse med den frie bevægelighed for tjenesteydelser, og omfatter *”enhver tjeneste, der normalt leveres mod betaling, og som teleformidles ved hjælp af elektronisk databehandlingsudstyr (herunder digital komprimering) og dataoplagringsudstyr på individuel anmodning af en tjenestemod-*

⁴⁴ Cour de Cassation er Frankrigs højeste appelret, der kan omstøde domme, men ikke selv kan dømme. Domstolen tager ikke stilling til de faktiske-, men til de retlige omstændigheder. Det betyder konkret, at domstolen tager stilling til, hvorvidt de underordnede instanser, har fortolket fransk lovgivning korrekt. Afgørelser fra domstolen kan ikke appelleres.

⁴⁵ Google AdWords er en online annonceringstjeneste udbudt af Google. Google er kendetegnet ved, at det er en søgemaskine, som finder de mest relevante sider på Internettet, baseret på de søgeord som brugerne af Google indtaster. Disse søgeord købes ved Pay-Per-Click-metoden af erhvervsdrivende/annoncører, som herefter adskiller sig fra andre søgeresultater ved at være placeret øverst og fremhævet med gul farve. Tjenesten gør det muligt for annoncørerne at købe andre erhvervsdrivendes varemærker som søgeord, hvorfor problemet om erhvervsdrivendes ulovlige brug af andres varemærker, opstår.

⁴⁶ En definition af informationssamfundstjeneste findes allerede i fællesskabsretten i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22. juli 1998 og i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/84/EF af 20. november 1998.

tager”⁴⁷. At tjenester som ”normalt” leveres mod betaling, også er omfattet, indikerer, at begrebet favner bredt. Det betyder konkret, at tjenester, som brugerne ikke betaler vederlag for, også er omfattet, såfremt at tjenesten ”normalt” leveres mod betaling. Det afgørende i EU-Domstolens bedømmelse synes at være, om den pågældende tjeneste kan betragtes som *erhvervsmæssig*, og om tjenester af pågældende art sædvanligvis leveres mod betaling. Begrebet ”erhvervsmæssig” antages derfor at være ensbetydende med ”kommercielt”. Domstolen konkluderede på denne baggrund, at Google som søge- og annonceringsydelse var en informationssamfundstjeneste i EHD’s forstand⁴⁸. Dernæst konkluderede EU-Domstolen i præmis 111, at Google som leverandør af en søge- og annonceringsydelse var omfattet af hostingbestemelsen, da tjenesten udsender information fra aftageren af den pågældende ydelse (annoncøren) på et kommunikationsnetværk, som er åbent for internetbrugere, samt lagrer oplysninger på sin server.

I L’Oreal/eBay C-324/09 tog EU-Domstolen også stilling til en række præjudicielle spørgsmål fra High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division. Heriblandt, hvorvidt eBay var omfattet af ansvarsfrihedsreglen for hostingudbydere. Spørgsmålene omhandlede salg af ulovlige efterligninger af kendte mærkevarer på salgs- og auktionssiden eBay. Sagens modpart, L’Oreal, klagede over at eBay foretog varemærkeretlig relevant brug på sin egen tjeneste, hvormed de medvirkede til den varemærkekrænkelser, som brugerne begik. Domstolen indledte det præjudicielle spørgsmål med at konkludere, at eBay utvivlsomt var en informationssamfundstjeneste i E-handelsdirektivets forstand⁴⁹. Domstolen udtalte, at *»det forhold, at den tjenesteydelse, som leveres af operatøren af en online-markedsplads, omfatter lagring af oplysninger, som er fremsendt af hans kunder, der sælger varer, er under alle omstændigheder ikke i sig selv tilstrækkelig til at konkludere, at ydelsen er omfattet af... [e-handelsdirektivet]«*.

Ud fra EU-Domstolens ovenstående betragtninger synes det at kunne udledes, at sociale medietjenester som Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn etc. er informationssamfundstjenester i EHD og EHL forstand. Det beror på, at de nævnte tjenester opfylder betingelsen om kommercielt sigte, da tjenesterne hovedsageligt finansieres af bannerreklamer og leveres online og vederlagsfrit for brugerne – akkurat som Google. På trods af visse paralleller mellem tjenesternes

⁴⁷ E-handelsdirektivets betragtning 17

⁴⁸ Google AdWords-dommen præmis 110.

⁴⁹ L’Oreal/eBay præmis 109.

funktion, så er der dog alligevel forskel på den interaktive kommunikation, som brugerne kan foretage. Spørgsmålet herefter har derfor været, om tjenester som Facebook og andre sociale medietjenester af lignende karakter, er omfattet af bestemmelsen om hosting. EU-Domstolen tog dog stilling til spørgsmålet i sagen om SABAM v. Netlog⁵⁰, hvor et administrationselskab for rettighedshavere (SABAM) ville have nedlagt påbud om indførelse af et filtreringssystem mod Netlog.

Netlog er en social medietjeneste, som har 13 millioner aktive brugere om måneden, og findes i over 200 lande og på 38 sprog. Tjenesten er karakteriseret ved, at man kan opbygge virtuelle fællesskaber, hvor brugerne kan chatte, søge og vise billeder frem⁵¹. I EU-Domstolens afgørelse blev det først og fremmest anført, at *»Netlog er operatør af en online social netværksplatform hvor enhver person, der tilmelder sig, får stillet et personligt sted betegnet "profil" til rådighed, som den pågældende bruger selv kan udfylde, og som bliver tilgængelig i hele verden«*⁵². Dernæst konkluderede EU-Domstolen, *»at en operatør af en online social netværksplatform, såsom Netlog, oplagrer information på sine servere, der leveres af denne platforms brugere vedrørende deres profil, og at en sådan operatør dermed udgør en hosting-tjenesteyder som omhandlet i artikel 14 i direktiv 2000/31«*⁵³. På baggrund af disse domme kan det derfor konkluderes, at sociale medietjenester er omfattet af bestemmelsen om hosting i EHL § 16 (EHD art. 14) og tilmed, er en informationssamfundstjeneste i lovens forstand.

At formidlere af sociale medietjenester er omfattet af bestemmelsen om hosting, er dog ikke ensbetydende med, at disse automatisk er ansvarsfri. Selvom det på baggrund af EU-Domstolens sager forekommer klart, at tjenesterne er omfattet af EHL § 16 (EHD art. 14), forekommer det dog uklart, hvorvidt Google eller eBay som formidler var ansvarsfri, eller kunne ifalde et ansvar. Således henviste domstolen blot til direktivets betragtning 42, som anfører, at ansvarsfriheden alene finder anvendelse, hvis formidlerens rolle udelukkende er teknisk, automatisk og passiv, og at formidleren hverken har kendskab til, eller kontrol over, de informationer der transmitteres eller oplagres. Til dette blev der tilføjet et par generelle bemærkninger om, hvornår en formidler (Google) indtog såvel en aktiv som passiv rolle. Domstolen udtalte ind-

⁵⁰ Sag C-360/10. Det skal hertil bemærkes, at Netlog har ændret navn til Twoo. Sagen berøres yderligere i afsnit 7.4

⁵¹ www.twoo.com/da/about

⁵² Sag C-360/10 betragtning 16

⁵³ Sag C-360/10 betragtning 27

ledningsvist, at »... den blotte omstændighed, at søge- og annonceringsydelsen leveres mod betaling, at Google fastsætter betalingsvilkårene, og at selskabet giver en række generelle oplysninger til sine klienter, ikke kan have til følge, at Google ikke omfattes af de undtagelser fra ansvar, som er fastsat i ...[e-handelsdirektivet]«⁵⁴. Derimod udtalte EU-Domstolen, at Googles rolle ved formuleringen af den kommercielle besked i annoncen eller ved skabelsen eller valget af søgeord, kunne have betydning for vurderingen af, om Google spillede en så aktiv rolle, at de ikke kunne påberåbe sig ansvarsbegrænsningen i direktivets artikel 14⁵⁵. Domstolen tog dermed ikke stilling til Googles rolle i de konkrete sager, men overlod i stedet vurderingen til den franske domstol⁵⁶.

Det samme var tilfældet i sagen om L'Oreal/eBay. Med henvisning til Google AdWords-sagen præciserede domstolen, at det afgørende var, om eBay i stedet for at begrænse sig til at levere sine ydelser neutralt, spillede en aktiv rolle, som gav eBay kendskab til eller kontrol med disse oplysninger⁵⁷. Hertil udtalte domstolen, at såfremt eBay ydede bistand til dens kunder (optimering eller at fremme de omhandlede salgsudbud), ville eBay ikke have den fornødne neutrale rolle til at kunne påberåbe sig ansvarsbegrænsningen i e-handelsdirektivets artikel 14⁵⁸. Domstolen udtalte endvidere, at det tilkom den forelæggende ret at undersøge, om eBay havde krænket L'Oreals varemærker og indtaget en aktiv rolle⁵⁹.

Det følgende vil derfor analysere bestemmelsens kriterier for ansvarsfritagelse til klarlæggelsen af, hvornår formidlerne af sociale medietjenester er afskåret fra at påberåbe sig ansvarsfriheden efter EHL § 16 (EHD art. 14). I den forbindelse bemærkes det i § 16, stk. 1, nr. 1, at bestemmelsen om ansvarsfrihed indeholder en sondring mellem ansvarsfrihed i strafferetlig og erstatningsretlig henseende. Dette vil blive behandlet separat i det følgende.

4.3– Ansvarsfrihed i strafferetligt henseende

Det følger af e-handelslovens § 16, stk. 1, nr. 1, 1. pkt., at hostingudbyderen er ansvarsfri, såfremt denne ikke har *kendskab* til den retsstridige aktivitet og information. I e-handelsdirektivet

⁵⁴ Google AdWords-dommen præmis 120.

⁵⁵ Google AdWords-dommen præmis 118

⁵⁶ Google AdWords-dommen præmis 119.

⁵⁷ L'Oreal/eBay præmis 113 (Google AdWords-dommen, præmis 114 og 120)

⁵⁸ L'Oreal/eBay præmis 116

⁵⁹ L'Oreal/eBay præmis 120

er *kendskab* ikke defineret, og direktivet anvender både formuleringen »kendskab« og »konkret kendskab«. Det kan derfor diskuteres, hvorvidt begrebet skal fortolkes indskrænkende og kun omfatte positiv viden om informationen, eller om det også kan omfatte en uagtsom ”burde have haft kendskab” viden⁶⁰. I den danske lovtæst benyttes dog alene begrebet »kendskab«, da der ikke formodes at være en tilsigtet realitetsforskel mellem de to begreber⁶¹. Af denne årsag benyttes, med udgangspunkt i e-handelsloven, den danske indskrænkende fortolkning af »kendskab«. Herefter er hostingudbyderen *ikke* ansvarsfri, såfremt denne har positiv viden til det retsstridige indhold. Hostingudbyderen vil derfor kunne ifalde et strafferetligt medvirkenansvar. I praksis forekommer dette ved, at en rettighedshaver henvender sig til udbyderen af tjenesten og oplyser om det krænkende materiale. Hermed får udbyderen positiv viden og er forpligtet til at fjerne eller hindre adgangen til den retsstridige information, jf. bestemmelsens stk. 1, nr. 2.

Formidleren vil derimod være ansvarsfri, hvis dennes kendskab alene kan karakteriseres som simpel uagtsomhed. Hvorvidt hosting-formidleren ved grov uagtsomhed kan påberåbe sig ansvarsfritagelsen i § 16, stk. 1, nr. 1, 1. pkt., besvares i lovbemærkninger til e-handelsloven. Heraf fremgår det, at ansvarsfriheden omfatter både simpel og grov uagtsomhed, og at det udelukkende er ved positiv viden og forsætlig medvirken, at formidleren *ikke* er ansvarsfri⁶². Det betyder i praksis, at en hostingudbyder vil kunne påberåbe sig ansvarsfriheden selvom, at denne har en konkret mistanke om, at den information der oplagres, er ulovlig.

4.4– Ansvarsfriheden i erstatningsretligt henseende

Som det også gjorde sig gældende for strafansvaret, kan hostingudbyderen påberåbe sig ansvarsfriheden for erstatningsretlig medvirkenansvar såfremt, at denne ikke handler forsætligt og har positiv viden til den oplagrede retsstridige information, jf. EHL § 16, stk. 1, nr. 1, 1. pkt. Herudover indeholder bestemmelsens stk. 1, nr. 1, 2. pkt., en tilføjelse, som alene gælder for erstatningsansvaret. Heraf fremgår det, at en hostingudbyder er ansvarsfri, såfremt vedkommende »ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den skadevoldende aktivitet eller information fremgår«. Ergo, vil en hostingudbyder ikke kunne påberåbe sig ansvarsfriheden for et erstatningsretligt medvirkenansvar, hvis denne har et sådan kendskab. E-

⁶⁰ E-handelsdirektivets artikel 14, stk. 1, litra a.

⁶¹ Forarbejderne henviser i denne sammenhæng til den svenske, franske og engelske version af direktivet.

⁶² LFF 2002-01-29 nr. 61, pkt. 12.2.1.3a

handelsdirektivet har heller ikke, ligesom i strafferetligt henseende, defineret det erstatningsretlige »kendskab« nærmere. Derfor tages der udgangspunkt i den danske forståelse, hvorefter det synes nærliggende i erstatningsretlig henseende at underlægge hostingudbydere den almindelige culpabedømmelse. Det har sin årsag i, at en fortolkning af formuleringen »forhold eller omstændigheder«, peger i retning af den almindelige culpabedømmelse. Det understøttes også i de danske lovbemærkninger⁶³. Culpapreglen omfatter, som nævnt⁶⁴ både simpel og grov uagtsomhed. Det har den konsekvens, at hostingudbyderen bliver erstatningsansvarlig og ikke vil kunne påberåbe sig ansvarsfriheden i tilfælde, hvor kendskabet til det retsstridige indhold, alene har karakter af simpel uagtsomhed⁶⁵. Til dette forhold påpeger Mathiasen m.fl., at der på den baggrund reelt set, ikke er sket nogle ændringer ved retstilstanden efter implementeringen af e-handelsdirektivet⁶⁶. Erstatningsansvaret for hostingudbydere er derfor for så vidt formålsløst, når disse handler simpelt uagtsomt.

4.5– Vurdering af ansvarsfriheden i strafferetligt- og erstatningsretligt henseende

Som det fremgår af nærværende afsnit, er betingelsen for ansvarsfritagelse for strafansvar bredere end for erstatningsansvaret. Sondringen mellem den strafferetlige- og erstatningsretlige ansvarsform synes formålstjenlig ud fra det synspunkt, at det er mere indgribende at ifalde et strafansvar end et erstatningsansvar. Det synes dog knapt så formålstjenligt, at e-handelsdirektivet ikke definerer begrebet »kendskab« i både strafferetligt og erstatningsretligt henseende, da dette fortolkes forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat. I Danmark omfatter den strafferetlige ansvarsfritagelse både simpel og grov uagtsomhed. Denne retstilstand synes at medføre en uheldig retsstilling, da loven hermed pålægger den krænkede part en aktiv handling, for at formidleren kan pålægges et strafansvar. Det kan skabe problemer og urimelige resultater i forhold til krænkede parter, som ikke vil kunne forventes at opdage og reagere på oplagringen af det retsstridige materiale, som krænker deres rettigheder⁶⁷. Til sammenligning

⁶³ Bemærkningerne til e-handelslovsforslaget pkt. 12.2.1.3.a

⁶⁴ Behandlet i afsnit 3.3

⁶⁵ Mathiasen m.fl. (2004), side 220.

⁶⁶ Mathiasen m.fl. (2004), side 221.

⁶⁷ Heine m.fl. (2002), side 491

fortolkes begrebet i Sverige således, at hostingudbyderne ved grov uagtsomhed ikke kan påberåbe sig ansvarsfriheden⁶⁸.

Denne problemstilling strider imidlertid mod hovedformålet med indførelsen af fælles EU-regler på det ansvarsretlige område for formidlere. Hensigten var, som nævnt, at fjerne den divergerende retsstilling i medlemsstaternes lovgivning og praksis på området, da dette ville sikre et velfungerende indre marked⁶⁹. På denne baggrund synes det uhensigtsmæssigt, at e-handelsdirektivet ikke definerer, hvordan »kendskab« skal fortolkes i strafferetlig henseende. Der eksisterer heller ikke, forfatterens afhandling bekendt, nogen praksis fra EU-Domstolen, som kaster lys over begrebet. Det kan blot konstateres, at en hostingudbyder i en given sag ved dansk ret, kan påberåbe sig ansvarsfriheden ved både simpel og grov uagtsomhed.

I erstatningsretlig henseende fremgik det, at hostingudbydere er underlagt den almindelige culpabedømmelse. I praksis betyder det, at formidleren ikke vil kunne påberåbe sig ansvarsfriheden i tilfælde, hvor denne har kendskab til det retsstridige indhold, hvad enten det er i form af simpel eller grov uagtsomhed. I andre medlemsstater synes det dog, at der skal foreligge mere end et almindeligt culpaansvar til, for at hostingudbyderen kan ifalde et erstatningsansvar⁷⁰.

Ud fra nærværende afsnit kan det konkluderes, at formidleren er ansvarsfri ved både simpel og grov uagtsomhed i strafferetlig henseende. Det er udelukkende ved positiv kendskab, at formidleren er afskåret fra at påberåbe sig den strafferetlige ansvarsfrihed. Dette gør sig tilsvarende gældende i erstatningsretligt henseende, hvor formidleren ved positiv kendskab, kan ifalde et erstatningsansvar. I modsætning til strafansvaret, så er kendskabet i erstatningsretlig henseende dog underlagt culpabedømmelsen. Det medfører, at jo tættere tilknytning formidleren har til det retsstridige indhold, desto mere knytter formidleren sig op af culpaansvarets »burde viden«, og kan ifalde et medvirkenansvar.

Det centrale spørgsmål i denne sammenhæng bliver derfor, hvad der i praksis kan føre til et sådan kendskab, og hvornår formidleren har »burde viden«. Spørgsmålet ligger i nær sammen-

⁶⁸ Mathiasen m.fl. (2004), side 219.

⁶⁹ E-handelsdirektivets betragtning 40.

⁷⁰ Den svenske, franske, tyske, engelske og hollandske udgave har fortolket det i direktivbestemmelsens erstatningsretlige ansvar således, at det giver indtryk af, at der skal foreligge mere end det almindelige culpaansvar for, at hostingudbyderen bliver erstatningsansvarlig. Den engelske udgave af direktivet benytter adjektivet "apparent" (tilsyneladende) og den svenske benytter "uppenbar" (åbenbar) i stedet for det danske "fremgår".

hæng med, hvorvidt formidleren har pligt til at overvåge sin tjeneste. Det følgende vil undersøge om formidleren har en overvågningsforpligtelse, og hvornår formidleren i praksis ved uagtsomhed, opnår kendskab til det retsstridige indhold – og herefter ikke kan påberåbe sig ansvarsfriheden fra det erstatningsretlige medvirkenansvar.

4.6– Hvad kan føre til kendskab?

4.6.1 – Hostingudbyderens egen undersøgelse

I L'Oreal/eBay sagen anfører EU-Domstolen i præmis 122, at en hostingudbyder, på eget initiativ, kan foretage en undersøgelse af deres tjeneste, hvormed der kan opnås kendskab til forhold eller omstændigheder om retsstridigt indhold. Dette skal naturligvis ses i nær sammenhæng med det generelle overvågningsforbud i EHD art. 15, hvorfor undersøgelsen, for at harmonere med overvågningsforbuddet, skal være foretaget på *eget initiativ*. Hertil rejser sig spørgsmålet, om en formidler kan siges at have handlet simpelt eller groft uagtsomt ved at undlade at undersøge forhold eller omstændigheder, der skaber mistanke om retsstridigt indhold. Dette vil i så fald medføre, at formidleren ikke vil kunne påberåbe sig ansvarsfriheden efter EHL § 16, stk. 1, nr. 1, 2 pkt. (EHD § 14, stk. 1, litra a, 2.pkt.).

Til dette anfører Heine m.fl., at et eksempel på dette ville være, hvis hostingudbyderen var vært for en tjeneste som tiltrak uforholdsmæssig trafik⁷¹. Hostingudbydere følger typisk med i trafikmængden på deres tjenester, da kundens aftale ofte er begrænset til en vis overførselskapacitet. Hvis denne kapacitet overstiges, skal kunden betale yderligere for lagringen og brugernes tilgang hertil. Når hostingudbyderen konstaterer den uforholdsmæssige store trafik, vil en manglende undersøgelse af sådanne forhold give hostingudbyderen kendskab i form af uagtsomhed. Og dermed ville ansvarsfritagelsen fra det erstatningsretlige medvirkenansvar ikke finde anvendelse.

I samme retning synes Mathiasen m.fl. at gå, hvorfor at høj trafik på enkelte nyhedsgrupper ville medføre en pligt til at undersøge nyhedsgruppens aktiviteter⁷². I den forbindelse nævnes det også, at det i mange tilfælde alene ud fra nyhedsgruppens titel, kan konstateres om der di-

⁷¹ Heine m.fl. (2002), side 491

⁷² Mathiasen m.fl. (2004), s. 222

stribueres ulovligt materiale⁷³. Som eksempel nævnes nyhedstitlen *warez*, der anvendes som synonym for piratkopi på Internettet. Ved en hostingudbyders flygtige gennemgang af nyhedsgruppernes titel⁷⁴, ville vedkommende kunne identificere betegnelsen, hvorfor der opnås kendskab i form af »*burde viden*«.

Ansvarsfriheden gælder ydermere heller ikke i tilfælde, hvor hostingudbyderen undlader at foretage en undersøgelse, til trods for at der har været omfattende presseomtale om retsstridigt indhold oplagret hos hostingudbyderen⁷⁵. I en sådan situation burde hostingudbyderen have kendskab til de krænkende informationer, og hvis hostingudbyderen herefter ikke blokerer eller hindrer adgangen til den retsstridige information, gælder ansvarsfriheden efter EHL § 16, stk. 1 ikke.

4.6.2 – Meddelelse om retsstridigt indhold

EU-Domstolen anfører tilmed i L’Oreal/eBay dommen, at der foreligger kendskab i erstatningsretlig henseende til det retsstridige indhold, når hostingudbyderen modtager en meddelelse om, at der foreligger ulovlig aktivitet eller information på tjenesten. I forlængelse af dette anføres det i dommens præmis 122, at det ikke er enhver meddelelse om retsstridigt indhold, som vil føre til kendskab, eftersom, at oplysninger om påståede ulovlige aktiviteter eller informationer kan vise sig at være utilstrækkelige og ubegrundede. Dog er der tale om en omstændighed, som den nationale domstol i almindelighed skal tage hensyn til, i vurderingen af, om hostingudbyderen på baggrund af disse oplysninger var bevidst om sådanne forhold, eller omstændigheder, som normalt ville have fået en påpasselig erhvervsdrivende til at indse, at der var tale om ulovlig virksomhed⁷⁶.

Heine m.fl., anfører i denne forbindelse, at for at en meddelelse fører til kendskab hos hostingudbyderen, skal den krænkede part identificere sig selv og forklare sin rolle i forhold til den krænkende information. Endvidere bør meddelelsen indeholde en angivelse af, hvorfor det udpegede materiale er krænkende, og herunder hvilke rettigheder der krænkes. Slutteligt skal den

⁷³ Mathiasen m.fl. (2004), s. 222

⁷⁴ Mathiasen m.fl. antager, at hostingudbyderen under alle omstændigheder må foretage en flygtig gennemgang.

⁷⁵ Heine m.fl. (2002), side 492

⁷⁶ L’Oreal/eBay præmis 122

krænkede kunne udpege den aktuelle placering af det krænkende materiale, så det kan lokaliseres af hostingudbyderen⁷⁷.

Førnævnte krav om, at meddelelsen skal være nøjagtig og præcist afgrænset, for at en hostingudbyder opnår kendskab, synes rimelige i forhold til, at hostingudbyderen ellers ville blive pålagt en urimelig streng undersøgelsespligt, samt ressourcemæssig byrde. En uspecificeret undersøgelse ville imidlertid også stride mod det generelle overvågningsforbud.

4.6.3 – Hostingudbyderens egen opfordring

Sociale medietjenester finansieres hovedsageligt af bannerreklamer/annoncer. Hostingudbyderne vil derfor, for at være attraktive for annoncørerne, naturligvis stræbe efter at tiltrække så mange antal brugere som muligt. Det er med andre ord vigtigt, at der hele tiden er aktivitet på deres tjeneste. Hvis aktiviteten står i stilstand, kan det derfor være fristende for hostingudbyderen, at opfordre sine brugere til at uploade en bestemt type indhold. Dette medfører dog også, at udbyderen øger tilknytningen til indholdet, i og med, at de er med til at fastsætte rammerne for typen af indholdet. Spørgsmålet er herefter, om hostingudbyderens direkte eller indirekte opfordring til sine brugere om at uploade indhold, som *potentielt* kan være retsstridigt, opnår en burde viden og ikke kan påberåbe sig den erstatningsretlige ansvarsfritagelse.

I dansk retspraksis er der kun afsagt to byretsafgørelser i henhold til hostingbestemmelsen i EHL § 16⁷⁸, hvoraf den ene af sagerne omhandlede nærværende spørgsmål. Sagen vedrørte Connery.dk⁷⁹, som er et online hjemmesidemagasin⁸⁰ for mænd, der giver mulighed for brugerskabt indhold uden Connery.dk's forudgående kontrol. På hjemmesidens debatforum havde en bruger uploadet en række billeder af erotisk karakter, som en fotograf fra Ekstra Bladet havde fotograferet. Fotografen havde imidlertid ikke givet samtykke til tilgængeligheden, hvorfor fotografen anmodede hjemmesiden om, at fjerne det retsstridige indhold. Hjemmesiden fjernede dog kun links fra forummet, hvorfor billederne stadig kunne tilgås med en direkte URL. Fotografen valgte at anlægge sag mod Connery.dk for byretten, og krævede vederlag og godtgørelse for ophavsretskrænkelsen. Connery.dk erklærede sig i denne forbindelse ansvarsfri efter

⁷⁷ Heine m.fl. (2002), side 495

⁷⁸ Københavns Byrets dom af 8. Februar 2010 i sag nr. BS 5B-1946/2008 og Viborg Rets dom af 15. Marts 2010 i sag nr. 2532/2009

⁷⁹ Københavns Byrets dom af 8. Februar 2010 i sag nr. BS 5B-1946/2008

⁸⁰ Connery.dk's egen formulering

EHL § 16. Byretten konkluderede, at Connery.dk ikke kunne påberåbe sig ansvarsfriheden efter EHL § 16 og pålagde hjemmesiden at betale en erstatning på 32.500 kr.- for krænkelse af ophavsretten. Begrundelsen for konklusionen var, at hjemmesiden havde opfordret brugerne til at uploade billeder af erotisk karakter. Hjemmesiden havde med andre ord ikke indtaget den fornødne passive rolle og burde have haft kendskab til, at størstedelen af de pågældende type billeder, ville være af professionel beskaffenhed. Hertil 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 kendskab til de billeder, der uploades og til de krænkelse, herunder sagsøgers rettigheder, der er sket på hjemmesiden«.

Retten tillagde det ydermere betydning, at Connery.dk, efter fotografens anmodning om at fjerne det ophavsretskrænkende materiale, ikke havde taget de fornødne effektive skridt til at hindre adgangen til billederne. Om sagen havde fået et andet udfald, hvis Connery havde foretaget de effektive skridt, må stå hen i det uvisse. Sagen blev af økonomiske grunde ikke anket⁸¹. Af afgørelsen kan det udledes, at når hostingudbyderen handler uagtsomt og selv direkte eller indirekte opfordrer til en bestemt type af indhold, hvor retsstridigt indhold potentielt forekommer, *burde* denne have haft kendskab, hvorefter ansvarsfriheden i EHL § 16 ikke kan påberåbes. Rettens udtalelse synes tilmed at sige, at Connery.dk i form af sin burde kendskab, havde en pligt til at overvåge indholdet. En sådan overvågning kan ikke antages at være i strid med det generelle overvågningsforbud⁸².

Søren Sandfeld Jakobsen anfører i samme forbindelse, at tjenesten ikke ved sin funktionalitet, opsætning eller sprogbrug må opfordre eller tilskynde til, at brugerne begår retsstridige handlinger⁸³. Derudover anfører han, at såfremt der er tale om en tjeneste med betydelig risiko for at tjenesten anvendes til ulovlige formål, går hostingudbyderens pligt til indretningen muligvis videre end ellers⁸⁴. Til det skal dog nævnes, at selvom en tjeneste ved sin funktionalitet og opsætning *kan* anvendes til ulovlige formål, er det ikke ensbetydende med, at en formidler skal pålægges en overvågningsforpligt⁸⁵.

⁸¹ <http://www.computerworld.dk/art/143241/erotisk-bruger-upload-koster-connery-dk-kaempeboede>

⁸² Behandles nærmere i afsnit 4.7

⁸³ Søren Sandfeld Jakobsen, UFR (2009), s. 3.

⁸⁴ Søren Sandfeld Jakobsen, UFR (2009), s. 3.

⁸⁵ Sony vs. Universal Studios, 464 U.S

4.6.3.1 – Ansvarsfraskrivelser

I sammenhæng med forannævnte skal det nævnes, at mange sociale medietjenester benytter sig af ansvarsfraskrivelser. Forinden brugerne kan oprette en profil, skal de acceptere tjenestens generelle vilkår, hvoraf det sædvanligvis fremgår, at brugeren ikke gør krænkende informationer tilgængelige. Ansvarsfraskrivelser kan dog ikke antages at kunne tillægges særlig stor betydning.

4.6.4 – Økonomisk udbytte, gentagne krænkelse og redigering

Som tidligere omtalt finansieres sociale medietjenester i overvejende grad af bannerreklamer/annoncer. Et direkte eller indirekte økonomisk udbytte af krænkelse synes dog ikke at kunne tillægges en afgørende betydning. Det berøres i hvert fald ikke i hverken e-handelsloven eller e-handelsdirektivet. Det bemærkes dog, at det har været nævnt i forbindelse med den samlede vurdering af formidlerens uagtsomhed. Eksempelvis i sagen om Connery.dk, hvor retten udtalte: *»Som anført af sagsøger, er sagsøgte en kommerciel virksomhed, der via annoncesalg og salg af abonnementer til brugerne oppebærer en indtægt baseret på brugen af bl.a. sagsøgers materiale«*. Det synes derfor at indgå i vurderingen af formidlerens agtpågivenhed.

Et andet element, som synes at give anledning til overvejelse, er om formidlerens agtpågivenhed skal skærpes ved gentagne krænkelse. Som det fremgik af L'Oreal/eBay sagen, så kunne tjenesten ved retsligt forbud pålægges at udelukke den ansvarlige krænker, til forebyggelsen af, at den samme foretog yderligere krænkelse. Det er dog almindelig kendt, at når først noget er lagt online, er det nærmest umuligt at fjerne. En anden bruger ville i så fald kunne uploade det retsstridige indhold på ny. Det ses eksempelvis ofte ved spredningen af private nøgenfotos på Internettet. Spørgsmålet herefter bliver da, om formidleren skal afvente en ny anmeldelse om det retsstridige indhold, eller, om formidlerens agtpågivenhed skærpes ved gentagne krænkelse af samme retsstridige indhold. Ej heller denne situation er omfattet af e-handelsloven eller e-handelsdirektivet. Der findes heller ikke retspraksis som afklarer spørgsmålet. Det synes dog alt andet lige, at hvis formidleren får gentagne anmeldelser om samme retsstridige indhold, så stiger formidlerens agtpågivenhed om det retsstridige indhold ligeledes. I det tilfælde bør formidleren i hvert fald have det in mente ved sin flygtige gennemgang af tjenesten, med det til følge, at det fører til kendskab.

Et andet kendetegn ved Internettet, og især sociale medietjenester er, at brugerne uden forudgående kontrol og redigering, kan uploade information. Det bliver med andre ord ikke godkendt/undersøgt inden informationen tilgængeliggøres. En formidler som foretager redigering f.eks. i form af rettelse af stavefejl eller tilføjelse af vandmærke, logo, links o. lign., vil dermed være afskåret fra at påberåbe sig ansvarsfriheden. Dette fremgår ikke af ordlyden til § 16, men må dog implicit ligge i ordet »kendskab«. Det fremgår ydermere af e-handelsdirektivets betragtning 42, at ansvarsfritagelserne kun kan påberåbes hvis formidlerens aktivitet er begrænset til den tekniske drift.

4.7 – Kan formidlerne pålægges en overvågningspligt?

Hvorvidt formidleren har kendskab, hænger som bemærket af foregående afsnit nøje sammen med dennes pligt til at overvåge den transmitterede eller oplagrede information på sin udbudte tjeneste. Et potentielt ansvar vil således ofte forudsætte, at formidleren har tilsidesat en overvågningsforpligtelse i den konkrete situation. I den forbindelse fastslår E-handelsdirektivet artikel 15, stk. 1, at tjenesteyderne i art. 12-14 (EHL §§ 14-16) »ikke kan pålægges en generel forpligtelse til at overvåge den information, som de fremsender eller oplagrer, eller en generel forpligtelse til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed«. Bestemmelsen er som nævnt ikke implementeret i e-handelsloven, da dansk ret således allerede var i overensstemmelse med direktivbestemmelsen⁸⁶. Bestemmelsen er ligeledes ikke implementeret i Storbritannien, men dog implementeret i tysk og fransk ret.

4.7.1 – Generel overvågningspligt

En generel overvågning må fortolkes således, at det indebærer, at formidlere overvåger og kontrollerer samtlige informationer på deres tjeneste, og hermed blokerer eller filtrerer det retsstridige indhold fra. En sådan overvågning ville rent juridisk indebære, at formidleren som udgangspunkt altid ville kunne pålægges »burde viden« om det retsstridige indhold. Et sådant krav ville i erstatningsretlig henseende gøre bestemmelsen i EHL § 16, stk. 1, nr. 1 formålsløs, hvis formidleren for at være ansvarsfri, straks tog skridt til at fjerne eller hindre adgangen til de retsstridige informationer, jf. EHL § 16, stk. 1, nr. 2. Desuden ville formidleren påtage sig den opgave, at skulle vurdere samtlige informationer på tjenesten, med henblik på, hvorvidt infor-

⁸⁶ Heine m.fl. (2002), side 496

mationen var retsstridig. Denne opgave tilkommer naturligvis domstolene og informationstjenesteydere må som hovedregel ikke benyttes som kontrolinstans⁸⁷. Hvis dette lod sig gøre, ville formidleren bære risikoen ved retlige forkerte blokeringer og/eller filtreringer, som dels kunne være en misligholdelse af kontrakten med brugerne, dels i strid med informations- og ytringsfriheden.

Rent teknisk lader det sig dog være en mulighed for formidlere, at foretage en generel overvågning og dermed kunne gribe ind over for retsstridigt indhold. Det kræver enten, at formidleren afsætter ressourcer til en manuel gennemgang, eller, at formidleren anskaffer sig en teknologisk løsning i form af filtrering eller et blokeringsfilter. I Kommissionens første rapport om anvendelsen af e-handelsdirektivet⁸⁸ afkastede de dog muligheden for en teknologisk blokerings- og filtreringsløsning:

»Det er i denne sammenhæng vigtigt at bemærke at en række rapporter om og undersøgelser af blokerings- og filtreringsapplikationers effektivitet synes at vise, at der endnu ikke findes nogen teknologi, der ikke kan omgås, og som giver en 100% effektiv blokering eller filtrering af ulovlig eller skadelig information, og hvormed man samtidig undgår at blokere fuldt lovlig information og således krænke ytringsfriheden«.

Afkastningen skyldes det forhold, at der på nuværende tidspunkt ikke findes nogen teknologisk løsning, som giver en 100 % effektiv blokering eller filtrering. En sådan løsning synes dog aldrig at ville være realistisk. Hvis der udvikles blokerings- og filtreringsløsninger til at identificere retsstridigt indhold, så udvikles der tilsvarende løsninger til at omgås dem. På den måde vil formidleren konsekvent være bagud, og retsstridigt indhold vil fortsat forekomme. Et eksempel på dette er fx fagedforbuddet mod Piratebay.org, hvor internetudbydere blev pålagt at spærre kundernes adgang til internetsiden. Her blev der på stort set ingen tid fundet en løsning til at omgå spærringen, og internetsiden oplevede tilmed en stigning i internettrafikken på 12 % efter dommen⁸⁹. Som det fremgår af det berørte, så ville en generel overvågningspligt uden tvivl påføre formidleren en urimelig byrde og høje omkostninger. Dette ville gå ud over bru-

⁸⁷ Ruth Nielsen & Søren Sandfeld Jakobsen (2011), side 299

⁸⁸ KOM(2003)702, første rapport om anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. Juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked.

⁸⁹ <http://www.computerworld.dk/art/44197/tele2-sag-giver-boom-i-dansk-trafik-til-piratebay#IdfPZHgCT8w4EVCC.99>

gerne, da formidlerne desårsag, ikke ville kunne levere tjenesterne vederlagsfrit. Og når alt kommer til alt, ville det hæmme udviklingen og udbredelsen af hostingtjenester, hvilket strider mod formålet for e-handelsdirektivet⁹⁰.

Forbuddet i e-handelsdirektivets artikel 15 omfatter lovgivere og domstolene. Med andre ord, så er det generelle forbud ikke til hinder for, at formidlerne på eget initiativ indfører tekniske eller personlige overvågningsinstrumenter. Det fremgår af e-handelsdirektivets betragtning 40, som anfører, at *»ansvarsbestemmelserne i dette direktiv bør ikke 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, inden for de grænser, der er fastsat i direktiv....«*. Det kan derfor ikke antages, at det generelle overvågningsforbud i art. 15 fritager internetudbydere for en hvilken som helst tilsynsforpligtelse⁹¹.

4.7.2 – Konkret overvågningspligt

At formidleren ikke kan pålægges en generel overvågningspligt, åbner dog muligheden for at formidleren kan pålægges en *konkret* overvågningsforpligtelse.

Ved en ordlydsfortolkning af det *generelle* overvågningsforbud i art. 15 bemærkes det, at der er en begrænsning i bestemmelsen i form af ordet *»generel«*. I e-handelsdirektivets betragtning 47 fremgår rækkevidden endvidere, hvoraf at det *»kun [er] i forbindelse med generelle forpligtelser [at medlemsstaterne ikke kan] pålægge tjenesteydere overvågningsforpligtelser; dette vedrører ikke overvågningsforpligtelser i særlige tilfælde og berører navnlig ikke de nationale myndigheders bekendtgørelser i henhold til national lovgivning«*. I sammenhæng med dette anføres det i direktivets betragtning 48⁹², at direktivet ikke berører medlemsstaternes mulighed for at pålægge tjenesteydere, som oplagrer oplysninger fremsendt af brugere af deres tjeneste, 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

⁹⁰ E-handelsdirektivets betragtning 1-8

⁹¹ Heine m.fl. (2002), side 496

⁹² *»Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes mulighed for at pålægge tjenesteydere, som oplagrer oplysninger, der er fremsendt af modtagere af deres tjeneste, 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«*.

former for ulovlige aktiviteter. Det samme gør sig tilsvarende gældende i implementeringsrapporten, som anfører at overvågningsforbuddet i artikel 15 ikke er til hinder for, at specielle tilsynspligter kan pålægges⁹³.

4.7.3 – Hvor går sondringen mellem den forbudte og tilladte overvågningspligt?

På baggrund af forannævnte synes det med rette, at kunne konkluderes, at formidleren kan pålægges en konkret overvågningsforpligtelse. Det centrale spørgsmål bliver dog herefter, hvor sondringen går, inden for rammerne af direktivet, mellem den forbudte generelle overvågningsforpligtelse til den tilladte konkrete overvågningsforpligtelse. Det synes derfor oplagt, at undersøge hvorledes EU-Domstolen har behandlet overvågningsforbuddets rækkevidde.

4.7.3.1 – EU-Domstolens retspraksis

I Danmark er der ikke taget stilling til den nærmere afgrænsning, men spørgsmålet har givet anledning til betydelig fortolkningstvivl i andre medlemsstaternes retspraksis⁹⁴. EU-Domstolen har derfor afsagt flere domme, der tager stilling til, hvilke aktive forpligtelser der kan pålægges over for mellemmand, herunder sociale medietjenester, til bekæmpelse af immaterialretskrænkelser, inden for direktivets rammer. I det følgende vil EU-Domstolens betragtninger i tre domme om overvågningsforbuddets rækkevidde, blive gennemgået. Det skal hertil nævnes, at SABAM-sagerne vedrørte krænkelser af intellektuelle rettigheder, hvorfor EU-Domstolen henviser til EU's Charter om grundlæggende rettigheder. Dette vil ikke blive berørt. Det skal endvidere bemærkes, at SABAM v. Scarlet omhandler overvågningsforbuddet i forhold til den rene videreformidler (mere conduit) efter EHD art. 12, og dermed ikke hostingudbyderen, som er interessant for nærværende afhandling. EU-Domstolens betragtninger i dommen om overvågningsforbuddet, må dog synes at være generelt anvendelige på alle formidlertyper af online tjenester, herunder hostingudbyderen⁹⁵.

I sag C-324/09 – L'Oreal/eBay tog EU-Domstolen stilling til en række præjudicielle spørgsmål indgivet af High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division. Sagen omhandlede

⁹³ KOM(2003)702, første rapport om anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked.

⁹⁴ Ruth Nielsen & Søren Sandfeld Jakobsen (2011), side 299

⁹⁵ Det understøttes ud fra, at EU-Domstolen i SABAM v. Netlog henviste til SABAM v. Scarlet.

salg af ulovlige efterligninger af kendte mærkevarer på salgs- og auktionssiden eBay. Sagens modpart, L'Oreal, klagede over at eBay foretog varemærkeretlig relevant brug på sin egen tjeneste, hvormed de medvirkede til den varemærkekrænkelser, som brugerne begik. Klagen foregik på et brev afsendt af L'Oreal, som gjorde eBay opmærksom på problemerne. Det blev herefter anført, at eBay skulle tage skridt til at forhindre eller begrænse den krænkende aktivitet, hvilket ikke mentes at være i strid med overvågningsforbuddet. EU-Domstolen anførte, at såfremt en hostingudbyder ikke selv tog initiativ til at udelukke den ansvarlige krænker, ved retsligt forbud kunne pålægges at udelukke vedkommende til forebyggelsen af, at den samme erhvervsdrivende foretog yderligere krænkelser af samme varemærke⁹⁶. EU-Domstolen henviste i denne forbindelse til generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse, som i pkt. 181-182 anfører, at *»Et påbud kan udstedes til en mellemand for at forhindre en bestemt brugers fortsatte eller gentagne krænkelser af et bestemt varemærke. En informationssamfundstjenesteyder kan efterkomme et sådant påbud ved blot at lukke den pågældende brugers brugerkonto«*.

Af denne årsag konkluderede EU-Domstolen, at medlemsstater er forpligtede til at sikre, at hostingudbydere kan pålægges at træffe foranstaltninger der kan bringe aktuelle krænkelser til ophør, samt forebygge yderligere krænkelser af lignende art. Foranstaltningerne skal være egnede og nødvendige (proportional med EU-retten), og ydermere respektere det generelle overvågningsforbud i e-handelsdirektivets art. 15.

I sag C-70/10 – SABAM v. Scarlet tog EU-Domstolen også stilling til overvågningsspørgsmålet. Sagen omhandlede internetudbyderen Scarlets ansvar som *mere conduit* formidler. Sagen var anlagt ved en belgisk domstol, af den belgiske rettighedsorganisation SABAM, hvis medlemmers ophavsrettigheder blev krænket ved brug af peer-to-peer⁹⁷ software, som blev transmitteret gennem Scarlets netværk. Den belgiske domstol gav SABAM medhold og pålagde Scarlet at indføre et filtreringssystem til at sikre, at Scarlets brugere ikke kunne foretage ulovlig fildeling af musik. At pålægget blev givet generelt, betød, at Scarlet var forpligtet til undersøge al internettrafik på sin internetforbindelse og ikke kun for konkrete eller gentagne krænkelser. Ydermere var Scarlet forpligtet til at afholde omkostningerne for filtret og vedligeholde det. Scarlet appellerede afgørelsen med henvisning til, at dette var i modstrid med den generelle

⁹⁶ L'Oreal/eBay pr. 141

⁹⁷ Et peer-to-peer netværk er et netværk mellem ligeværdige computere. Dvs. alle computere i netværket kan fungere som både server og klient, og de kan hver især benytte hverandres services.

overvågningsforpligtelse i EU's e-handelsdirektiv artikel 15. I appelsagen forelagde Cour d'appel de Bruxelles, appelretten, et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen. EU-Domstolen tog herefter stilling til, om en national domstols pålægning af et generelt filtreringssystem til identificeringen af ulovlig fildeling, var i overensstemmelse med EU-retten. EU-Domstolen fandt, at et generelt filtreringssystem der pålægger internetudbyderen (Scarlet) aktivt at overvåge *al* trafik på deres tjeneste, var i strid med det generelle overvågningsforbud i e-handelsdirektivets art. 15.

Sag C-360/10 – SABAM v. Netlog skal ses i forlængelse af ovenstående sag (*mere conduit*), dog med den ændring, at denne sag omhandlede hostingudbyderen Netlog. Netlog er operatør af en online social netværksplatform, hvor enhver person der tilmelder sig, får stillet et personligt sted betegnet »profil« til rådighed, som den pågældende bruger selv kan udfylde, og som bliver tilgængelig i hele verden⁹⁸. Den vigtigste funktion for platformen, som dagligt bruges af et tocifret antal millioner personer, består i at opbygge virtuelle fællesskaber, inden for hvilke disse personer kan kommunikere med hinanden, og således knytte venskaber. På deres profil kan brugerne bl.a. føre dagbog, angive deres hobbyer og interesser, vise hvem der er deres venner, samt opslå personlige fotos eller indsætte videoklip⁹⁹. Sagen blev, som ved førnævnte sag, anlagt af SABAM ved en belgisk domstol¹⁰⁰, som skulle tage stilling til hvorvidt hostingudbyderen Netlog kunne pålægges at implementere et filtreringssystem, som kunne forhindre enhver ulovlig rådighedsstilling af musik eller videoer på sin tjeneste. Spørgsmålet blev forelagt for EU-Domstolen som et præjudicielt spørgsmål.

EU-Domstolen benyttede samme fremgangsmåde som SABAM v. Scarlet, og fandt, at et generelt filtreringssystem der pålægger hostingudbyderen (Netlog) aktivt at overvåge *al* trafik på deres tjeneste og implementere et generelt teknisk filtreringssystem, var i strid med det generelle overvågningsforbud i e-handelsdirektivets art. 15.

4.7.4 – Vurdering af overvågningsforbuddets rækkevidde

Hensigten med at undersøge EU-Domstolens retspraksis var at kunne fastslå, hvilke aktive forpligtelser der kunne pålægges mellemmand til bekæmpelse af krænkelse, herunder ophavsret-

⁹⁸ SABAM v. Netlog pr. 16

⁹⁹ SABAM v. Netlog pr. 17

¹⁰⁰ Rechtbank van eerste aanleg te Brussel.

lige krænkelse, inden for E-handelsdirektivets rammer. Med andre ord ville det undersøges, hvor grænsen gik mellem den forbudte generelle overvågningsforpligtelse, til den tilladte konkrete overvågningsforpligtelse.

I L'Oreal/eBay sagen anførte EU-Domstolen, at såfremt en hostingudbyder ikke selv tog initiativ til at udelukke den ansvarlige krænker, ved retsligt forbud kunne pålægges at udelukke den person, som var ansvarlig for krænkelsen. I den forbindelse henviste EU-Domstolen til generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse, hvoraf det fremgik, at et pålæg kunne efterkommes ved at lukke den pågældendes brugerkonto. Det vil sige, at der egentlig ikke er tale om et pålæg der forpligter hostingudbyderen at overvåge sin tjeneste. Tilsvarende anførte EU-Domstolen i præmis 142, at hostingudbydere kunne pålægges at træffe foranstaltninger, som gjorde det muligt at identificere brugerne på deres tjeneste, som en anden foranstaltning til forebyggelse af fremtidige krænkelse¹⁰¹. Altså, heller ikke en foranstaltning som pålægger hostingudbyderen en overvågningsforpligtelse.

I SABAM-sagerne fandt EU-Domstolen, at et generelt filtreringssystem der enten pålægges en *mere conduit* formidler, eller hostingudbyder til aktivt at overvåge *al* trafik på deres tjeneste, var i strid med det generelle overvågningsforbud i e-handelsdirektivets art. 15. Af sagerne kan det derfor udledes hvornår der helt sikkert er tale om en generel overvågningsforpligtelse, som strider mod e-handelsdirektivets generelle overvågningsforbud.

På baggrund af denne retspraksis, synes EU-Domstolens betragtninger ikke at have besvaret, hvor sondringen går mellem den forbudte generelle overvågningspligt og den tilladte konkrete overvågningspligt. Det har sin årsag i, at betagtingerne i L'Oreal/eBay sagen antageligvis ikke er et udtryk for den tilladte konkrete overvågningsforpligtelse. Derfor synes det stadig uklart hvornår en formidler på Internettet kan pålægges at implementere et filtreringssystem, i bestræbelserne på at hindre fremtidige krænkelse.

4.8 – Handlepligt ved kendskab

I de to foregående afsnit blev det undersøgt, hvad der i praksis kan føre til kendskab, og i hvilket omfang en hostingudbyder kan pålægges en overvågningspligt. Det synes klart, at formidlers kendskab hænger nøje sammen med dennes pligt til at overvåge sin tjeneste. Det fore-

¹⁰¹ L'Oreal/eBay pr. 142

kommer dog ganske uklart, hvor sondringen går mellem den tilladte og den konkrete overvågningsforpligtelse. Formidleren er dog, efter EHL § 16, stk. 1, nr. 2 ansvarsfri, hvis denne *straks* tager skridt til at fjerne den retsstridige information eller hindre adgangen til den, når kendskab opnås.

Hvorledes begrebet »*straks*«, jf. EHL § 16, stk. 1, nr. 2, skal forstås, defineres hverken i e-handelsloven eller i e-handelsdirektivet. Spørgsmålet i denne sammenhæng er således, om hostingudbyderen øjeblikkeligt skal fjerne informationen ved modtagelse af meddelelsen, eller om hostingudbyderen har et vist tidsrum til at foretage en vurdering af, hvorvidt informationen er at betragte som værende retsstridig. Begrebet er ej heller blevet berørt i dansk praksis eller praksis fra EU-Domstolen. Det følgende vil derfor gøre rede for, hvad der i dansk teori forstås ved begrebet »*straks*«.

4.8.1 – »*Straks*«?

Mathiasen m.fl. anfører, at formidleren bærer standpunktsrisikoen fra det øjeblik vedkommende får kendskab til den retsstridige information, og dermed, kun har et ganske kort tidsrum til at fjerne informationen. I sammenhæng med dette nævnes det at formidlerens standpunktsrisiko indebærer, at denne ikke kan påberåbe sig ansvarsfrihedsreglen, såfremt han ikke fjerner informationen i det øjeblik, hvor han *rent teknisk* kunne have fjernet den retsstridige information¹⁰². Mathiasen m.fl. synes med denne argumentation at mene, at hostingudbyderens handlepligt til at fjerne eller blokere indholdet, indtræder *førend*, at hostingudbyderen har foretaget en vurdering af, hvorvidt informationen er retsstridig.

I modsat retning synes Ruth Nielsen & Søren Sandfeld Jakobsen og Heine m.fl. at gå, ved at lade hostingudbyderen få tid til at undersøge indholdet, inden dette fjernes eller blokeres. Ruth Nielsen & Søren Sandfeld Jakobsen anfører, at hostingudbyderen bør få tid til at foretage en overordnet vurdering af indholdet, herunder at kunne rådføre sig med en advokat. Heine m.fl. anfører, at hensynet til ytringsfriheden taler for, at hostingudbyderen får tid til at undersøge om indholdet er retsstridigt, forinden dette fjernes eller blokeres¹⁰³. Med tilføjelse til dette nævner han, at hvis hostingudbyderen ikke havde tid til at foretage en undersøgelse og vurdering af indholdet, ville der være risiko for, at indhold der ikke var retsstridigt, fejlagtigt blev blokeret

¹⁰² Mathiasen m.fl. (2004), s. 224

¹⁰³ Trzaskowski m.fl. (2012), s. 622

eller fjernet. Dette ville stride mod hensynet til ytringsfriheden. På baggrund af dette skal begrebet forstås som i *straks efter*, at der er foretaget en vurdering af den mulige retsstridige information.

Af e-handelsdirektivets betragtning 46 fremgår det, at fjernelse af indhold eller hindring af adgangen hertil, skal ske under overholdelse af reglerne for ytrings- og informationsfrihed, der er fastlagt på nationalt plan. Det synes derfor korrekt, at tiltræde Ruth Nielsen & Søren Sandfeld Jakobsen og Heine m.fl., hvorefter hostingudbyderens handlepligt indtræder *straks efter*, at der er foretaget en vurdering af indholdets lovlighed.

Det fulgte yderligere af EHL § 16, stk. 1, nr. 2, at hostingudbyderen var ansvarsfri, hvis denne straks efter at have foretaget en vurdering af indholdets lovlighed, tog skridt til at fjerne den retsstridige information, eller hindre adgangen til den, hvis denne blev konkluderet ulovlig.

4.8.2 – Notice and Takedown (NTD)

Som det fremgår af det berørte, har forståelsen af begreberne »kendskab« og »straks« i EHL § 16 (EHD art. 14) givet anledning til usikkerhed. Dette har ikke kun gjort sig gældende i Danmark, men også i EU's øvrige medlemsstater. Det er med andre ord uklart, hvad der i praksis fører kendskab, samt hvordan formidleren skal reagere, når denne får et kendskab. Det har sin årsag i, at det ved vedtagelsen af e-handelsdirektivet blev besluttet, at direktivet ikke skulle indeholde bestemmelser om procedurer for anmeldelse og fjernelse af ulovligt indhold¹⁰⁴. En sådan procedure benyttes i den amerikanske ophavslov DMCA. Derimod opfordrer direktivets art. 16 om adfærdskodekser samt betragtning 40¹⁰⁵ medlemsstater til selvregulering på dette område. Danmark har, ligesom størstedelen af de andre medlemsstater, ikke valgt at indføre en NTD procedure¹⁰⁶, hvorimod medlemsstater som Finland og Frankrig har¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Ruth Nielsen & Søren Sandfeld Jakobsen (2011), side 286

¹⁰⁵ "[...] Ansvarsbestemmelserne i dette direktiv bør ikke være til hinder for, at de forskellige berørte parter udvikler og faktisk gennemfører tekniske beskyttelses- og identifikationssystemer samt tekniske overvågningsinstrumenter, som er muliggjort af den digitale teknik, inden for de grænser, der er fastsat i direktiv 95/46/EF og 97/66/EF."

¹⁰⁶ Notice and Takedown procedure er en handling, der foretages af internetformidlere som reaktion på retskendelser eller påstande om, at indholdet er ulovligt.

¹⁰⁷ Ruth Nielsen & Søren Sandfeld Jakobsen (2011), side 287

4.8.3 – *EU Kommissionens offentlige høring, 2010*

I 2010 afholdte EU Kommissionen (herefter Kommissionen) en offentlig høring om fremtiden for elektronisk handel i det indre marked og gennemførelsen af e-handelsdirektivet. Spørgeskemaets afsnit/problem 5 omhandlede fortolkningen af direktivets ansvarsfrihedsregler. Hovedparten af internetformidlerne, rettighedshaverne samt forbruger- og borgerorganisationerne gav udtryk for, at en ændring af direktivet var unødvendigt, men at nogle af de eksisterende regler krævede en afklaring. Der var en generel enighed om at udvikle en harmoniseret EU ”notice-and-takedown” procedure, men langt mindre enighed om de præcise regler for proceduren. Overordnet set havde rettighedshaverne og internetformidlerne en tendens til at tage modsatrettede holdninger. Af høringssvarene kan udledes to hovedproblemer, som er af særlig interesse for afhandlingen.

For det første giver fortolkningens tvetydighed af EHD art. 14 (EHL § 16) problemer. Fraværet af en ensartet fortolkning og procedure i medlemslandene medførte, at hostingudbydere som opererer på tværs af EU har betydelige omkostninger for at overholde de nationale medlemslandes regler. Hertil nævnte hostingudbydere, at de føler sig pressede til at fjerne indhold, selv om de hverken kan eller er bemyndigede til at bedømme indholdets ulovlighed. Derudover var de tilbøjelige til at risikere at blive retsforfulgt, hvis de ved en fejl fjernede indholdet, selvom de var i god tro. I samme retning gik rettighedshaverne, som kritiserede omkostningerne og kompleksiteten i forhold til anmeldelsen, som de skulle give hostingudbyderen for at denne opnåede kendskab. Her varierede anmeldelsesproceduren fra medlemsstat til medlemsstat¹⁰⁸.

Det kan på baggrund af ovenstående udledes, at den divergerende fortolkning af EHD art. 14 i medlemsstaterne, ikke er i overensstemmelse med direktivets formål om et velfungerende indre marked. Der er snarere tale om en begrænsning, hvis hostingudbydere afholder sig fra at operere på tværs af EU af den årsag, at de har betydelige omkostninger, og er tilbøjelige til at blive retsforfulgt.

For det andet giver begreberne »kendskab« og »straks« problemer. Hertil benægtede hostingudbydere, at en anmeldelse i sig selv var tilstrækkelig til at udgøre kendskab. Det skyldtes at anmeldelserne ikke nødvendigvis var detaljerede nok til, hvad der kræves for at identificere og lokalisere en overtrædelse. De stillede sig endvidere tilfredse med den nuværende fortolkning

¹⁰⁸ Summary of the results of the Public consultation (2012) side 10-15

af »straks«, som med sin fleksibilitet gjorde det muligt at træffe en kvalificeret beslutning. Rettighedshaverne havde en modsatrettet holdning, og hævdede, at kendskab var defineret ved modtagelsen af anmeldelsen. Nogle af rettighedshaverne hævdede også, at selv en generel bevidsthed om den mulige eksistens af ulovligt indhold, burde være tilstrækkeligt til at udgøre kendskab. Derudover argumenterede rettighedshaverne for, at »straks« burde være mere strengt defineret¹⁰⁹.

4.8.4 – EU Kommissionens offentlige høring, 2012

Efter høringssvarene igangsatte Kommissionen en aktion om at indføre en horisontal europæisk ramme for ”notice-and-takedown”. I den forbindelse afholdte Kommissionen i 2012 igen en offentlig høring for de berørte parter, som på ny skulle besvare et spørgeskema. Spørgeskemaet var konstrueret sådan at de berørte parter skulle udtrykke hvor enige de var i de udsagn, der var fremsat af Kommissionen. Af høringssvarene er det i ophavsretligt henseende værd at bemærke, at ophavsretlige krænkelser havde tredjestørst relevans for parterne i forhold til ”notice-and-takedown”¹¹⁰.

Af høringssvarenes afsnit 2 konkluderes blot det samme, som ved den første høring. Heraf fremgår det, at de berørte parter ikke finder bestemmelsen i EHD art. 14 (EHL § 16) tilstrækkelig klar. Det gælder både begrebet »straks« og »kendskab«. Af de efterfølgende afsnit synes der dog alligevel at kunne udledes indikationer af, hvordan en europæisk notice-and-takedown procedure bør se ud. Således var der størst tilslutning til, at alle hostingudbydere skulle have en fast procedure for anmeldelse på deres hjemmeside, samt, at anmeldelser udelukkende kunne meddeles ved brug af denne. Derudover var der enighed i forhold til meddelelsernes form og indhold. De berørte parter var endvidere enige i, at der skulle være regler for at anmeldere, selvom meddelelsens form og indhold var overholdt, kunne ifalde et ansvar for uberettigede anmeldelser. Ifølge høringssvarene skal en meddelelse:

- I. Indsendes ad elektronisk vej.
- II. Indeholde kontaktoplysninger på afsender.
- III. Gøre det let at identificere krænkelsen.

¹⁰⁹ Summary of the results of the Public consultation (2012) side 10-15

¹¹⁰ Summary of responses of Public consultation on procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries, side 2

- IV. Indeholde en detaljeret beskrivelse af den påståede krænkelses karakter af indholdet.
- V. Indeholde dokumentation for, at den primære gerningsmand ikke kunne kontaktes, eller ikke har handlet forinden at tjenestens formidler kontaktes.

På baggrund af ovenstående synes der at være en god balance mellem hensynet til hostingudbyderen, og den krænkede part, som foretager anmeldelsen. På trods af at flere hostingudbydere anførte, at et krav om en anmeldelsesfunktion på deres tjeneste ville udgøre en væsentlig byrde, synes en samtidig regel om, at anmeldelsen *udelukkende* kan ske via funktionen, at opveje dette. Derudover synes kravene til meddelelsen at være rimelige, da disse ikke pålægger hverken udbyderen eller den krænkede part en urimelig byrde. At anmeldere kan ifalde et ansvar ved uberettigede anmeldelser, synes også hensigtsmæssigt. Der kan i den forbindelse argumenteres for, at en rettighedshaver der føler sig krænkede – og hvor der reelt foreligger en krænkelse – ikke vil forfølge muligheden for at håndhæve sine rettigheder, på grund af risikoen for at ifalde et ansvar. Omvendt – hvis uberettigede anmeldelser ikke kunne straffes – ville der være høj risiko for at personer ville udnytte muligheden for at få fjernet indhold fra Internettet. Dette ville være i strid med ytringsfriheden. Dertil kommer også, at hostingudbydere selv kan ifalde et ansvar for at fjerne indhold som ikke er retsstridigt.

Ud fra høringssvarene må det konkluderes, at hvis en hostingudbyder får en meddelelse som opfylder ovenstående karakteristika, så har denne opnået kendskab. Spørgsmålet bliver herefter, hvor hurtigt formidleren skal handle ud fra meddelelsen, når ulovligheden er konstateret. Ud fra høringssvarene synes der at være enighed om, at hostingudbyderen skal fjerne det retsstridige indhold så hurtigt som muligt, afhængigt af de konkrete omstændigheder i sagen. Rettighedshavere vil naturligvis hævde, at det er et problem med et længere tidsrum, eksempelvis i ophavsretligt henseende, når der ulovligt live-streames sportsbegivenheder på Internettet. Dette fører til en eksemplarfremstilling i computerens ram/cache og vil dermed ulovliggøre brugerens streaming. Omvendt ville en kort tidsgrænse have den konsekvens, at hostingudbydere uden at vurdere indholdets lovlighed, konsekvent ville fjerne det anmeldte indhold for at overholde reglen. Det forekommer derfor rimeligt, at hver eneste tilfælde skal vurderes således, at der ikke bliver truffet forhastede beslutninger. I forhold til eksemplet, vil en hostingudbyder dog nemt kunne identificere lovligheden, og herefter forhindre adgangen hertil.

Slutteligt blev der taget stilling til EU's rolle i "notice-and-takedown" proceduren. Hertil var der enighed om, at EU burde bidrage til en fælles europæisk procedure. På baggrund af det berørte forekommer dette logisk, da størstedelen af medlemslandene ikke har benyttet sig af selvregulering, samt at den nuværende retstilstand ikke synes at være i overensstemmelse med direktivets formål. Kommissionen har endnu ikke vedtaget fælles regler for "notice-and-takedown". EU Kommissionen har dog i 2015 fremlagt en strategi og forslag til et indre digitalt marked, hvor hovedmålet er at fjerne de digitale hindringer mellem medlemslandene. I den sammenhæng er det værd at bemærke, at både retsstillingen af formidlerne på internettet og det ophavsretlige område, er centrale indsatsområder. Kommissionen ønsker at skabe klarhed over, hvad formidlerne nøjagtigt kan foretage sig med det indhold de videreformidler, opbevarer, eller er vært for. Derudover ønskes der en modernisering og harmonisering af reglerne for ophavsret på tværs af medlemslandene. Kommissionens tiltag er tiltænkt at blive realiseret i udgangen af 2016 eller i begyndelsen af 2017¹¹¹.

4.8.4.1 – På vej mod det amerikanske DMCA?

Det bemærkes af høringssvarene fra 2012, at rettighedshaverne i EU ønsker en fælles procedure for notice-and-takedown, som tilnærmelsesvis minder om den amerikanske DMCA's § 512 (c). Bestemmelsen gælder for online hostingudbydere, der oplagrer ophavsretskrænkende information. Proceduren fungerer således, at den krænkede ophavsmand skal indgive en meddelelse om den påståede krænkelse i overensstemmelse med DMCA's retningslinjer. Heraf følger det, at meddelelsen skal:

- Indeholde en identifikation af, hvorfor det ophavsretlige beskyttede værk hævdes at være blevet krænkede, og tilstrækkeligt med oplysninger til at udbyderen kan lokalisere værket.
- Meddelelsen skal indeholde tilstrækkeligt med oplysninger til, at udbyderen kan kontakte den klagende part, såsom adresse, telefonnummer og e-mailadresse.
- En erklæring om, at den klagende part er i god tro, og at oplysningerne i anmeldelsen er korrekte.

¹¹¹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4919_da.htm

- Og under straffeansvar for mened, at den klagende part er rettighedshaveren selv, eller at den klagende part er bemyndiget til at handle på vegne af ejeren af den rettighed, der påstås krænkelse.

Såfremt at meddelelsen er i overensstemmelse med førnævnte krav, skal hostingudbyderen for at undgå erstatningsansvar, hurtigst muligt fjerne eller hindre adgangen til krænkelsen. Herefter skal hostingudbyderen tage rimelige skridt til straks at underrette den påståede krænker af handlingen, som kan gøre indsigelse over klagen. Såfremt en indsigelse gives, skal hostingudbyderen underrette ophavsmanden, som dernæst har 14 dage til at bringe sagen for retten. Hvis ophavsmanden ikke bringer sagen i byretten inden for 14 dage, er hostingudbyderen herefter forpligtet til at gendanne materialet på sit netværk.

4.9 – Foreløbige retsmidler

Som tidligere nævnt begrænser e-handelsloven ansvaret for formidlere, men ikke muligheden for at benytte foreløbige retsmidler, herunder fagedforbud. EHD art. 14 slutter (ligesom de andre ansvarsfrihedsregler) med følgende stk. 3: *»Denne artikel berører ikke en domstols eller en administrativ myndigheds muligheder for i overensstemmelse med medlemsstaters retssystem at kræve, at en tjenesteyder bringer en overtrædelse til ophør eller forhindrer den«*. Bestemmelserne blev ikke implementeret i dansk ret, da de allerede var i overensstemmelse hermed. Årsagen til at fagedforbud behandles i nærværende, skyldes, at uanset om formidleren er ansvarsfri så kan denne efter retsplejelovens kapitel 57 fortsat pålægges en pligt til at fjerne, eller hindre adgangen til retsstridig information. Dette er ligeledes en form for teknisk filter som blokerer konkrete hjemmesider, som det eksempelvis var tilfældet med Piratebay.org¹¹². I Danmark er der truffet flere retsafgørelser om fagedforbud. Det har dog været om den rene videreformidler, hvorfor retspraksis ikke vil blive behandlet yderligere.

¹¹² Se afsnit 4.7 om generel overvågningspligt.

5. Juridisk delkonklusion

Formålet med den juridiske analyse var at undersøge, i hvilket omfang en udbyder af en social medietjeneste kunne ifalde et ansvar for sin formidling af tredjemands retsstridige information. Først og fremmest blev det skildret, at strukturen på sociale medietjenester i særdeleshed har vist sig, at være velegnet til mange former for retskrænkelser. Dernæst fulgte analysen af den korrekte juridiske håndtering af et tænkeligt tilfælde, og fandt, at der i dansk ret findes hjemmel til, at formidlere af sociale medietjenester under visse betingelser kunne ifalde et straffe- og/eller et erstatningsretligt medvirkenansvar for formidling af retsstridig information. Heraf fremgik det, at formidleren af den sociale medietjeneste kunne ifalde et ansvar, såfremt at formidleren havde særlig tilknytning til krænkelsen, eller formidleren kunne, eller burde have indset, at der var tale om en krænkelse og, at det skulle have været muligt for formidleren at forhindre krænkelsen. Hertil blev det fundet at udbydere af sociale medietjenester, som udgangspunkt, opnår særlig tilknytning til informationer allerede ved oplagring. Derudover blev der argumenteret for, at udbyderne altid rent teknisk, har mulighed for at forhindre krænkelsen. Det altafgørende spørgsmål var derfor, hvorvidt udbyderen havde »kendskab« om det retsstridige indhold.

Samme tankemønster gjorde sig gældende i e-handelslovens ansvarsfrihedsregel for udbydere af sociale medietjenester. Først blev det konkluderet, at udbydere af sociale medietjenester var en hostingudbyder i EHL § 16 forstand. Dernæst blev det konkluderet, at formidleren var ansvarsfri ved både simpel og grov uagtsomhed i strafferetlig henseende, og at det udelukkende var ved positiv kendskab, at formidleren var afskåret fra at påberåbe sig den strafferetlige ansvarsfrihed. Dette gjorde sig tilsvarende gældende i erstatningsretlig henseende, hvor formidleren ved positiv kendskab, kunne ifalde et erstatningsansvar. I modsætning til strafansvaret, var kendskabet i erstatningsretlig henseende dog underlagt culpabedømmelsen. Det medførte, at jo tættere tilknytning formidleren havde til det retsstridige indhold, desto mere knyttede formidleren sig op af culpaansvarets »burde viden«, og kunne ifalde et medvirkenansvar. Det centrale spørgsmål i den sammenhæng var derfor, hvad der i praksis kunne føre til et sådan kendskab. Hverken e-handelsloven eller e-handelsdirektivet definerer begrebet kendskab, og det synes at stride mod hovedformålet med indførelsen af fælles EU-regler på det ansvarsretlige område for formidlere, da begrebet tolkes forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat.

Spørgsmålet om kendskab lå dog i nær sammenhæng med, hvorvidt formidleren havde pligt til at overvåge sin tjeneste. I den forbindelse blev det fundet, at formidlere af sociale medietjenester ikke kunne pålægges en generel overvågningspligt, jf. EHD art. 15, men at forbuddet ikke var til hinder for at pålægge udbyderne en konkret overvågningspligt. Det var dog på baggrund af EU-Domstolens retspraksis ikke muligt at besvare, hvor sondringen gik mellem den forbudte generelle overvågningspligt og den tilladte konkrete overvågningspligt. Hertil kunne det blot fastslås, at formidleren af sociale medietjenester kunne pålægges at udelukke den ansvarlige krænker/bruger fra tjenesten og at formidleren ikke kunne pålægges en pligt til at overvåge al aktivitet på sin tjeneste.

Desuagtet at formidlere ikke kunne pålægges at overvåge al aktivitet på deres sociale medietjenester, kunne det dog konkluderes, at formidlerne kunne ifalde et ansvar, hvis der ikke blev udvist en rimelig agtpågivenhed. Agtpågivenheden skulle vurderes ud fra omstændighederne i den pågældende sag. Eksempelvis kunne en omstændighed være, hvis udbyderen var vært for en tjeneste, som tiltrak uforholdsmæssig trafik, eller tilfælde, hvor hostingudbyderen direkte opfordrede til krænkelser. En tjeneste må ikke ved sin funktionalitet, opsætning eller sprogbrug opfordre, eller tilskynde til, at brugerne begår retsstridige handlinger. Et tilfælde hvor formidleren særligt opnår kendskab og handlepligten aktualiseres, er når rettighedshaverne sender udbyderne en meddelelse om retsstridigt indhold. Det er dog uklart, hvilke oplysninger meddelelsen skal indeholde før, at formidlerens handlepligt aktualiseres. Tilmed er det uklart, hvor lang tid formidleren har til at undersøge indholdet, inden det eventuelt fjernes eller blokeres. Det har sin årsag i, at det ved vedtagelsen af e-handelsdirektivet blev besluttet, at direktivet ikke skulle indeholde bestemmelser om procedurer for anmeldelse og fjernelse af ulovligt indhold (notice and takedown). Med andre ord, jf. direktivets art. 16, er det overladt til selvregulering gennem adfærdskodeks. Danmark har dog, ligesom størstedelen af de andre medlemsstater, ikke valgt at indføre en NTD procedure. Dette synes ligeledes heller ikke formålstjenligt, da det ikke resulterer i den forventede harmonisering af e-handelsdirektivet. De betydelige fortolkningstvivel af direktivets art. 14 (EHL § 16), herunder begreberne »kendskab« og »straks«, kom også til udtryk ved EU Kommissionens offentlige høringer. Her var der fælles enighed om, at fraværet af en ensartet fortolkning og NTD procedure i medlemslandene, medførte betydelige omkostninger for både udbyderne og rettighedshaverne. Dette var til hinder for et velfungerende digitalt indre marked, som EU anser for at være nøglen til fremtidig økonomisk vækst. Indtil videre er fortolkningstvivelene dog ikke blevet afklaret, ligesom der heller ikke er vedtaget EU-retlige

fælles regler for NTD. På foreliggende tidspunkt er formidleren derfor bedst stillet ved at holde sig passiv, og vente på, at rettighedshaverne anmelder om retsstridigt indhold på dennes tjeneste. Usikkerheden om hostingudbydernes retsstilling synes derfor ikke at føre til gennemsigthed i retstilstanden på tværs af medlemsstaterne, som ellers var hovedformålet med indførelsen af fælles EU-regler på ansvarsområdet for internetformidlere.

6. Økonomisk analyse

Den juridiske analyse konkluderede, at formidlerne på nuværende tidspunkt er bedst stillede ved at forholde sig passivt, og vente på, at rettighedshaverne anmelder om retsstridigt indhold på deres tjenester. Derudover blev det belyst, at usikkerheden om hostingudbydernes retsstilling ikke syntes at føre til gennemsigtighed i retstilstanden på tværs af medlemslandene. Det blev endvidere antaget, at et tiltag i form af en overvågnings- og/eller en filtreringsløsning ikke var en mulighed. Det skyldes til dels det generelle overvågningsforbud, og dels, at formidlerne ville blive pålagt en stor ressourcemæssig og økonomisk byrde. Hvis et sådan tiltag blev gjort aktuelt antages det, at ikke alle udbydere af sociale medietjenester ville kunne levere deres tjeneste gratis, men opkræve en brugerbetaling. Det ville medføre et fald i efterspørgslen og i sidste ende resultere i en hæmning af udviklingen og udbredelsen af hostingtjenester, hvilket strider mod formålet for e-handelsdirektivet og EU's vision om et allestedsnærværende digitalt indre marked. EU's vision er at øge den økonomiske velstand ved at forbedre adgangen til oplysninger, og bringe effektivitetsgevinster i form af lavere transaktionsomkostninger og papirløst forbrug. EU antager, at et allestedsnærværende digitalt indre marked med grænseoverskridende handel vil generere håndgribelige fordele for forbrugerne i form af hurtigere udvikling af nye produkter, lavere priser, flere valgmuligheder og bedre kvalitet af varer og tjenesteydelser¹¹³. Et overvågningstiltag kan dermed virke afskrækkende for både iværksættere af hostingtjenester og brugerne af dem. Tilmed vil dette øge transaktionsomkostningerne, hvorfor denne mulighed ikke synes at være til stede.

Af høringssvarene blev det også fundet, at den nuværende retstilstand netop begrænsede udviklingen, da hostingudbydere som opererede på tværs af EU, havde betydelige omkostninger ved at overholde de forskellige nationale medlemslandes regler og var tilbøjelige til at blive retsforfulgt. I samme retning gik rettighedshaverne som kritiserede omkostningerne og kompleksiteten i forhold til den anmeldelse, som de skulle give hostingudbydere. Der synes således at være knyttet betydelige problemer mellem hostingudbydere og rettighedshaverne. Og der hersker for tiden, på grund af EU's harmoniseringsforslag til ny ophavsret, langstrakte debatter mellem de der forsvarer ophavsretten, og dem, som argumenterer for at afskaffe ophavsretten.

¹¹³ http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/da/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.9.4.html

Slutteligt blev det konkluderet, at medlemsstaternes divergerende regler og den nuværende retstilstand ikke synes i overensstemmelse med formålet med e-handelsdirektivets implementering. I den forbindelse nævnte såvel hostingudbydere som rettighedshaverne i høringssvarene, at de ønskede fælles regler for ”notice-and-takedown”, som på nuværende tidspunkt var ikkeeksisterende. Den ønskede procedure findes i den amerikanske Digital Millennium Copyright Act (DMCA).

På baggrund af forannævnte synes det derfor interessant at behandle den økonomiske begrundelse for ophavsret, herunder de samfundsmæssige fordele og omkostninger. Det forekommer ydermere interessant at undersøge den økonomiske tilgang til, hvorfor det er efficient at gøre formidlere af sociale medietjenester medansvarlige for tredjemands ophavsretskrænkende information. Slutteligt fremgik det, at den europæiske ansvarsmodel uden notice-and-takedown bevægede sig hen imod den amerikanske ansvarsmodel. Det er derfor muligt ud fra en samfundsøkonomisk synsvinkel, at analysere hvilket af de to ansvarsregimer der er mest efficient ved ophavsretlige krænkelse på sociale medietjenester.

Den følgende økonomiske analyse benytter sig af retsøkonomisk teori, hvorfor retsøkonomiens centrale begreber indledningsvist præciseres. Dette er væsentligt til forståelsen af det videre behandlede.

6.1 – Hvad er retsøkonomi?

Retsøkonomi er en disciplin, som anvender økonomiske principper i relation til retlig regulering. Det er anvendt mikroøkonomi i relation til retlige forhold¹¹⁴ og den mikroøkonomiske teori der søger at forklare juraen i forhold til rationelle handlinger og adfærd på individniveau, og fordeling af ressourcer på samfunds niveau. Overordnet set er det en økonomisk analyse af retten som den er, og retten som den bør være. Eksempelvis at der er sammenhæng mellem de ophavsretlige regler og økonomisk velfærd, hvor bindeleddet herimellem er incitamenter. Retsøkonomiens hensigt er derfor at besvare hvorfor vi har de retsregler, som vi nu engang har, og hvilke retsregler vi burde have. Den følgende analyse vil derfor vurdere juraen ud fra de generelle målsætninger som er knyttet til effektiv ressourceforbrug. Det vil med andre ord blive analyseret, hvilke økonomiske incitamenter der knytter sig til ophavsret og hvilket ansvarsre-

¹¹⁴ Thomas Riis (2000), side 147

gime e-handelsloven bør anvende for at lede til en optimal markedstilstand. I den sammenhæng er det vigtigt at præsentere retsøkonomiens helt centrale begreb, ”økonomisk efficiens”.

6.1.1 – Økonomisk efficiens

Den samfundsmæssige velfærd kan måles ud fra summen af de enkelte individers nytte. Hvert individ har sin egen nytte ($U_1, U_2 \dots U_n$)¹¹⁵, hvilket gør det muligt at opstille følgende formel for samfundets samlede nytte:

$$\text{Samfundets samlede nytte} = F(U_1 + U_2 \dots + U_n)$$

Spørgsmålet i teorien har været, hvordan man skal opgøre det samfundsmæssige velfærd. I økonomisk teori siges det samfundsmæssige velfærd at være efficient, når ressourcerne allokeres på den mest effektive måde, og dermed giver det størst mulige udbytte. Det økonomiske velfærdsbegreb – det såkaldte efficienskriterium – betegner således den situation, hvor ressourcerne allokeres derhen, hvor de tillægges størst værdi, og hvor det er umuligt at generere et større samlet velfærd fra de ressourcer, som er tilgængelige. I teorien opererer man hovedsageligt mellem to efficienskriterier: Pareto-kriteriet og Kaldor-Hicks-kriteriet.

6.1.1.1 – Pareto-efficiens

Pareto-efficient allokering er en samfundstilstand, hvor ingen kan opnå en bedre stilling uden at en anden samtidig opnår en ringere stilling. På et marked er produktion og forbrug således pareto-efficiente, hvis der ikke findes en anden mulig sammensætning, der giver mindst én forbruger en højere nytte uden at stille andre ringere. Dette vil eksempelvis være et marked med fuldkommen konkurrence, hvor der produceres til sidste mulige enhed og ikke opstår dødvægtstab. Markedsfejl, såsom markeder med markedsmagt, medfører derimod inefficiente tilstande og indebærer en samfundsøkonomisk forvridning.

Et vigtigt punkt i Pareto-kriteriet er at nytte opgøres relativt mellem agenter i økonomien og ikke i absolutte enheder¹¹⁶. Rettere sagt er det ikke muligt at sammenligne nyten mellem individer. Det betyder at Pareto-kriteriet i praksis har sine begrænsninger, da en ændring i retstilstanden vil skade flere individer. Thomas Riis (1996) nævner i den sammenhæng, at hvis Pare-

¹¹⁵ Henrik Lando (2005)

¹¹⁶ Thomas Riis (1996), side 31

to-kriteriet blev lagt til grund i Folketingets arbejde, ville der ikke blive vedtaget en eneste lov-regel¹¹⁷.

Et kriterium som kan råde bod på den praktiske svaghed, og som afhandlingen benytter sig af, er det utilitaristiske kriterium. Ifølge kriteriet medfører en allokation en velfærdsstigning, når den forøger summen af individernes nytte¹¹⁸. Kriteriet tillader dermed individers nyttetab, så længe at tabet kan opvejes af en stigning i vinderens nytte. At vinderne kan kompensere taberne betyder ikke, at vinderne rent faktisk skal kompensere taberne, men blot at vinderne i teorien har mulighed for det. En sådan situation betegnes som en Pareto-forbedring og kaldes også for Kaldor-Hicks-kriteriet¹¹⁹.

6.1.1.2– Kaldor-Hicks efficiens

Kaldor-Hicks-efficiens er et økonomisk efficiens-kriterium, som siger, at hvis en retstilstand giver større fordele end ulemper for alle berørte parter, så kan retstilstanden begrundes. En retstilstand kan dermed begrundes, selv om den har negative virkninger for nogle ”tabende” parter, så længe at summen af vinderens fordele kan opveje tabernes tab¹²⁰. En tænkelig situation kan være, at en lovgiver står med to forskellige lovforslag på et område. Her skal lovgiver med økonomisk effektivitet som kriterium bedømme, hvilket lovforslag der er det bedste med henblik på at maksimere den sociale velfærd. Kaldor-Hicks-kriteriet repræsenterer således en cost-benefit analyse, der fokuserer på den samlede økonomiske virkning af en handling. Det forekommer derfor nærliggende at benytte denne tilgang i den økonomiske analyse af, hvilken af de to retstilstande, den nuværende e-handelslov uden-, eller, den amerikanske DMCA med notice-and-takedown procedure, som er mest efficient.

Kaldor-Hicks-kriteriet er ligesom Pareto-kriteriet blevet udsat for kritik. Kritikken går på, at der ikke tages hensyn til de fordelingsmæssige konsekvenser. En ændring i retstilstanden som medfører en Kaldor-Hicks forbedring, kan derfor stille en gruppe dårligere end i udgangspunktet¹²¹. En Kaldor-Hicks forbedring kan med andre ord indebære, at man tager fra de fattige og giver til de rige. I den retsøkonomiske litteratur har det også været diskuteret, hvilken målestok der skal

¹¹⁷ Thomas Riis (1996), side 31

¹¹⁸ Thomas Riis (2005), side 4

¹¹⁹ Eide og Stavang (2009), side 152

¹²⁰ Eide og Stavang (2009), side 111

¹²¹ Thomas Riis (2000), side 32

benyttes ved udformning af retlig regulering. Mere konkret har det været diskuteret, om retlig regulering bør udformes således, at der skabes maksimal samfundsmæssig velfærd, eller om retfærdighed og fordelingsmæssige hensyn skal tildeles værdi¹²². Til trods for denne kritik synes Kaldor-Hicks-kriteriet alligevel at være anvendeligt i forhold til afhandlingen, da dette kriterium kan bruges som en fælles målestok for den samlede nytte for alle individer. Det er derfor muligt at måle og vurdere hvilket ansvarsregime, der synes at lede til en optimal markedstilstand.

6.1.1.3– Coase-teoremet

Gennemgangen af Coases teorem skal ses i lyset af den videre behandling af, hvorfor det er økonomisk efficient at pålægge formidlere af sociale medietjenester et medvirkenansvar samt, om det nuværende ansvarsregime leder til en optimal retstilstand. Definitionen af Coase-teoremet er gennem tiden blevet fremlagt på forskellige måder af økonomer¹²³. Eide & Stavang definerer teoremet som:

”Hvis rettigheter er veldefinerte og transaksjonskostnadene er null, vil partene, uavhengig av den rettslige fordeling av rådgigheter, gjennom samarbeide frembringe et Pareto-effektivt resultat¹²⁴.”

Ronald Coase hovedpointe var at uanset hvordan fordelingen i udgangspunktet er, vil rettigheder blive overført til den som værdsætter dem højest og frembringe et efficient resultat uden at regeringen blander sig. Dette var dog under forudsætning af, at ejendomsrettighederne er veldefinerede, folk handler rationelt, og transaktionsomkostninger er lig 0. Der er hermed tale om et perfekt marked med fuldstændig information og uden transaktionsomkostninger. Man kunne forestille sig et eksempel hvor individ A ved en foretaget handling, som for ham har en værdi af 500 kr., påfører individ B en negativ eksternalitet, som B vil betale 1.000 kr.- for at undgå. Ifølge Coase-teoremet vil A og B således komme frem til et efficient resultat, hvis de forhandler en aftale. Hvis A har retten på sin side, vil B betale fx betale ham 750 kr.- for at lade være,

¹²² Thomas Riis (2000), side 1152

¹²³ Hvilket skyldes, at Ronald H. Coase ikke selv formulerede teoremet i sin artikel ”The Problem Of Social Cost”.

¹²⁴ Eide & Stavang (2009), side 137

og den samlede gevinst vil hermed være 500 kr.-. Hvis B har retten på sin side, vil A derimod miste værdien på 500 kr.-, mens B vil tjene 1000 kr.-. Det samlede resultat vil dermed stadig være 500 kr.-. Pointen med eksemplet er, at selvom fordelingen af rettigheden ikke er ligegyldig for fordelingen af gevinsten, så vil det alt andet lige resultere i et efficient resultat¹²⁵.

Det kan dog ikke antages, at der findes perfekte markeder og fuldstændig information i virkeligheden. Imidlertid findes der dog transaktionsomkostninger, hvorfor fordelingen af rettigheder må antages at have betydning for økonomisk efficiens¹²⁶. Således kunne man forestille sig mange tilfælde, hvor der vil være forbundet betydelige omkostninger for parter om at nå til enighed. I et sådan tilfælde vil det være økonomisk efficient at lade staten regulere, da de forbundne omkostninger herved er lavere. Dette leder til det betingede normative Coase-teorem som fastslår, at loven bør udformes således, at den reducerer eller fjerner hindringer for private aftaler. Det centrale ved Coase-teoremet er dermed, at transaktionsomkostningerne er en vigtig kilde til, at retsreglerne har samfundsøkonomiske virkninger. Når man skal vurdere retsreglerne, er det vigtigt at huske på, at både transaktioner og administration, herunder lovgivning, kræver ressourcer. Rettere sagt, er det et ønske om et effektivt ressourcebrug ved udformning af retsreglerne, som skal indrettes med henblik på at reducere omkostninger og dermed skabe samfundsøkonomisk efficiens¹²⁷.

6.2 – Hvorfor har vi ophavsret?

Det økonomiske incitamentet for ophavsret begrundes i neoklassisk teori i frembringelsen af nye opfindelser og enerettens nytte for samfundet. Argumentet herfor er, at ophavsmanden skal belønnes for sin skabende indsats og have incitament til at skabe nye værker. Der er hermed tale om en belønnings- og incitamentsteori hvoraf sidstnævnte er baseret på utilitarismen, hvorefter en handling bør vælges, hvis den skaber mest samfundsmæssig nytte. Hensigten med ophavsret er hermed at fremme innovationen og kreativiteten i samfundet, til lavest mulige omkostninger. Hvis skaberen af opfindelsen ikke havde ophavsretlig beskyttelse, ville skaberen formentlig ikke kunne opnå en indtjening, der var stor nok til at kunne dække de omkostninger, som skaberen havde ved frembringelsen af værket. Antagelsen herefter er, at hvis der ikke var

¹²⁵ Eide og Stavang (2009), side 37

¹²⁶ Thomas Riis (1996), side 37

¹²⁷ Thomas Riis (1996), side 37

ophavsretlig beskyttelse, ville der ikke være incitament til frembringelsen, hvilket ville resultere i at markedet blev underforsynet i forhold til den samfundsmæssige mest optimale situationen. En sådan situation kan tænkes at have gjort sig gældende i Connery.dk-sagen, hvor Ekstra Bladet har haft omkostninger i form af lønninger etc. til sin fotograf. Fotografens billeder skulle kun gøres tilgængelige for betalende brugere på Ekstra Bladets lukkede forum, men blev i stedet tilgængeliggjort for enhver på Connery.dk's debatforum. Ekstra Bladet har derfor haft omkostninger forbundet med "frembringelsen", mens brugerne af hjemmesidens debatforum, har kunne udnytte værket uden omkostninger. Selvom eksemplet naturligvis ikke afspejler en "ny opfindelse" og muligvis er en anelse vidtgående, så illustrerer det alligevel det økonomiske incitament for, at tilgængeliggøre et værk. Ekstra Bladet har uden tvivl haft forventning om, at kunne få dækket nogle omkostninger op opnå en gevinst ved frembringelsen af værket. Ophavsrettens økonomiske incitament består med andre ord i udnyttelse af eneretten, som vil medføre en overnormal profit. Det dækker skabernes omkostninger og giver indtægter til, at de kan skabe flere kreative indsatser som resulterer i samfundsøkonomisk værdi i form af produktivitet, kultur- og forbrugerforbedringer¹²⁸. Således ville incitamentet til frembringelsen af nye værker forringes hvis ophavsmanden ikke opnåede en økonomisk gevinst, hvilket ikke ville være i samfundets interesse.

I litteraturen retfærdiggøres ophavsretten ofte i, at ophavsmanden antages at blive betalt i forhold til den nytte, som værket giver samfundet. Hvis et værk ikke skaber nytte, vil samfundet ikke betale for det. Omvendt, hvis et værk skaber samfundsmæssig nytte, vil samfundet gerne betale for det.¹²⁹ Samfundet vil således selv justere markedet forstået på den måde, at hvis prisen fastsættes for højt, vil samfundet ikke betale for det, hvorfor ophavsmanden vil sænke prisen.

De samfundsøkonomiske omkostninger der almindeligvis bliver gennemgået i litteraturen er det traditionelle monopolproblem og at ophavsretsbeskyttelsen hindrer fremtidig udvikling¹³⁰. Der argumenteres for, at ophavsrettens markedsposition som monopol muliggør monopolistisk prisfastsættelse, hvilket indebærer et dødvægtstab¹³¹. Dette strider mod det velfærdsøkonomiske Pareto-optimale marked med fuldkommen konkurrence. På et marked med fuldkommen

¹²⁸ Thomas Riis (2005), side 33

¹²⁹ Se eksempelvis hertil Lublin & Kaas: "Ophavsrettens demokratiske paradoks", side 24.

¹³⁰ Thomas Riis (2005), side 41

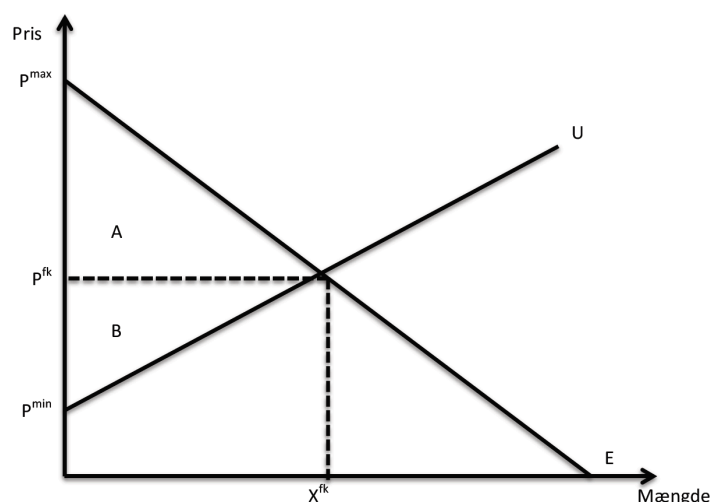
¹³¹ Thomas Riis (2005), side 41

konkurrence, og uden ophavsretlig beskyttelse, ville der derimod være samfundsmæssige fordele i form af lavere priser, og en reduktion i transaktionsomkostninger, da værket står frit for alle at benytte. Hermed spares omkostningerne til forhandling samt håndhævelsen ved overtrædelser. I litteraturen argumenteres der ligeledes for, at ophavsretten er forældet og begrænser udvekslingen af informationer, hvilket giver samfundsmæssige ulemper, og at der ville være større samfundsmæssige fordele uden ophavsretlig beskyttelse i form af lavere priser og reduktion i transaktionsomkostninger. I denne sammenhæng anfører Stephen Breyer, at ophavsmanden uden sin overnormale profit, alligevel vil kunne få dækket sine omkostninger ved sit markedsforspring som ”first mover”¹³². Denne antagelse synes dog ikke at have synderlig opbakning¹³³.

Der eksisterer dermed to forskellige opfattelser af, hvordan et marked opnår størst økonomisk velfærd. Den første opfattelse er baseret på teorien om markedsstyrke ved fuldkommen konkurrence, hvor marginalomkostningerne (MC) er lig prisen, hvilket er illustreret ved figur 1.

Figuren illustrerer varens pris på et marked med fuldkommen konkurrence, hvor den enkelte køber og sælger regner med at kunne købe eller sælge vilkårlige mængder af varen til markedets pris, uden at prisen påvirkes¹³⁴. Konkurrenceformen danner ramme om velfærdsteorien, hvor varen er standardiseret og at markedet gennem tilpasning af pris får købernes behov afstemt:

Figur 1 - Fuldkommen konkurrence



¹³² Stephen Breyer: The uneasy case for copyright, side 350

¹³³ Barry W. Tyerman: The economic rationale for copyright protection for published books: A reply to professor Breyer, side 76

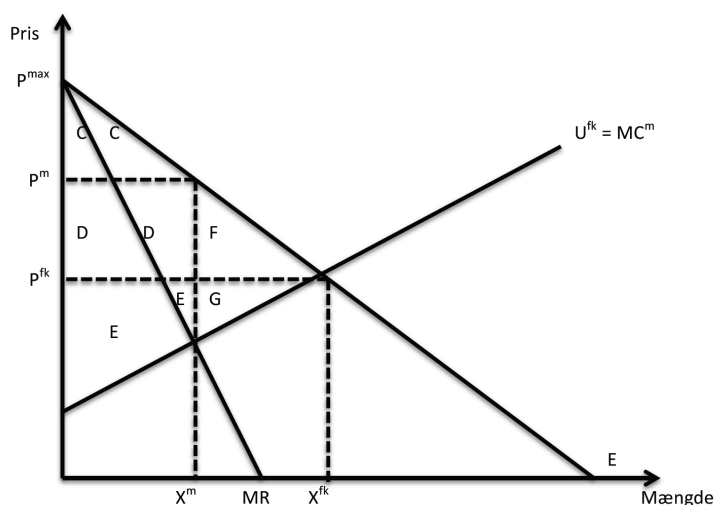
¹³⁴ Microeconomics (2012), side 249

Ligevægtsprisen er illustreret ved skæringspunktet for udbudskurven (U) og efterspørgselskurven (E), hvor (E), er faldende, jf. loven om faldende efterspørgsel, da forbrugerne alt andet lige er villige til at betale en højere pris (P^{max}) end den marginale pris (P^{fk}). Forbrugerne sparer derfor $(P^{max}) - (P^{fk})$ og resulterer i et forbrugeroverskud, og dermed forbrugervelfærd, illustreret ved trekanten A . Arealet viser forskellen mellem hvad forbrugerne er villige til at betale, og hvad de rent faktisk ender med at betale¹³⁵.

Producenterne opnår tilmed et producentoverskud, og dermed producentvelfærd, hvilket illustreres ved trekanten B . I arealet er marginalomkostningerne (MC) lig udbudskurven (U) og er forskellen mellem den pris producenten er villig til at sælge varen for (P^{min}), og den pris de rent faktisk opnår for varen (P^{fk}). Det samfundsmæssige overskud (SS), er hermed summen af forbrugeroverskuddet og producentoverskuddet. Ved ligevægten for et marked med fuld konkurrence er alle potentielle fordele ved handel af varen dermed realiseret. Med andre ord er ressourcerens allokering i samfundet Pareto-efficient, da det samlet maksimerer samfundsoverskuddet.

Den anden opfattelse er baseret på incitamentsteorien og monopolistisk konkurrence. Den ophavsretlige beskyttelse skaber en form for monopol på markedet, og adskiller sig fra fuldkommen konkurrence, da produktionen ikke finder sted til den lavest mulige omkostning. Her er marginalomkostningerne (MC) over prisen¹³⁶:

Figur 2 – Monopolistisk konkurrence



¹³⁵ Microeconomics (2012), side 250

¹³⁶ Microeconomics (2012), side 375

På et monopolmarked sættes prisen højere end marginalomkostningerne MC og der produceres til det punkt, hvor MC skærer den marginale indtægt MR . I forhold til en markedsform med fuldkommen konkurrence falder den udbudte mængde fra X^{fk} til X^m , og prisen stiger fra P^{fk} til P^m . Forbrugeroverskuddet på et monopolmarked reduceres derfor til trekant CC i stedet for hele trekant A , som var tilfældet under fuldkommen konkurrence (se figur 1). Forbrugerne der fortsat er villige til at betale for varen har et fald i forbrugeroverskuddet svarende til DD . Tilsvarende gør sig gældende for de forbrugere, som ikke er villige til at betale for P^m , hvilket illustreres ved trekanten F . Det samlede fald for forbrugerne ved monopolistisk konkurrence er derfor udtrykt ved $DD + F$. For producenterne er overskuddet $DD + EE$, hvilket er en stigning i forhold til trekant B under fuldkommen konkurrence (se figur 1). Producenterne lider dog også et tab G , hvilket skyldes et fald i forbrugere. Dermed bliver producentoverskuddet summen af $DD - G$. Det samfundsøkonomiske velfærdstab (deadweight loss) er illustreret ved arealet af $F + G$ og dækker over en stigning i producentoverskuddet og et fald i forbrugeroverskuddet, der imidlertid overstiger stigningen i producentoverskud¹³⁷.

Det bemærkes, at der ved monopol, i forhold til fuldkommen konkurrence, opstår velfærdstab/deadweight loss i form af tab i det samfundsøkonomiske overskud, når prisen sættes højere end marginalomkostningerne¹³⁸. På baggrund af markedsbetragtningerne synes det derfor fristende at konkludere, at markedsstrukturen med fuldkommen konkurrence er mest fordelagtig, og samfundsøkonomisk efficient. Denne betragtning deles dog ikke i nærværende, da de ophavsretlige regler, og dermed monopolistisk markedstilstand, synes at bidrage til samfundsøkonomisk efficiens. Det skyldes, at incitaments- og belønningsteorien, herunder de ophavsretlige regler, synes at bidrage til udviklingen i samfundet. I samme retning går Thomas Riis¹³⁹, som i sin analyse opstiller en kortsigtet og langsigtet model for, hvorfor der er behov for ophavsret¹⁴⁰. Thomas Riis konkluderer, at ophavsretlig beskyttelse skaber økonomiske incitamenter til frembringelsen af nye værker samt, at disse incitamenter til frembringelsen skal være så store, at de giver ophavsmanden/producenten forventning om en indtjening, der dækker de faste omkostninger forbundet med produktionen af et værk¹⁴¹.

¹³⁷ Microeconomics (2012), side 381

¹³⁸ Microeconomics (2012), side 390

¹³⁹ Professor, dr. Jur.

¹⁴⁰ Thomas Riis (1996), side 68-116.

¹⁴¹ Thomas Riis (1996), side 116

En anden betragtning som synes væsentlig er, at fakta (dog fra 2006) viser, at selvom ophavsretsbrancherne udgør en lille del af dansk erhvervsliv, er delen meget produktiv og profitabel. Således bidrager brancherne for 16 % af omsætningen og 17 % af værdiskabelsen i Danmark, og synes derfor at skabe samfundsøkonomisk efficiens for det danske samfund¹⁴². Der er dog ingen tvivl om, at der i form af den teknologiske udvikling er behov for at revidere ophavsretten, hvilket EU allerede arbejder på¹⁴³. Internettet er blevet et allemandseje, og alene i EU er der fx over 200 millioner brugere på den sociale medietjeneste Facebook¹⁴⁴. Det skaber masser af muligheder for virksomheder til at skabe økonomisk vækst, og EU formoder, at et velfungerende indre digitalt marked kan skabe potentielle effektivitetsgevinster på 415 mia. EUR¹⁴⁵. Det afgørende retsøkonomiske spørgsmål i denne sammenhæng, er, hvorledes de ophavsretlige regler kan indrettes, så der skabes efficient ressourceallokering og økonomisk velfærd. Hertil er EU nødt til at tage stilling til beskyttelsens bredde, styrke og varighed således, at der skabes en balance mellem den velfærd som skabelsen af nye værker medfører, og den velfærd der opnås, når flest mulige individer har adgang til værkerne. Når denne balance opnås, vil samfundets velfærd maksimeres.

6.3 Hvorfor bør formidlere kunne ifalde et medvirkenansvar?

Som det fremgik af forannævnte, er der fortsat behov for ophavsretlige regler. Dette betyder alt andet lige, at der fortsat vil opstå ophavsretskrænkelser på de sociale medietjenester. I nærværende afhandling undersøges formidleransvaret ved ophavsretskrænkelser på sociale medietjenester, hvorfor det synes interessant at vurdere det økonomiske incitament for at pålægge formidlerne et indirekte ansvar. En vurdering af formidleransvaret ved ophavsretlige krænkelser er fra et økonomisk synspunkt væsentligt af den grund, at det er i stand til at give politikere beviser i form af fordele og ulemper ud fra forskellige ansvarsretlige vinkler. En økonomisk vurdering kan derfor ud fra matematiske beregninger af omkostninger og fordele ved de forskellige ansvarsformer afgøre, hvilken der er økonomisk mest effektiv.

Indledningsvis skal det nævnes, at hvis formidlere af sociale medietjenester ikke kunne ifalde et ansvar, ville en rettighedshaver A, derfor skulle håndhæve sine rettigheder individuelt over for

¹⁴² Rapport udarbejdet af forskningscenteret imagine ved Institut for Industriøkonomi og Virksomhedsstrategi på Copenhagen Business School:

http://www.cbs.dk/files/cbs.dk/den_danske_ophavsretsoekonomi_med_perspektiver.pdf

¹⁴³ EU-direktiv 2014/26/EU – Forslag om kollektiv forvaltning af ophavsret og beslægtede rettigheder.

¹⁴⁴ <http://www.internetworldstats.com/stats9.htm>

¹⁴⁵ http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/da/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.9.4.html

krænkeren B. Muligheden for at optræde anonymt på internettet har dog gjort det meget vanskeligt at identificere den primære gerningsmand ved ophavsretlige krænkelser, hvorfor A ville have betydelige omkostninger ved at bevise, at B havde begået en forbrydelse. Og selv i det tilfælde hvor A kunne bevise, at B var ansvarlig, er det ikke sikkert at B ville have tilstrækkelige aktiver til at betale erstatning, alt efter hvilken ophavsretlig forbrydelse der var begået¹⁴⁶.

At pålægge et strafansvar til krænkeren B synes heller ikke omkostningseffektivt, da omkostningerne ved fængsling omfatter betydelige samfundsmæssige omkostninger. Desuden kan strafferetlige sanktioner fordreje lovlig brug af internettet, og have en afskrækkende effekt på teknologiudviklingen, hvilket bestemt ikke er intentionen ved EU's strategi om et digitalt indre marked.

En løsning har derfor været, at pålægge formidlere et indirekte ansvar i forbindelse med ophavsretskrænkelser på internettet. Det skyldes at det ud fra en økonomisk og juridisk synsvinkel er mest omkostningseffektivt at tildele ansvaret til den part, som har de laveste omkostninger ved krænkelsen¹⁴⁷. I forhold til eksemplet, vil en formidler af en social medietjeneste C, have betydeligt færre omkostninger ved at bevise, at krænkeren B har uploadet ophavsretskrænkende materiale på dennes tjeneste. Derudover er en anden og vigtig økonomisk betragtning, at et formidleransvar kan give indirekte incitament til optimal agtpågivenhed, og til at forebygge ophavsretlige krænkelser. Dette synes dog ikke at være tilfældet ved den nuværende retstilstand for e-handelsloven, hvor formidlerne er bedst stillede ved at forholde sig passivt, og afvente en meddelelse fra en potentiel krænket rettighedshaver. Rettighedshavere har dog incitament til at fortsætte med at udvikle og frembringe nye værker. Hvis rettighedshaverne på forhånd var velvidende om, at de ikke nød nogen form for beskyttelse ved ophavsretlige krænkelser på internettet, ville der ikke være incitament til at bruge tid og penge på frembringelsen af værket.

Den økonomiske begrundelse for at gøre formidlere ansvarlige skal ses i nær sammenhæng med den utilitaristiske teori og især det betingede normative Coase-teorem¹⁴⁸. I den beskrevne situation er der betydelige omkostninger forbundet for A, til at bevise, at B har foretaget en

¹⁴⁶ William Landes & Douglas Lichtman (2003), side 3.

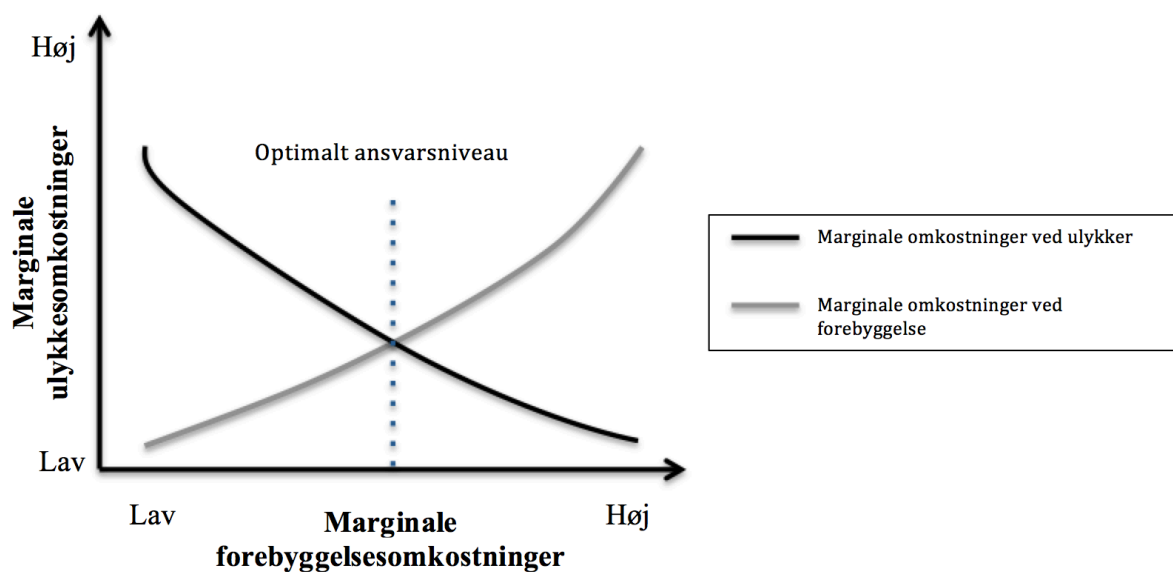
¹⁴⁷ Ronald Coases betragtninger om "the least cost-avoider" i "The Problem of Social Costs".

¹⁴⁸ Gennemgået i afsnit 6.1.1.3

krænkelse. Det er derfor økonomisk efficient at lade staten regulere, at formidlere kan ifalde et ansvar, da de forbundne omkostninger herved er lavere¹⁴⁹.

Reglerne skal udformes således, at de sikrer et effektivt ressourcebrug og resulterer i samfundsøkonomisk efficiens. I den forbindelse skal der nødvendigvis tages hensyn til, hvilket ansvarsregime som formidlerne skal pålægges. Ansvarsregimet skal balancere hensynet til rettighedshaverne på den ene side, og incitamenterne til iværksættelsen- eller videreførelsen af en hosting-tjenesterne på den anden side. Et samfundsøkonomisk effektivt ansvarsregime skal derfor både sikre en efficient håndhævelse af ophavsretten, og samtidig tage hensyn til hostingudbyderne. Der er med andre ord tale om et optimalt ansvarsregime, som i økonomisk teori er der, hvor de marginale ulykkesomkostninger er lig med de marginale forebyggelsesomkostninger¹⁵⁰.

Figur 3 – Det optimale ansvarsniveau



Af modellen fremgår det, at jo større forebyggelse/forholdsregler, desto færre ulykker, og dermed også færre ulykkesomkostninger. Skæringspunktet mellem kurverne (optimalt ansvarsniveau) er dermed det mest samfundsøkonomiske efficiente resultat. Den divergerende retstilstand i EU kan ikke siges at være efficient, i og med, at reglerne fortolkes forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat. Dette medfører betydelige omkostninger i forbundet med rettighedshavernes omkostninger til anmeldelsesproceduren, og hostingudbydernes omkostninger ved at

¹⁴⁹ Weixiao Wei (2008), side 9

¹⁵⁰ <https://cyber.law.harvard.edu/bridge/LawEconomics/neg-liab.htm>

overholde de nationale medlemslandes regler. Hertil kommer også, at den divergerende retstilstand, og de uklare regler medfører samfundsmæssige omkostninger, da der er betydelige transaktionsomkostninger forbundet med antallet af søgsmål. Konkret sagt, når EHL § 16 (EHD art. 14) bliver opfattet forskelligt på tværs af medlemslandene, resulterer dette i en usikkerhed i retstilstanden, som hæver de samfundsmæssige udgifter over det nødvendige niveau. Disse udgifter til usikkerhed kan undgås ved at fastsætte en klar juridisk ramme og derved sænke transaktionsomkostningerne. På den måde ville omkostningerne for hostingudbydernes overholdelsesprocesser for hvert land reduceres, og tilsvarende for rettighedshaverne.

6.4 – Hvilket ansvarsregime er efficient ud fra en Kaldor-Hicks betragtning?

Det er foreløbigt blevet konkluderet, at der er behov for ophavsret, at det er omkostningseffektivt at pålægge formidlere et ansvar samt, at det ansvarsregime formidlerne pålægges samlet set, skal skabe det økonomisk mest efficiente resultat og skabe social velfærd. Som det fremgik af den juridiske analyse, har der dog været problemer med at placere ansvaret ved ophavsretskrænkelser på sociale medietjenester og formidlerne synes bedst stillede, ved at forholde sig passivt. Dette fremgik også af høringssvarene som antydede, at både rettighedshavere og hostingudbydere ønskede en procedure ved ophavsretskrænkelser, som tilnærmelsesvis minder om den amerikanske notice-and-takedown. Det synes derfor interessant i en cost-benefit model at undersøge, om det indirekte ansvarsregime uden notice-and-takedown, som gælder for e-handelsloven, eller et ansvarsregime med notice-and-takedown, er mest efficient i forhold til at maksimere social velfærd, og reducere de samlede samfundsmæssige omkostninger. Til dette følger først en kort introduktion af ansvarsregimerne.

6.4.1 – Formidleransvaret for hostingudbydere i DMCA og EHD

Fremgangsmåden for formidleransvaret er det samme for begge: formidlerne er ansvarsfrie så længe, at de ikke har kendskab til den ulovlige eller skadevoldende aktivitet eller information (strafferetligt ansvar), og ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den skadevoldende aktivitet eller information fremgår (erstatningsretligt). På trods af den samme fremgangsmåde, er der dog alligevel betydelige forskelle på de to ansvarsregimer. Således indeholder e-handelsdirektivet ikke en bestemmelse om, hvordan formidleren tilegner sig den viden, som er forudsætningen for sit ansvar. DMCA fastslår derimod, at hvis en rettighedshaver eller en af hans bemyndigede personer, sender en meddelelse med specifikke oplysninger om det

krænkende materiale, vil hostingudbyderen have opnået den tilstrækkelige viden. I DMCA kan en hostingudbyder ligeledes erhverve sig viden, hvis den krænkende aktivitet er indlysende. Derudover indeholder DMCA, i modsætning til EHD, en procedure (NTD) for, hvordan formidleren formodes at reagere, når denne opnår kendskab til krænkende materiale for at undslippe ansvar. En hostingudbyder er således ikke ansvarlig, hvis de følger retningslinjerne for NTD-proceduren. I det europæiske ansvarsregime vil hostingudbyderne være underlagt national lovgivning, da EHD ikke fastsætter fælles regler for en lignende procedure.

6.4.2 – Kaldor-Hicks og cost-benefit modellen

Til analysen af hvilket ansvarsregime der er efficient, benyttes Kaldor-Hicks' betragtning i en cost-benefit analysemodel. Den anvendte cost-benefit model har længe været brugt som analyseværktøj¹⁵¹ til vurderingen af større offentlige investeringer, men er også anvendelig ved vurderingen af tiltag, som kræver ressourcer for at blive gennemført, herunder retsregler. Modellen betegnes som en samfundsøkonomisk konsekvensberegning, der kan anvendes som led i vurdering af, om et givent projekt kan betale sig. Det grundlæggende ved analysen er, at den søger at opgøre omkostninger og fordele ved et projekt. Modellen vil derfor blive anvendt til vurderingen af, hvilket ansvarsregime der samlet set, skaber størst social velfærd, og som teoretisk set, kan opveje tabernes tab, jf. Kaldor-Hicks-kriteriet. Denne sammenligning har til hensigt at munde ud i en konklusion af, hvilket ansvarsregime der skaber mest økonomisk efficiens, og derfor bør vælges. Den økonomiske vurdering vil blive beregnet ved forskellen mellem de sociale omkostninger (C) og de sociale fordele (B)¹⁵². Dette giver det simple matematiske regnestykke: $B = C - B$. Jo større forskellen er ved den ene retstilstand, jo større incitament er der for at beholde/ændre retstilstanden. Indledningsvis er der dog behov for at definere de sociale omkostninger og de sociale fordele i ophavsretligt henseende.

6.4.2.1 – Sociale omkostninger (SC)

Sociale omkostninger er samfundets omkostninger, og defineres som summen af de private omkostninger (PC) og negative eksternaliteter (NE) ved en given økonomisk aktivitet¹⁵³. De

¹⁵¹ Det mest kendte eksempel er nok Ford Pinto-sagen.

¹⁵² Weixiao Wei (2008), side 11

¹⁵³ Mikroøkonomi (2005), side 111

private omkostninger, er de omkostninger, som eksempelvis forbrugeren har ved at købe et produkt, eller de omkostninger som en virksomhed har ved at producere et produkt. Den negative eksternalitet henviser til den handling, der forringer en andens velfærd og er en omkostning ved en aktivitet, som bæres af andre end dem, der udfører aktiviteten¹⁵⁴. Det klassiske eksempel er rygning, som har sundhedsmæssige konsekvenser for andre (passive rygere).

I ophavsretlig henseende er de private omkostninger forbundet til de involverede aktører/partner i en ophavsretskrænkelse. Mere konkret er de private omkostninger forbundet til rettighedshaveren (C_1), hostingudbyderen (C_2) og den ansvarlige krænger (C_3)¹⁵⁵. De negative eksternaliteter er i samme henseende forbundet med de negative omkostninger til offentlig håndhævelse af reglerne. Det kan matematisk opstilles således:

$$\text{Samfundets omkostninger (SC)} = PC (C_1 + C_2 + C_3) + NE$$

6.4.2.2– Sociale fordele (SB)

De sociale fordele er samfundets samlede gevinst og defineres, som summen af de private fordele og positive eksternaliteter i en given økonomisk aktivitet¹⁵⁶. De private fordele består i, modsat omkostninger, de fordele forbrugeren har ved at købe et produkt, eller de fordele, som en virksomhed har ved at producere et produkt. De positive eksternaliteter henviser til den handling der øger en andens velfærd, og er en fordel ved en aktivitet, som rammer andre end dem, der udfører aktiviteten. Det klassiske eksempel er udførelsen af undervisning, som bevirker en velfærdsforøgelse for andre.

I ophavsretlig henseende er de private fordele således også forbundet til de involverede aktører/partner. De private fordele er dermed forbundet til rettighedshaveren (B_1), hostingudbyderen (B_2) og den ansvarlige krænger (B_3)¹⁵⁷. De positive eksternaliteter er i samme henseende forbundet med de positive fordele ved håndhævelsen af reglerne. Det kan matematisk opstilles således:

$$\text{Samfundets fordele (SB)} = PB (B_1 + B_2 + B_3) + PE^{158}$$

¹⁵⁴ Mikrøkonomi (2005), side 110.

¹⁵⁵ Weixiao Wei (2008), side 12

¹⁵⁶ Mikrøkonomi (2005), side 112

¹⁵⁷ Weixiao Wei (2008), side 13

¹⁵⁸ Weixiao Wei (2008), side 14

Dette kan opsummeres i følgende model med aktører og interesser¹⁵⁹:

COSTS & BENEFITS		COSTS (PC+NE)	BENEFITS (PB+PE)
Aktører			
Private aktører	Rettighedshaveren	(C ₁)	(B ₁)
	Hostingudbyderen	(C ₂)	(B ₂)
	Ansvarlige krænkere/uploaderen	(C ₃)	(B ₃)
Eksternalitet	Håndhævelse	(NE)	(PE)

6.4.3 – Cost-benefit analyse af indirekte ansvar uden NTD

Den europæiske model med et indirekte ansvarsregime anvender domstolene, når der skal anlægges ophavsretlige sager. Dette medfører betydelige transaktionsomkostninger for rettighedshaverne, hostingudbydere og domstolene. Således er der altid omkostninger i form retsafgift til retten, udgifter til advokater, omkostninger til syn og skøn, og omkostninger til bevisførelse hvilket i nærværende sammenhæng, er de negative eksternaliteter. Omkostningerne for en rettighedshaver vil således nemt kunne overstige den gevinst, som vedkommende i sidste ende modtager i tilfælde af en vunden sag. Selvom at sagsomkostningerne betales af den part, som taber sagen, så er det imidlertid retten, der fastsætter størrelsen af sagsomkostningerne, og det beløb er ikke nødvendigvis det samme, som den rettighedshavendes advokat vil opkræve for sit arbejde. Hertil ses det ofte, at det typiske timesalær hos advokater ligger mellem 1.500-2.000 kr.¹⁶⁰. Retten arbejdede på tidspunktet for Connery.dk-sagen med en dækningssats til advokatsalær på 10.000-18.000 kr.- ved sager på en værdi mellem 0-50.000 kr.-¹⁶¹. Sagen blev tilmed udsat, hvorfor et advokatsalær fra rettighedshaveren må antages, at have været betydeligt større end dækningssatsen. Det kan med andre ord ikke altid betale sig at føre en retssag, og beror i stedet på en konkret vurdering af, hvor stort beløbet drejer sig om, hvad sandsynligheden er for at vinde og hvad de samlede sagsomkostninger løber op i. I og med at det oftest drejer sig om små erstatningsforløb, antager det følgende, at sagsomkostningerne vil overstige gevinsten ved en vunden sag. Rettighedshaverne optræder derfor i formlen på omkostningssiden. Her befinder

¹⁵⁹ Weixiao Wei (2008), side 14

¹⁶⁰ <http://www.juf.dk/advokat-priser/>

¹⁶¹ <http://www.domstol.dk/oestrelandsret/Taksterogsalaeer/Documents/Sagsomkostninger%20i%20civil%20sager%202008.pdf>

de sig sammen med hostingudbyderne, som synes at være de store tabere. Det skyldes, at den divergerende retstilstand har forårsaget, at de både kan ifalde et ansvar ved ikke at fjerne op-havsretligt krænkende indhold, men også hvis de i god tro fjerner indhold, som ikke var op-havsretligt krænkende. Uploaderen, som er den primære gerningsmand, vil altid være den bedst stillede, da vedkommende ikke retsforfølges af rettighedshaverne, da det er mere omkostnings-effektivt at rette søgsmål mod hostingudbyderen. Dette udleder følgende formel:

$$C_1 + C_2 + NE > B_3$$

Som eksempel kan der tages udgangspunkt i Connery-sagen. Her blev rettighedshaveren (foto-grafen) tilkendt en erstatning på 32.500 kr., som Connery.dk som hostingudbyder, skulle beta-le. Dette var endda på trods af, at den primære gerningsmand kunne identificeres. Connery.dk havde i sagen sagsomkostninger på over 67.500 kr.¹⁶². Dette kan forsimples stilles op i cost-benefit modellen, som:

Connery.dk-sagen	<i>Costs</i>	<i>Benefits</i>
<i>Rettighedshaveren</i>	<i>Omkostninger ved sagsanlæg</i> <i>- Ukendt</i>	32.500 kr. –
<i>Hostingudbyderen</i>	(32.500 + 67.500) = – 100.000	0
<i>Negative eksternaliteter</i>	<i>Samfundets omkostninger ved at sagens</i> <i>føres ved domstolene</i>	

Som det fremgår af ovenstående eksempel er der problemer i fordelingen af costs and benefits. Erstatningsbeløbet som EkstraBladets fotograf modtog synes ikke at være af principal størrelse i forhold til de transaktionsomkostninger, som er forbundet med retssagen.

I forhold til et ansvarsregime med direkte ansvar, er det indirekte ansvarsregime som benyttes i e-handelsloven dog efficient. Forestillede man sig et primært ansvar for hostingudbydere var disse nødsaget til at foretage foranstaltninger i form af tekniske filtre og overvågning af tjene-sten, hvilket ville medføre betydelige omkostninger. I et tilfælde med primært ansvar for ho-stingudbyderne ville såvel brugerne/uploaderne som rettighedshaverne, være de absolutte vin-dere. Omvendt ville hostingudbyderen være den absolutte taber. Udover at træffe foranstaltnin-

¹⁶² <http://www.computerworld.dk/art/143241/erotisk-bruger-upload-koster-connery-dk-kaempeboede>

ger til at forhindre ophavsretskrænkelser, så ville der heller ikke være den store tvivl om sagens udfald, når rettighedshavere sagsøgte hostingudbyderne. Dermed ville de negative eksternaliteter med håndhævelsen, også være lavere. Formlen ville således være:

$$C_2 + NE > B_1^{163}$$

I forhold til et ansvarsregime med fuldstændig ansvarsfritagelse, synes e-handelslovens indirekte ansvarsregime tilmed at være efficient. I tilfælde af fuldstændig ansvarsfritagelse ville rettighedshaverne alene oppebære omkostningerne til ophavsretskrænkelserne. Dette ville resultere i et massivt antal af søgsmål og ville, jf. afsnit 6.3, ikke være omkostningseffektivt, hvis rettighedshaveren havde bevisbyrden. Dette ville resultere i formlen:

$$C_1 + C_3 + NE < B_2$$

6.4.4 – *Cost-benefit analyse af indirekte ansvar med NTD*

Et indirekte ansvarsregime med notice-and-takedown er som tidligere nævnt en fastlagt procedure, hvorefter en indehaver af en ophavsret kan få hostingudbyderen til at fjerne eller hindre adgangen til krænkende materiale. Proceduren anvendes i det amerikanske DMCA, som e-handelsdirektivet er inspireret af. Dog blev proceduren ikke medtaget i direktivet, som i stedet opfordrer medlemsstaterne til selvregulering på området. Som beskrevet i afsnit 4.8.4.1 fungerer proceduren, at den krænkede ophavsmand skal indgive en meddelelse om den påståede krænkelse i overensstemmelse med et par fastlagte og klare retningslinjer. De klare retningslinjer er med til at reducere de negative eksternaliteter i forbindelse med håndhævelsen, da det alt andet lige vil reducere søgsmålene. Samtidigt reduceres omkostningerne for uploaderne og den primære gerningsmand, da disse kun i få tilfælde vil afholde omkostninger i forbindelse med en retssag. Tilbage står hostingudbyderen, som alene bærer de omkostninger, der er forbundet med opretholdelsen og udøvelsen af DMCA's fastlagte fremgangsmåde. Formlen kan opstilles således:

$$C_2 < B_1 + B_2 + PE$$

I situationen med Connery.dk-sagen, kan det således antages, at en retssag aldrig var forekommet. I sagen var der ganske vist tale om, at fotografen sendte Connery.dk en meddelelse om at fjerne de ulovlige billeder. Et fravær af en klar regel gjorde dog, at Connery.dk kun fjernede

¹⁶³ Weixiao Wei (2008), side 17

linkene fra forummet, hvorfor billederne stadig kunne tilgås med en direkte URL. Havde Con-nery.dk vidst, at de med overvejende sandsynlighed ville ifalde et erstatningsretligt ansvar, havde de haft incitamenter nok til at hindre adgangen til det. Ved et øjekast virker retstilstanden med en notice-and-takedown procedure kontra en retstilstand uden, derfor, at være mest effici-ent. Det fremgik dog af afsnit 6.3 at et efficient ansvarsregime, var der, hvor de marginale ulykkesomkostninger var lig med de marginale forebyggelsesomkostninger. Der er med andre ord tale om, at ansvarsregimet skal balancere hensynet til rettighedshaverne og hostingudby-derne bedst muligt. Forinden en konklusion, er det i den forbindelse derfor relevant at inddrage aktørernes incitamenter for agtpågivenhed.

6.4.5 – Incitamenter for agtpågivenhed

Ved det indirekte ansvarsregime uden en notice-and-takedown procedure blev det i den juridi-ske analyse konkluderet, at den nuværende retsstilling medførte, at hostingudbyderne var bedst stillede ved at forholde sig passivt, og vente på en anmeldelse. Hertil blev det anført, at de følte sig pressede til at fjerne indhold, selvom om de hverken kunne eller havde bemyndigelse til at bedømme om indholdet var ulovligt. Som retstilstanden er nu, så vil formidlerne af sociale me-dietjenester desårsag ikke have incitament til at yde optimal agtpågivenhed. Det skyldes at rets-sikkerheden ikke er gennemsigtig, hvorfor det sikreste vil være at forholde sig passivt at undgå et erstatningsansvar. Rettighedshaverne vil derimod have incitament til agtpågivenhed, da der er betydelige fordele ved at rette sag an mod hostingudbyderne, og ikke den primære ger-ningsmand.

Ved det indirekte ansvarsregime med en notice-and-takedown procedure vil der dog både være incitamenter til agtpågivenhed fra hostingudbydere såvel som rettighedshavere. Det har sin årsag i, at begge aktører vil have incitament til at foretage foranstaltninger. På den ene side vil hostingudbyderen undgå et ansvar, og på den anden side vil rettighedshaveren undgå at ved-kommendes værker spredes online. Herunder vil begge aktører også have betydeligt færre om-kostninger set i lyset af de problemer de nævnte i forbindelse med høringssvarene. Ved det in-direkte ansvarsregime med notice-and-takedown ville man således nærme sig en mere efficient retstilstand, da det optimale ansvarsniveau, jf. afsnit 6.3, opnås.

6.4.6 – *Konklusion og vurdering af analysen*

Med udgangspunkt i Kaldor-Hicks kriteriet i cost-benefit analyserne, har det været muligt at identificere hvilken ordning, der samfundsmæssigt var mest effektiv. Det må med rette antages, at det indirekte ansvarsregime *med* notice-and-takedown er samfundsmæssigt mest effektivt. Det skyldes redueringen af transaktionsomkostninger samt, at klare regler ville medføre gennemsigtighed i retstilstanden således, at der ikke ville være tvivl om hvorvidt en hostingudbyder har »kendskab«. På den måde ville de forbundne omkostninger med den nuværende divergerende retstilstand, blive reduceret. En retstilstand med notice-and-takedown vil ligeledes sikre at rettighedshavere vil kunne håndhæve deres rettigheder effektivt samt, at uploaderne/brugerne vil have mindre incitament til at sprede ophavsretligt beskyttet materiale. Det skyldes, at hostingudbydere ved modtagelse af en meddelelse fra ophavsmanden, skal tage de nødvendige skridt for at identificere, og rette henvendelse til den primære gerningsmand. Det må alt andet lige virke afskrækkende på den primære gerningsmand, som kan retsforfølges og ikke længere kan ”gemme” sig bag hostingudbyderen. Det blev tilmed bemærket, at en sådan retstilstand ville medføre incitamenter for såvel rettighedshavere som hostingudbydere til, at udvise agtpågivenhed i forhold til at træffe foranstaltninger med henblik på at undgå ophavsretlige krænkelse på de sociale medietjenester. Når såvel rettighedshavere som hostingudbydere bærer hver deres del af omkostningerne, og har incitament for agtpågivenhed, vil dette alt andet lige resultere i et optimalt ansvarsregime med en effektiv balance af ansvar.

Af analysen forekommer det derfor forholdsvis klart og hensigtsmæssigt, at EU skal tage de nødvendige skridt til oprettelsen/indførslen af en notice-and-takedown procedure. Man kan således spørge sig selv, hvorfor EU i første omgang har valgt ikke at indføre proceduren. Hertil antages det af afhandlingens forfatter, at EU's hensigt har været at tilgodese medlemslandenes nationale forskelle, hvorfor det har været overladt til selvregulering. Denne mulighed har størstedelen af medlemslandene dog ikke valgt at udnytte, hvorfor EU bør reagere. Det skal ses i lyset af, at der er større fordele ved klare notice-and-takedown regler. Ikke kun for rettighedshaverne og hostingudbydere, men også i forhold til EU's vision om et allestedsnærværende digitalt indre marked, som EU anslår til at kunne skabe potentielle effektivitetsgevinster på 415 mia. EUR¹⁶⁴.

¹⁶⁴ http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/da/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.9.4.html

7. Økonomisk konklusion

Den teknologiske udvikling har resulteret i hurtig og let spredning af informationer som med beskedne omkostninger, utvivlsomt bidrager til økonomisk vækst i samfundet. Den teknologiske udvikling har dog også vist sig at være velegnet til ophavsretskrænkelser, og muligheden for at brugerne kan optræde anonymt, har således kompliceret ophavsmændenes muligheder for at håndhæve sine rettigheder over for den primære gerningsmand. Det har derfor været nærliggende at placere ansvaret på formidlerne af de sociale medietjenester, som i form af at stille udstyret til rådighed, medvirker til brugernes retsstridige handlinger. Et medvirkenansvar vil dog begrænse udbredelsen og anvendelsen af internetteknologien, hvorfor den økonomiske analyse indledte med at undersøge, hvorvidt der fortsat var behov for ophavsret. Hertil blev det konkluderet, at den monopolistiske markedstilstand var samfundsøkonomisk efficient, og bidrog til udviklingen i samfundet. Dette blev også understøttet af fakta, som viste, at ophavsretsbrancherne udgjorde en meget produktiv og profitabel del af det danske erhvervsliv.

Dernæst blev det analyseret, hvorfor det forekom efficient at gøre formidlerne ansvarlige for ophavsretskrænkelser begået af deres brugere. Hertil blev det fundet, at ophavsmanden havde betydelige omkostninger og vanskeligheder ved at identificere den primære gerningsmand, hvorimod formidlerne, havde betydeligt færre omkostninger ved identificeringen. Formidlerne kunne derimod med passende midler identificere gerningsmanden, hvorfor det var økonomisk omkostningseffektivt, at placere ansvaret hos disse. I den sammenhæng blev det tilmed konkluderet, at et medvirkenansvar indirekte gav incitament til agtpågivenhed, og til at forebygge fremtidige ophavsretlige krænkelser. Et sådan incitament var væsentligt for at et ansvarsregime var samfundsøkonomisk efficient. Den nuværende europæiske model kunne dog ikke siges at leve op til dette. Det skyldtes at fortolkningstvivelne om e-handelslovens § 16 (EHD art. 14) medførte, at formidlerne på nuværende tidspunkt ved ophavsretskrænkelser var bedst stillede ved at forholde sig passivt. Således var der ingen klare regler eller procedurer om, hvad formidlerne måtte og kunne foretage sig ved ophavsretskrænkelser, og retstilstanden syntes derfor ikke at være efficient.

På baggrund heraf var det nærliggende at undersøge hvorvidt den amerikanske ansvarsmodel, med klare regler om formidlernes rolle ved ophavsretlige regler, ledte til en mere efficient retstilstand. Hertil forekom det klart, at et ansvarsregime med NTD-procedurer var samfundsmæs-

sigt mest efficient. Det skyldtes redueringen af transaktionsomkostninger, samt at klare regler ville medføre gennemsigtighed i retstilstanden. Klare regler ville således føre til et samfundsøkonomisk efficient ansvarsregime for formidlere, da der ikke ville opstå tvivlsspørgsmål om, hvornår disse opnåede »*kendskab*«, samt hvordan formidlerne skulle forholde når denne modtog en anmeldelse fra en rettighedshaver. Det blev tilmed fundet, at både rettighedshaverne og hostingformidlerne ved det amerikanske ansvarsregime ville have incitament for at udvise agtpågivenhed, hvilket alt andet lige ville resultere i et optimalt ansvarsregime med en effektiv balance af ansvar.

8. Bør e-handelsloven ændres, og i så fald, hvilke ændringer bør foretages?

Den juridiske og økonomiske analyse belyste nogle af de problemstillinger som opstod i forbindelse med formidleransvaret for ophavsretlige krænkelse på sociale medietjenester. Hertil konkluderede den juridiske analyse, at den nuværende retstilstand ikke var efficient, den økonomiske analyse viste tilmed, hvordan usikkerheden i retstilstanden påvirkede markedet negativt. Usikkerheden giver således ikke rettighedshaverne og formidlerne tilstrækkelige incitamenter for at udøve agtpågivenhed, hvilket er væsentligt for et økonomisk efficient marked. Der er med andre ord behov for en modificering af e-handelslovens (e-handelsdirektivet), da usikkerheden omkring retstilstanden ikke er samfundsmæssigt efficient. Det følgende vil derfor ud fra et samfundsmæssigt synspunkt opstille nogle af de kriterier, som synes væsentlige for at lede markedet mod en optimal tilstand.

8.1 – *Kendskab*

Som det fremgik af den juridiske analyse krævede det *kendskab* til det retsstridige indhold, såfremt at formidleren kunne ifalde et ansvar. Imidlertid bliver begrebet *kendskab* dog ikke fortolket ens i alle medlemsstater, hvilket ikke harmonerer med EU's formål med direktivet om at fjerne den divergerende retsstilling i medlemsstaternes lovgivning og praksis på området. I strafferetligt henseende foreligger der ej heller praksis fra EU-Domstolen, som kan bidrage til forståelsen af begrebet. I erstatningsretligt henseende har EU-Domstolen i L'Oreal/eBay sagen dog bidraget til forståelsen af *kendskab*, hvorefter det var tilstrækkeligt at hostingudbyderen havde kendskab til forhold eller omstændigheder, som ville have fået en påpasselig erhvervsdrivende til at opdage ulovlighederne. Spørgsmålet i den sammenhæng har været hvilke forhold, eller omstændigheder, som i praksis kan føre til kendskab. I den forbindelse bør lovgiver specificere begrebet *kendskab*, eller som minimum opstille nogle kriterier/eksempler på, hvad der fører til kendskab. Selvfølgelig kan lovgiver ikke opstille en komplet liste der omfatter alle tilfælde, men det kan i hvert fald være med til at begrænse den divergerende fortolkning i medlemslandene. Dette antages at ville medføre et fald i sager, og dermed spare samfundet for unødvendige omkostninger og lede til samfundsmæssig efficiens. Derudover ville en specificering også give formidlerne incitament til optimal agtpågivenhed, og til at forebygge ophavsret-

lige krænkelse. Det skyldes at formidlerne i så fald ville være velvidende om, hvad der som minimum førte til kendskab, hvorefter disse kan ifalde et ansvar ved passivitet.

8.2 – NTD-procedure

Såfremt begrebet *kendskab* specificeres, opstår spørgsmålet herefter, hvor hurtigt formidleren skal fjerne det retsstridige indhold. Efter ordlyden skal indholdet fjernes *straks*, men hvad der skal forstås ved begrebet *straks*, fremgår hverken af e-handelsloven eller e-handelsdirektivet. Dette medfører analogt med forannævnte, at begrebet fortolkes forskelligt på tværs af EU. Lovgiver bør derfor specificere begrebet *straks*, så formidlerne ved hvornår deres handlepligt indtræder. I den forbindelse synes det efficient, hvis formidleren fjerner det retsstridige indhold *hurtigst muligt*. Det betyder, at formidleren får et tidsrum til at vurdere de konkrete omstændigheder i sagen, således at der træffes en kvalificeret beslutning om indholdets lovlighed.

Den divergerende fortolkning af begreberne hænger nøje sammen med, at det kun er de færreste medlemslande, der har vedtaget en notice-and-takedown procedure. En sådan procedure antages at kunne forhindre usikkerheden, og skabe klare regler for anmeldelse og fjernelse af retsstridigt indhold.

Lovgiver bør derfor implementere en NTD-procedure, som samlet set vil reducere omkostningerne for såvel rettighedshaver som hostingudbyder. Der skal med andre ord være en god balance mellem hensynet til hostingudbyderen, og den krænkede rettighedshaver, som foretager anmeldelsen. En anmeldelse bør derfor udelukkende kunne ske af ophavsmanden selv, eller en af dennes bemyndigede, via en formular på tjenestens brugerflade. Anmeldelsen skal indeholde væsentlige identifikationskrav på såvel afsenderen, som det krænkende indhold. Det er vigtigt at lovgiver får udarbejdet en NTD-procedure som har en forebyggende effekt på mængden af retsstridigt indhold. Hertil kunne man forestille sig en model, hvor formidleren var ansvarsfri i forhold til vurderingen af en anmeldelses korrekthed, men derimod ikke i forhold til den administrative proces som bindeled mellem rettighedshaver og bruger. Dette betyder ligeledes, at den primære gerningsmand kan ifalde et erstatningsretligt ansvar – hvilket ikke synes at være tilfældet ved den nuværende retstilstand. Ydermere bør anmeldere kunne ifalde et ansvar ved uberettigede anmeldelser, da dette ligeledes synes at begrænse mængden af retsstridigt indhold.

8.3 – Overvågning

Et andet område som viste sig problematisk var, hvilke aktive forpligtelser formidlerne kunne pålægges til bekæmpelse af ophavsretskrænkelser inden for lovgivningens rammer. Således

besvarede EU-Domstolens betragtninger i SABAM-dommene ikke, hvor sondringen gik mellem den forbudte og tilladte overvågningspligt. Derfor syntes det uklart i hvilket omfang formidlere kan implementere et filtreringssystem, i bestræbelserne på at hindre fremtidige krænkelse. Lovgiver bør derfor give formidlere incitament til at opfinde og udvikle filtreringsløsninger, som alt andet lige ville begrænse mængden af retsstridigt indhold. Det kræver dog at lovgiver præciserer, hvornår formidlers overvågningspligt er konkrete og lovlige.

8.4 – Samlet forslag

Der synes ikke at være nogen tvivl om at e-handelsloven bør ændres. Den nuværende retstilstand er ikke Kaldor-Hicks efficient, og det skyldes især de negative samfundsomkostninger, som fortolkningstvivilene medfører. Lovgiver skal derfor specificere begreberne *kendskab* og *straks*, og tilmed specificere afgrænsningen mellem den forbudte og tilladte overvågningspligt. Dette vil give formidlerne incitament til at udvise optimal agtpågivenhed og overvåge sin tjeneste, og vil alt andet lige, begrænse retsstridig information på deres tjenester i fremtiden.

Dette kan lovgiver gøre ved at implementere en NTD-procedure, som vil minimere de samfundsmæssige omkostninger. En sådan procedure skal selvfølgelig overholde hensynet til yttrings- og informationsfriheden og hensynet til beskyttelsen af personoplysninger. Om end må en NTD-procedure anses som væsentlig, hvis EU ønsker at realisere målet et velfungerende digitalt indre marked, som anses for at være nøglen til fremtidig økonomisk vækst.

9. Konklusion ”de lege ferenda”

Formålet med nærværende tværfaglige afhandling var, at undersøge de ansvarsretlige aspekter i et juridisk og økonomisk perspektiv, når brugere foretog ophavsretskrænkelser på sociale medietjenester.

Den juridiske analyse konkluderede, at formidlere af sociale medietjenester efter dansk ret kunne ifalde et strafferetligt og/eller erstatningsretligt ansvar, såfremt at formidleren havde særlig tilknytning til krænkelsen, eller formidleren kunne, eller burde have indset, at der var tale om en krænkelse, samt havde mulighed for at forhindre krænkelsen. Samme tankemønster gjorde sig gældende i e-handelslovens § 16, som det indledningsvis blev konkluderet, at formidlerne af sociale medietjenester var omfattet af. Efter EHL § 16 kunne formidleren ifalde et strafferetligt ansvar ved positiv kendskab, hvilket tilsvarende gjorde sig gældende i erstatningsretligt henseende. I modsætning til strafansvaret, var kendskabet i erstatningsretlig henseende underlagt culpabedømmelsen: jo tættere tilknytning til det retsstridige indhold, desto mere knyttede formidleren sig op af culpaansvarets »*burde viden*«, og kunne ifalde et medvirkeansvar. Det centrale spørgsmål hertil var, hvad der i praksis kunne føre til kendskab, da hverken e-handelsloven eller e-handelsdirektivet definerede begrebet. Det blev hertil konkluderet, at begrebet ikke blev fortolket ens i alle medlemsstater.

Af nylig praksis blev det dog anført af EU-Domstolen i L’Oreal/eBay sagen, at det var tilstrækkeligt at udbyderen havde kendskab til forhold eller omstændigheder, som ville have fået en påpasselig erhvervsdrivende til at opdage ulovlighederne. En meddelelse fra en rettighedshaver, ville således føre til kendskab hos udbyderen. Det samme ville en udbyders egen undersøgelse af sin tjeneste, samt en udbyders egen opfordring til sine brugere om, at uploade retsstridigt indhold. Spørgsmålet om kendskab lå derfor i nær sammenhæng med, hvorvidt formidleren havde pligt til at overvåge sin tjeneste, og i den forbindelse blev det fundet, at formidlerne ikke kunne pålægges en generel overvågningspligt, jf. EHD art. 15. Forbuddet var dog ikke til hinder for en konkret overvågningspligt, men det var på baggrund af EU-Domstolens retspraksis ikke muligt at besvare, hvor sondringen gik mellem den forbudte og tilladte overvågningspligt. På trods af, at formidlerne opnåede kendskab, var disse dog fortsat ansvarsfri, hvis de *straks* tog de nødvendige skridt for at fjerne eller hindre adgangen til det retsstridige indhold. Det fremgik dog hverken af e-handelsloven, e-handelsdirektivet eller retspraksis hvorledes *straks* skal forstås. Begrebet fortolkes således, ligesom *kendskab*, forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat.

Fortolkningstvivilene skyldes i bund og grund, at e-handelsdirektivet ikke indeholder bestemmelser om procedurer for anmeldelse og fjernelse af ulovligt indhold (notice and takedown), men derimod overladt det til selvregulering gennem adfærdskodeks, jf. art. 16. Danmark har dog, ligesom størstedelen af de andre medlemsstater, ikke valgt at indføre en NTD procedure. EU har derfor taget initiativ til fælles notice-and-takedown procedurer, som formentlig vil bidrage til en ensartet fortolkning af begreberne. Indtil videre er der dog ikke blevet vedtaget fælles regler, hvorfor formidlerne på nuværende tidspunkt er bedst stillede ved at forholde sig passiv, og vente på, at rettighedshaverne anmelder om retsstridigt indhold på deres tjenester. Usikkerheden i retstilstanden synes derfor ikke at føre til gennemsigtighed på tværs af medlemsstaterne, som ellers var hovedformålet med indførelsen af fælles EU-regler på ansvarsområdet.

Den økonomiske analyse konkluderede, at selvom den monopolistiske markedsstruktur resulterede i et deadweight loss, bidrog ophavsretten til samfundsøkonomisk efficiens. Konklusionen beroede på, at den ophavsretlige beskyttelse syntes at skabe den størst samfundsmæssige nytte. Til at understøtte konklusionen blev der ligeledes inddraget fakta, som viste, at ophavsretten udgjorde en meget produktiv og profitabel del af dansk erhvervsliv. Spørgsmålet herefter var således ikke, hvorvidt der var behov for ophavsret, men snarere, hvorledes de ophavsretlige regler kunne indrettes for en efficient ressourceallokering og økonomisk velfærd. Her var det nærliggende at undersøge, om ansvarsreglerne ved ophavsretlige krænkelse medførte en optimal markeds- og retstilstand. Det blev hertil indledningsvis konkluderet, at det var efficient at gøre formidlerne ansvarlige for ophavsretskrænkelser begået af deres brugere. Det skyldtes, at formidlerne med passende midler kunne identificere gerningsmanden, og at et ansvar tilmed, gav formidlerne incitament til agtpågivenhed, og til forebyggelsen af fremtidige ophavsretlige krænkelse. Et agtpågivenheds- og forebyggelsesincitament var væsentligt for at et ansvarsregime ledte til samfundsøkonomisk efficiens, og i den forbindelse blev det konkluderet, at den nuværende retstilstand ikke opfyldte dette. Det skyldtes at fortolkningstvivilene om e-handelslovens § 16 (EHD art. 14) medførte, at formidlerne på nuværende tidspunkt ved ophavsretskrænkelser var bedst stillede ved at forholde sig passivt. Således var der ingen klare regler eller procedurer om, hvad formidlerne måtte og kunne foretage sig ved ophavsretskrænkelser.

Af høringssvarene i den juridiske analyse fremgik det dog, at det europæiske ansvarsregime bevægede sig hen imod det amerikanske DMCA. Det var derfor nærliggende at undersøge,

hvorvidt det amerikanske ansvarsregime med klare regler om formidlerens rolle ved ophavsretlige regler, ledte til en mere efficient retstilstand. Hertil forekom det klart, at et ansvarsregime med NTD-procedurer var samfundsmæssigt mest efficient, hvilket havde sin årsag i reduktionen af transaktionsomkostninger, samt gennemsigtigheden i retstilstanden. Det blev således konkluderet, at klare regler ville føre til et samfundsøkonomisk efficient ansvarsregime for formidlere, da der ikke ville opstå tvivlsspørgsmål om, hvornår disse opnåede »kendskab«, samt hvordan formidlerne skulle forholde når denne modtog en anmeldelse fra en rettighedshaver. Det blev tilmed fundet, at både rettighedshaverne og hostingformidlerne ved det amerikanske ansvarsregime, ville have incitament for at udvise agtpågivenhed, hvilket alt andet lige ville resultere i et optimalt ansvarsregime med en effektiv balance af ansvar.

Den integrerede del af afhandlingen opsamlede synspunkterne fra den juridiske og økonomiske analyse. Hertil blev det konkluderet, at e-handelsloven uden tvivl bør ændres. Den nuværende retstilstand var ikke Kaldor-Hicks efficient, og det skyldes især de negative samfundsomkostninger, som fortolkningstvivilene medfører. Lovgiver bør derfor implementere en NTD-procedure, som foruden at afhjælpe fortolkningstvivilene, samtidigt vil afhjælpe de unødvendige samfundsmæssige omkostninger, som den divergerende retstilstand medfører. På den måde vil EU komme nærmere realiseringen af sit mål om et velfungerende digitalt indre marked.

10. Kildedefortegnelse

10.1 – Bøger

Nilsen, Ruth Sandfeld Jakobsen, Søren	E-handelsret, 3. Reviderede udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2011. Citeret som ”Ruth Nielsen & Søren Sandfeld Jakobsen (2011).
Heine, Kasper Von Haller Grønbæk, Martin Trzaskowski, Jan	Internetjura, 2. Udgave, Forlaget Thomson, 2002. Citeret som ”Heine m.fl. (2002).
Plesner Mathiasen, Jakob Jørgensen, Niels Bo Schlüter, Johan	E-handelsloven med kommentarer, 1. Udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2004. Citeret som ”Mathiasen m.fl. (2004)”
Trzaskowski, Jan Kirk Deichmann, Hanne Sandfeld Jakobsen, Søren Karstoft, Susanne Langsted, Lars Bo Bagger Tranberg, Charlotte	Internetretten, 2. Udgave, Ex Tuto Publishing, 2012. Citeret som ”Trzaskowski m.fl. (2012)”
Dahl, Møgelvang-Hansen, Peter Riis, Thomas	Erhvervsjura, 10. Udgave, Handelshøjskolens Forlag, 2008. Citeret som ”Børge Dahl (2008)”
Sivan Holst, Nicolaj	Strafbar Passivitet, 1. Udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2015 Citeret som ”Nicolaj Sivan Holst (2015)”
Greve, Vagn	Det strafferetlige ansvar, 2. Udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2004. Citeret som ”Vagn Greve (2004)
Toftegaard Nielsen, Gorm	Strafferet 1 – Ansvar, 4. Udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2013. Citeret som ”Gorm Toftegaard Nielsen

	(2013)”
Baumbach, Trine	Det strafferetlige legalitetsprincip – hjemmel og fortolkning, 1. Udgave, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2008. Citeret som ”Trine Baumbach (2008)”.
Waaben, Knud Langsted, Lars Bo	Strafferettens almindelige del – Ansvarslæren, 6. Udgave, Thomson – Gad Jura, 2015. Citeret som ”Knud Waaben (2015)”.
Riis, Thomas	Ophavsret og retsøkonomi, 1. Udgave, GadJura, 1996. Citeret som ”Thomas Riis (1996)”
Riis, Thomas	Enerettigheder og vederlagsrettigheder, 1. udgave Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2005. Citeret som ”Thomas Riis (2005)”
Bruhn Christensen, Niels Poulsen, Anders	Mikroøkonomi, 1. Udgave, Ventus Publishing ApS, 2005. Citeret som ”Mikroøkonomi (2005)”
Eide, Erling Stavang, Endre	Rettsøkonomi, 3. Udgave, Cappelen Akademisk Forlag Oslo, 2009. Citeret som ”Eide & Stavand (2009)
Perloff, Jeffrey	Microeconomics, 6. Udgave, Pearson Education Limited, 2012. Citeret som ”Microeconomics (2012)”
Lehr, William Lorenzo, Maria	Internet Policy and Economies – Challenges and Perspectives, 2. Udgave, Springer Science+Business Media, 2009.
Watt, Richard	Copyright and Economic Theory – Friends or Foes, 1. Udgave, Edward Elgar Publishing, 2000.
Vestergaard, Jørn Dorph, Anders	Strafferet – Forbrydelser og andre strafbare forhold, 1. Udgave, Jørn Vestergaard og Gjel-

Rahbæk, Hanne Røn, Jens Rørdam, Thomas	lerup, 2011.
Riis, Thomas Nielsen, Ruth	Law and Economics – Methodology and Application, 1. Udgave, Djøf Publishing, 1998.

10.2 – Artikler

Sandfeld Jakobsen, Søren	Formidleransvaret i forbindelse med sociale tjenester på Internettet, Ugeskrift for Retsvæsen, side 291, 2009. Citeret som ”Søren Sandfeld Jakobsen, UFR (2009).”
Bryde Andersen, Mads	Ansvar for ulovlig informationsspredning på Internet, Forhandlingerne ved det 35. Nordiske juristmøde i Oslo, del 1. 2000, s. 195-212. Citeret som ”Mads Bryde Andersen (2000)”
Kaplan, Andreas Marcus Michael Haenlein	Users of the world, unite! The Challenges and opportunities of Social Media, Business Horizons, 2010, s. 59-68. Citeret som ”Andreas M. Kaplan & Michael Haenlein (2010)”.
Riis, Thomas	Forhandlingerne ved det 35. Nordiske justitsmøde i Oslo 18.-20 august 1999. Del 2, 2000, s. 1145-1163. Citeret som Riis, Thomas (2000)
Lichtman, Douglas Posner, Eric	Holding Internet Service Providers Accountable, The Law School, The University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper NO. 21, 2004 Citeret som ”Lichtman & Posner (2004)”.
Lichtman, Douglas	Indirect Liability for Copyright Infringement:

Landes, William	An Economic perspective, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 16, Number 2 Spring 2003, 395-409, 2003. Citeret som "Lichtman & Landes (2003)".
Wei, Weixiao	ISP's Indirect Copyright Liability Regime: An Economic Efficient Liability Regime for Online Copyright Protection Shaped by Internet Technology. Artikel for the BILETA Conference 2008. Kan tilgås på SSRN.com. Citeret som "Weixiao Wei (2008)"
Coase, Ronald Harry	The Problem of Social Cost, University of Virginia, Oktober 1960.
Breyer, Stephen	The uneasy case for copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs. Harvard Law Review, 1970.
Tyerman, Barry W.	The economic rationale for copyright protection for published books: A reply to professor Breyer, UCLA Law Review, 1971.
Yen, Alfred C.	Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment
Hamdani, Assaf	Who's Liable for Cyberwrongs, Cornell Law Review, Volume 87, 2002.

10.3 – Retspraksis (Kronologisk)

Østre Landsret, 30. Januar 2015 i anke 4. Afd. Nr. S-3584-13.
EU-Domstolens dom af 13. Februar, 2014 i sag C-466/12.
EU-Domstolens dom af 22. Januar, 2015 i sag C-441/13.
Østre Landsret, 5. September, 2009, B-19-08.
Højesteret, 1996, U 1996.209 H.
Højesteret, 9. Marts, 1992, U 1992.455H.

Vestre Landsret, U 2001.1572 V
EU-Domstolens dom af 23. Marts, 2010, C-236/08 – C-238/08
EU-Domstolens dom af 12. Juli, 2011, C-324/09
EU-Domstolens dom af 16. Februar, 2012, C-360/10
Københavns Byret, 8. Februar, 2010, BS 5B-1946/2008
EU-Domstolens dom af 24. November, 2011, C-70/10

10.4 – Lovgivning og forarbejder

E-handelsloven (Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse retlige aspekter af elektronisk handel), Lov nr. 227 af 2.. april 2002.
E-handelsdirektivet (Direktivet for elektronisk handel), Direktivet 2000/03/EF
Digital Millennium Copyright Act of 1998, Pub. L. 105-304.
Lovbekendtgørelse nr. 1255 af 16. november 2015 (Retsplejeloven)
Lovbekendtgørelse nr. 873 af 9. juli 2015 (Retsplejeloven)

10.5 – Links

Beskrivelse	Link
Formål for vedtagelsen af EHD	http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/other_policies/124204_da.htm
Den engelske sprogversion af EHD	http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:EN:HTML
Den svenske sprogversion af EHD	http://www.regeringen.se/contentassets/a033049edf454cba80bf620fcdca699/e-handelsdirektivet---genomforande-av-direktivet-200031eg-om-vissa-rattsliga-aspekter-pa-informationssamhallets-tjanster
Dansk statistik om sociale medier	http://www.dst.dk/Site/Dst/Udgivelser/GetPubFile.aspx?id=20740&sid=itvirk2015
Baggrundstof om Connery-sagen	http://www.computerworld.dk/art/143241/eroti

	sk-bruger-upload-koster-connery-dk-kaempeboede
Effekten af forbud	http://www.computerworld.dk/art/44197/tele2-sag-giver-boom-i-dansk-trafik-til-pirate-bay#IdfPZHgCT8w4EVCC.99
EU's initiativer til et indre digitalt marked	http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4919_da.htm http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/da/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.9.4.html
Begrebsafklaring af webhosting	https://da.wikipedia.org/wiki/Webhosting
Advokatpriser	http://www.juf.dk/advokat-priser/ http://www.domstol.dk/oestrelandsret/Takstergsalae-er/Documents/Sagsomkostninger%20i%20civile%20sager%202008.pdf

10.7 – Andet

Undervisningsnote: Henrik Lando, adfærdsteoretisk retsøkonomi
Kandidatspeciale af Johannes Hesselund: Formidleransvaret for brugergenereret indhold på internettet.
Rapport: IT-anvendelse i befolkningen 2015, Danmarks Statistik.
Rapport fra Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling
Rapport udarbejdet af forskningscentret imagine ved institut for Industriøkonomi og Virksomhedsstrategi på CBS. Kan tilgås her: http://www.cbs.dk/files/cbs.dk/den_danske_ophavsretsoekonomi_med_perspektiver.pdf
Medieudvalgets betænkning nr. 1320 fra juni 1996
PN 12-70-00288: Klage over Google.dk, som ikke var anmeldt efter Medieansvarslovens § 8
KOM(2003)702, første rapport om anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. Juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked.
Summary of the results of the Public consultation: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/notice-and-action/index_en.htm