

Ruth Nielsen
Søren Sandfeld Jakobsen

E-HANDELSRET

3. reviderede udgave

Jurist- og Økonomforbundets Forlag



Ruth Nielsen og Søren Sandfeld Jakobsen
E-Handelsret

3. udgave, 1. oplag

© 2011 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Bo Helsted
Tryk: Narayana Press, Gylling
Indbinding: Jysk Bogbind, Holstebro

Printed in Denmark 2011
ISBN 978-87-574-2118-7

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Indholdsfortegnelse

Forord	17
Kapitel I. Emne og problemstilling	
1. Indledning	19
2. Hovedsynsvinkel i denne bog: EU-retligt perspektiv på privat e-handel	20
2.1 Autorisationsmodel eller indre markeds model	25
3. Grundlæggende begreber	29
3.1. Elektronisk handel	29
3.2. Informationssamfundstjenester	32
4. E-handelsreglernes anvendelsesområde	33
4.1. International privat- og procesret	34
4.2. Skatter og afgifter	34
4.3. Persondatabeskyttelse	34
4.4. Kartellovgivning og reguleringen af elektroniske kommunikationsnet	35
Kapitel II. Retskilder	
1. Emne og problemstilling	37
2. Nye typer retskilder. Teknologi som retskilde?	39
3. Global (folkeretlig) regulering	41
3.1. Historik	41
3.2. CISG	42
3.3. UNCITRALs Model Law on Electronic Commerce	43
3.4. UNCITRALs Model Law on Electronic Signature	44
3.5. UNCITRALs konvention om elektronisk kontraktindgåelse ..	45
3.6. OECD	45
3.7. ICC (International Chamber of Commerce)	46
3.8. EU-landenes traktatkompetence på det e-handels-retlige område	46
4. Den EU-retlige ramme	47
4.1. Europa 2020-strategien	47
4.2. EU's hjemmel til at regulere e-handel	48

4.3.	Traktatbestemmelser	49
4.4.	Forordninger	49
4.5.	Direktiver	50
4.6.	Formål med direktiverne rettet mod e-handel	50
4.7.	Særligt om e-handelsdirektivet	52
4.8.	Soft law og selvregulering	54
4.9.	EU-Domstolens praksis	56
5.	Dansk ret	56
5.1.	Lovgivning	57
5.2.	Praksis	58
5.3.	Selvregulering	58
6.	Regulering af internettet qua transnationalt net	60

Kapitel III. EU's indre marked for e-handel

1.	Problemstilling	63
2.	Primærretten. EUF-Traktatens fri bevægelighedsregler og EU-Domstolens fortolkning heraf	65
2.1.	Generelt om princippet om fri bevægelighed i EU	65
2.2.	Rettigheds- og pligtsubjekter i forhold til EUF-Traktatens fri bevægelighedsregler	69
2.2.1.	EU og Medlemsstaterne – vertikal direkte virkning ...	69
2.2.2.	Erhvervsdrivende – horisontal direkte forpligtende virkning	69
2.2.3.	Forbrugere	69
2.3.	Diskrimination og/eller restriktion – Retlige barrierer	70
2.4.	Retfærdiggørelse af diskrimination og andre restriktioner	75
2.5.	Restriktioner hidrørende fra private eller privatretlige regler ..	80
2.5.1.	Sondringen mellem offentlig ret og privatret	81
2.5.2.	Pligt for medlemsstaterne til at forhindre, at private lægger hindringer i vejen for den frie bevægelighed ..	82
2.5.3.	Triangulær (eller indirekte) virkning for private	83
2.5.4.	Fri bevægelighedsreglerne som forbud mod privates retsakter	84
2.5.4.	Foreningsvedtægter, adfærdskodekser og lignende ...	86
2.6.	Grundretskontrol	87
3.	E-handelsdirektivets indre markeds-klausul (art. 3)	89
3.1.	Afsenderlandsprincippet	91
3.2.	Det koordinerede område	92
3.2.1.	Definitioner af det koordinerede område	93

3.2.2.	Hvilke typer krav er omfattet af det koordinerede område?	94
3.2.3.	Offentlig ret, privatret og det koordinerede område ...	100
3.2.4.	Uden for det koordinerede område	105
3.3.	Hjemlandskontrol: E-handelsdirektivets art. 3, stk. 1 – e-handelslovens § 3	106
3.4.	Restriktionsforbud. Gensidig anerkendelse. E-handelsdirektivets art. 3, stk. 2, og e-handelslovens § 4	107
3.5.	Generelle undtagelser fra indre markeds-klausulen: bilaget til direktivet og e-handelslovens § 5	109
3.6.	Kontraktforpligtelser i forbindelse med forbrugeraftaler	109
3.6.1.	Forbrugerbegrebet	110
3.6.2.	Det obligationsretlige forhold inter partes	114
3.6.3.	Kommerciel kommunikation	114
3.6.4.	Formkrav og prækontraktuelle pligter	115
3.7.	Formkrav vedrørende aftaler om fast ejendom	115
3.8.	Parternes ret til at aftale lovvalg	116
3.9.	Visse finansielle tjenesteydelser	121
3.10.	Indgrebsproceduren i e-handelsdirektivets art. 3, stk. 4-6, og e-handelslovens § 6	122
3.10.1.	Hvem kan foretage indgreb?	122
3.10.2.	Hvilke grunde kan legitimere indgreb?	123
3.10.3.	Proportionalitetsprincippet	124
3.10.4.	Procedurekrav	125
4.	Servicedirektivet	126
4.1.	Generelt	126
4.2.	Direktivets formål	126
4.3.	Anvendelsesområde	127
4.4.	Definitioner	128
4.5.	Rettigheds- og pligtsubjekter	128
4.6.	Fri bevægelighed for tjenesteydelser	129
4.7.	Restriktionsforbud	131
4.8.	Diskriminationsforbud	131
5.	Skiftet i EU's forbrugerregulering fra minimumsharmonisering til fuld harmonisering	133
6.	Konklusion	137

Kapitel IV. Online-markedsføring

1. Indledning	139
2. Retsgrundlag, herunder den EU-retlige ramme	140
2.1. Markedsføringsloven	140
2.2. EU-retskilder	140
2.3. Markedsføring og fri bevægelighedsreglerne	144
2.4. Fra modtagerlandsprincip til afsenderlandsprincip	145
2.5. Håndhævelse	148
3. Fra reklame til kommerciel kommunikation	149
3.1. Begrundelsen for en EU-retlig definition	150
3.2. Definitionen i e-handelsdirektivet og e-handelsloven	151
4. God markedsføringsskik og urimelig handelspraksis	153
5. Vildledende og utilbørlig markedsføring	157
6. Oplysningspligt	159
6.1. Generel oplysningspligt	159
6.2. Let, umiddelbar og vedvarende adgang	162
6.3. Prisoplysninger	164
6.4. Købsopfordringer	167
6.5. Salgsfremmende foranstaltninger	168
7. Forbud mod skjult kommerciel kommunikation	171
8. Markedsføring over for børn og unge	174
9. Direkte markedsføring via e-mail, sms og lignende	177
9.1. Direktivbestemmelserne	178
9.2. Markedsføringslovens og persondatalovens regler	178
9.3. Henvendelse med henblik på markedsføring	181
9.4. Spambøder	182

Kapitel V. Elektroniske kontrakter

1. Emne og problemstilling	183
2. Muligheden for at indgå kontrakter elektronisk	184
2.1. Kravet om funktionel ækvivalens i E-handelsdirektivets art. 9	185
2.1.1. Hovedreglen	185
2.1.2. Undtagelser	188
2.2. Implementering af art. 9	188
2.3. Princippet om, at aftaler kan indgås formløst	191
2.4. Særligt om skriftlighedskrav	193
3. Elektronisk tilbud og accept	197
3.1. Tilbudsbegrebet generelt	197
3.2. Tilbud/opfordring til at gøre tilbud på en hjemmeside	200

3.3. Elektronisk accept	203
3.4. Kvitteringsprincippet	203
4. Hvornår er en elektronisk kontrakt indgået?	204
4.1. Kravet om en elektronisk ordrebekræftelse	205
4.3. Afsendt	207
4.4. Modtaget/kommet frem	208
4.4.1. E-handelsdirektivets krav	208
4.4.2. E-mails	208
4.4.3. Påbud afgivet mod en hjemmeside	209
4.4.4. God markedsføringsskik ved forbrugerkontrakter,	209
4.4.5. EDI	210
4.5. Kommet til kundskab	210
4.6. Passivitet	211
5. Særlige forpligtelser i forbindelse med aftaleindgåelsen	211
5.1. Oplysningspligt	211
5.1.1. Nærmere om art. 10, stk. 1, litra a-d	213
5.1.2. Adfærdskodekser	214
5.2. Tilrådighedsstillelse af aftalevilkår	214
5.3. Tilrådighedsstillelse af tekniske hjælpemidler	218
5.4. Retsvirkninger af manglende overholdelse af oplysningspligten	218
6. Elektroniske forbrugerftaler	220
6.1. EU-retlig harmonisering	220
6.2. Dansk lovgivning om elektroniske forbrugerftaler	222
6.3. Oplysningspligt	222
6.4. Fortrydelsesret, herunder ved internetauktioner	226
6.5. Det nye direktiv om forbrugerrettigheder	229
7. Ugyldighed	231
7.1. Fejltagelse	231
7.2. Forvanskning	234
7.3. Aftalelovens § 36	235
8. Fjernbetaling	235
8.1. Anvendelsesområde og aktører	236
8.2. Oplysningskrav	239
8.3. Ikke pligt til at modtage kontant betaling ved e-handel	240
8.4. Hæftelse, ansvar og tilbagebetaling	240
8.4.1. Udstederens hæftelse	241
8.4.2. Betalerens hæftelse	243
9. Underskrift – elektronisk signatur	245
9.1. Signaturdirektivet	245

9.2.	Signaturloven	246
9.3.	Hvad er elektronisk signatur?	247
9.3.1.	Kvalificeret elektronisk signatur	249
9.3.2.	Avanceret elektronisk signatur	250
9.3.3.	Sikkert signaturgenereringssystem	250
9.3.4.	Kvalificeret certifikat	251
9.3.5.	OCES-certifikat og NemID	252
9.4.	Retsvirkninger af elektronisk signatur	253
9.4.1.	Kvalificeret elektronisk signatur skal ligestilles med håndskreven underskrift	253
9.4.2.	Elektroniske signaturer som bevismiddel	254
9.4.3.	Ikke krav om aftaleretlig harmonisering	256
9.5.	Original	257

Kapitel VI. Formidleransvar

1.	Emne og problemstilling	259
2.	Generelt om ansvarsregimet for tekniske formidlere	261
2.1.	E-handelsdirektivets art. 12-15 og e-handelslovens §§ 14-16	261
2.2.	Baggrunden for reglerne	262
2.2.1.	Forskellig regulering i forskellige EU-lande	262
2.2.2.	Den amerikanske Digital Millennium Copyright Act	264
2.3.	Grænsefladen mellem EU-reguleringen og national ret	265
2.4.	Medvirkensansvar	266
2.4.1.	Aktiv medvirken	267
2.4.2.	Medvirken ved undladelse	267
2.5.	Direktivets implementering	268
2.6.	Hovedsynspunkter i den retspolitiske debat	268
3.	Ren videreformidling (mere conduit)	269
3.1.	Hvad forstås ved ren videreformidling?	269
3.2.	Hvornår er en ren videreformidler ansvarsfri?	269
3.3.	Tilfælde hvor en ren videreformidler har kendskab til den ulovlige information	270
3.4.	Retspraksis	271
3.4.1.	Danmark	271
3.4.2.	Andre lande	275
3.4.3.	Bemærkninger til den foreliggende retspraksis	276
4.	Teknisk begrundet mellemlagring (proxy-caching)	278
5.	Oplagring (hosting)	280
5.1.	E-handelsdirektivets art. 14 og den danske e-handelslov § 16	280
5.1.1.	Særligt om reguleringen i Finland og Norge	281

5.2.	Strafansvar	282
5.3.	Erstatning uden for kontrakt	284
5.4.	Erstatningsansvar i kontrakt	285
5.5.	Anmeldelse og fjern-systemer (notice and take down procedures)	286
5.5.1.	E-handelsdirektivet og dets implementering	286
5.5.2.	Den finske 'notice and take down'- og 'notice and put back'-procedure	287
5.5.3.	Den franske notifikationsregel	289
5.6.	Retspraksis vedrørende hosting-reglen	289
6.	Forbud og andre foreløbige foranstaltninger	295
7.	Ingen generel overvågningsforpligtelse	299
8.	Tekniske filtre og hensynet til informations- og ytringsfriheden	303
9.	Arbejdsgivere som hosting providere	305
10.	Søgemaskiner og links	306

Kapitel VII. Databeskyttelse

1.	Emne og problemstilling	307
2.	Retlig ramme	308
2.1.	Folkeret	308
2.1.1.	EMRK art. 8	309
2.1.2.	Europarådskonventionen fra 1981 om databehandling	309
2.2.	EU-regulering	309
2.2.1.	Grundlæggende rettigheder og generelle principper ..	309
2.2.2.	Forordning og direktiver	310
2.2.3.	EU-Domstolens praksis	312
2.3.	National regulering i EU	314
3.	Begreber	315
3.1.	Behandlingsbegrebet	315
3.2.	Hvad er personoplysninger?	316
4.	Generelle principper vedrørende oplysningernes kvalitet	316
4.1.	God databehandlingsskik	317
4.2.	Formålsbestemthedsprincippet	317
4.3.	Proportionalitetsprincippet	318
4.4.	Korrekte og ajourførte oplysninger	318
4.5.	Tidsbegrænsning	318
5.	Betingelser for lovligheden af en databehandling	319
5.1.	Samtykke	319

5.2. Kontraktforhold	321
5.3. Interessebalancetest	321
6. Følsomme og ikke-følsomme personoplysninger	322
7. Fortrolighed og behandlingssikkerhed	323
7.1. Generelle krav i databeskyttelsesreglerne	323
7.1.1. Behandlingernes fortrolige karakter	323
7.1.2. Behandlingssikkerhed	323
7.1.3. Pligtsubjekter: både dataansvarlige og databehandlere	325
7.1.4. Sociale medier	325
7.2. Netbutikkers hjemmesider	326
7.3. Netnedbrud	327
7.4. Cloud computing	328
8. Adfærdsbaseret annoncering på internettet. Cookies, usynlige hyperlinks, mv.	329
9. E-mail	336
9.1. Indsamling af e-mail adresser	336
9.2. Trafikdata	337
9.3. E-mail-indhold	337
9.4. Webmail	338
10. Brug af persondata til markedsføring	338
10.1. Regeloverblik	339
10.2. Samtykke og indsigelsesret	339
10.3. Videregivelse/salg	341
10.4. Online-kontrakter	344
10.5. Adressebureauer	344
11. Betaling	344
12. Elektroniske signaturer	345
13. Grænseoverskridende overførsel af persondata	345
13.1. Overførsel til tredjelande, der sikrer et tilstrækkeligt niveau ..	346
13.2. Forholdet til USA. Safe Harbor-principperne	346
13.3. Overførsel til usikre tredjelande	348
13.4. EU Standardkontrakter om dataeksport	349
14. Sanktioner	350
14.1. Præsumptionsansvar ved persondatakrænkelser	350
14.2. Solidarisk ansvar for dataoverførsler til usikre tredjelande	351
14.3. Databeskyttelsesdirektivets art. 28	352

Kapitel VIII. Håndhævelse

1. Emne og problemstilling	353
2. Offentligretlig håndhævelse	354
2.1. Forhåndsgodkendelse eller anmeldelse	354
2.1.1. Skal kræves på enkelte områder	354
2.1.2. Må ikke kræves specielt for informationstjenester	354
2.1.3. Markedsadgang	355
2.1.4. Pligt til kontrol med certifikatudstedere i etableringslandet	356
2.1.5. Standardisering og fri bevægelighed for signaturprodukter	357
2.2. E-handelsdirektivets indre markeds-klausul – tilsynsmyndigheders internationale kompetence internt i EU/EØS	358
2.3. Markedsføringsloven og loven om finansiell virksomhed	358
2.4. E-handelsdirektivets art. 18 og Forbudsloven	360
3. Forbud og bevissikring	363
3.1. Retsplejelovens almindelige regler om forbud	363
3.2. Internationalt værneting i forbudssager	364
3.3. Editionspligt – og bevissikring	367
4. Værneting	368
4.1. Retsplejelovens almindelige regler om værneting	368
4.1.1. Sagsøges hjemsted	368
4.1.2. Undtagelsesværneting	369
4.1.3. Værnetingsaftaler	369
4.2. Internationalt værneting i borgerlige sager vedrørende tredjelande	369
4.3. Internationalt værneting i borgerlige sager inden for EU/EØS	370
4.3.1. Domsforordningen: Opfyldelsesværneting	371
4.3.2. Filialværneting	373
4.3.3. Forbrugersager	374
4.3.4. Erstatning uden for kontrakt (deliktsweretneting)	379
4.4. Værnetingsaftaler	380
4.5. International strafferet	380
5. Lovvalg	382
5.1. Overblik over lovvalgsregler	382
5.2. Kontraktforhold (inter partes relationen)	383
5.2.1. Partsautonomi	383
5.2.2. Lovvalget i mangel af aftale	384

5.2.3.	Materiel gyldighed	384
5.2.4.	Formkrav i handelsforhold	385
5.2.5.	Forbruger aftaler. Rom-konventionens art. 5	385
5.2.6.	Fjernsalg og urimelige kontraktvilkår	389
5.2.7.	Formkrav vedrørende forbruger aftaler	389
5.3.	Tinglige rettigheder. Kreditsikring	390
5.4.	Lovvalg ved dataoverførsler til usikre tredjelande	391
6.	Anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser mv.	391
7.	Voldgift	392
7.1.	Grunde til at aftale voldgift	392
7.2.	Forholdet til EU-retten	393
7.3.	Voldgiftsaftaler	393
7.3.1.	Elektroniske voldgiftsaftaler	393
7.3.2.	Kan forbrugere indgå voldgiftsaftaler?	394
7.4.	Skal præceptive regler overholdes?	395
8.	Alternativ konfliktløsning	396
8.1.	Hvad er alternativ konfliktløsning?	396
8.2.	E-handelsdirektivet	397
8.3.	Klagenævn og lignende	397
8.4.	Forbrugersager	397
8.5.	Konfliktløsning ved dataoverførsler til usikre tredjelande	399
9.	Digital kommunikation med domstole og forvaltning	400
9.1.	Processkrifter og meddelelser	400
9.2.	Bevispørgsmål	402
9.3.	Legal bevisteori og fri bevisbedømmelse	403
9.4.	UNCITRAL	404
9.5.	Signaturdirektivet	404

Kapitel IX. Immaterialret og e-handel

1.	Indledning	409
2.	Ophavsret og e-handel	410
2.1.	Retsgrundlag	410
2.2.	Territorial anvendelse	411
2.3.	Ophavsrettens genstand	412
2.3.1.	Litterære og kunstneriske værker	412
2.3.2.	Edb-programmer	414
2.3.3.	Nærtstående rettigheder	416
2.4.	Ophavsrettens indhold	416
2.4.1.	Eksemplar fremstillingsretten	417
2.4.2.	Tilgængeliggørelse for almenheden	418

2.5.	Indskrænkninger i ophavsretten	419
2.5.1.	Indledning	419
2.5.2.	Midlertidige kopier	419
2.5.3.	Privatkopiering	421
2.5.4.	Særligt om kopiering af edb-programmer	422
2.5.5.	Citatretten	423
2.5.6.	Reportage af dagsbegivenheder	425
2.5.7.	Konsumtion	426
2.6.	Overdragelse af ophavsrettigheder, ansættelsesforhold	427
2.7.	Kollektiv rettighedsforvaltning	428
2.7.1.	Aftalelicens og tvangslicens	428
2.7.2.	Særligt om forvaltning af musikrettigheder på internettet	429
2.8.	Tekniske beskyttelsesforanstaltninger	431
2.9.	Særlige problemstillinger på internettet	432
2.9.1.	Databaser	432
2.9.2.	Fildeling	436
2.9.3.	Linking	438
2.10.	Ophavsrettens varighed	439
2.11.	Sanktioner	439
3.	Varemærker	443
3.1.	Retsgrundlaget	444
3.2.	Varemærkerettens genstand	444
3.3.	Varemærkerettens indhold	447
3.4.	Varemærkebeskyttelse på internettet	448
3.4.1.	Territorialitet – internettets grænseoverskridende natur	449
3.4.2.	Linking/framing	450
3.4.3.	Brug af andres varemærker som søgeord mv.	451
3.4.4.	Brug af varemærker på internetauktioner	454
3.5.	Andre kendetegnsretlige regler	455
4.	Domænenavne	456
4.1.	Indledning	456
4.2.	Administration af domænenavne	457
4.3.	Retsgrundlag	458
4.3.1.	Domæneloven	458
4.3.2.	EU-regulering af topdomænet .eu	460
4.4.	Warehousing	461
4.5.	Domænenavnstviser	461

Litteratur	465
Domsregister	475
Stikordsregister	477

Forord

Bogen E-handelsret foreligger hermed i en revideret 3. udgave. Formålet med revisionen er primært at opdatere bogen som følge af det ganske omfattende retskildemateriale, der er kommet til siden 2.-udgaven fra 2004. I forhold til de to første udgaver af bogen, der særligt fokuserede på e-handelsdirektivet og e-handelsloven, er fokus i 3.-udgaven bredere i lyset af, at erfaringen viser, at andre retskilder spiller en mindst lige så væsentlig rolle i forbindelse med e-handel. Et eksempel herpå er de immaterialretlige regler, navnlig ophavsretten, og et særskilt kapitel herom er følgelig indarbejdet i bogen. Bortset herfra er strukturen og emnerne fra de første to udgaver i det hele fastholdt. Det indebærer også, at der fortsat er særligt fokus på de EU-retlige regler på området og samspillet mellem disse og de grundlæggende EU-principper om fri bevægelighed.

Der er ikke taget hensyn til materiale fremkommet efter d. 1. august 2011.

København, september 2011

Ruth Nielsen

Søren Sandfeld Jakobsen

E-handelsret, der hermed foreligger i en revideret 3. udgave giver en opdateret fremstilling af e-handelsretten. I forhold til de to første udgaver af bogen, der særligt fokuserede på e-handelsdirektivet og e-handelsloven, er fokus i 3. udgaven bredere i lyset af, at udviklingen har vist, at andre retskilder spiller en mindst lige så væsentlig rolle i forbindelse med e-handel. Et eksempel herpå er de immaterialretlige regler, navnlig ophavsretten, og et særskilt kapitel herom er nu indarbejdet i bogen. Bortset herfra er strukturen fra de tidligere udgaver fastholdt, således at bogen omhandler e-handelsrettens kilder, fri bevægelighed for e-handel i det indre marked, online markedsføring, elektroniske kontrakter, formidleransvar, persondatabeskyttelse og håndhævelse. Der er fortsat særligt fokus på de EU-retlige regler på området og samspillet mellem disse og dansk ret. Der er ikke taget hensyn til materiale fremkommet efter d. 1. august 2011.

Forfatterne er professor, dr. jur. Ruth Nielsen, Juridisk Institut, CBS og professor PhD Søren Sandfeld Jakobsen, Juridisk Institut, Aalborg Universitet.



ISBN 978-87-574-2118-7