

Legal risk management ved international e-handel

Jan Trzaskowski, adjunkt, ph.d., Juridisk Institut ved CBS Handelshøjskolen

Virksomheder med en hjemmeside på Internettet risikerer at overtræde fremmede staters markedsføringsregler. Håndhævelse forudsætter dog som udgangspunkt at hjemmesiden er rettet mod de fremmede staters markeder. Det er muligt at foretage en geografisk afgrænsning af virksomhedens aktiviteter ved bl.a. at begrænse visse brugeres adgang til hjemmesiden eller eventuelt blot visse funktioner. Selvom den nuværende teknologi ikke kan identificere oprindelseslandet for alle brugere, er brugen af tekniske løsninger en effektiv metode til at minimere risikoen for grænseoverskridende retshåndhævelse. Brugen af lov- og forumvalgsaftaler giver kun en begrænset beskyttelse mod grænseoverskridende retshåndhævelse. Det antages at geografisk afgrænsning ikke er i strid med EF Traktatens forbud mod forskelsbehandling i det omfang det sker som led i en saglig forretningsstrategi og med henblik på at undgå at overtræde lovgivningen i de fravalgte lande.

1. Retshåndhævelse over grænser	1
1.1. Traditionel retshåndhævelse.....	2
1.1.1. Offentlig retshåndhævelse.....	2
1.1.2. Privat retshåndhævelse.....	3
1.1.3. Forbudsdirektivet.....	3
1.2. Det indre marked.....	3
2. Aktiviteter rettet mod et marked	4
2.1. Yahoo! sagen.....	4
2.2. Tilknytningsfaktorer.....	5
2.2.1. Adgang til hjemmesiden.....	5
2.2.2. Omfangen og karakteren af aktiviteten.....	6
2.2.3. Hjemmesidens udformning og relevans på markedet.....	6
2.2.4. Markedsførings-foranstaltninger.....	6
2.2.5. Placering af virksomheden og teknisk infrastruktur.....	6
3. Legal risk management	7
3.1. Geografisk afgrænsning.....	7
3.1.1. Begrænsninger i fællesskabsretten.....	7
3.2. Aftaler om lov- og forumvalg.....	8

Formålet med denne artikel er 1) at identificere muligheder for grænseoverskridende håndhævelse af regler om markedsføring, 2) at fastlægge hvornår en hjemmeside er rettet mod et bestemt marked og 3) at diskutere hvordan virksomheder kan minimere risikoen for grænseoverskridende retshåndhævelse (legal risk management). Artiklen tager udgangspunkt i en virksomhed (“Virksomheden”) som alene er etableret i en EU medlemsstat. Virksomheden driver elektronisk handel via en hjemmeside, og antages at overholde lovgivningen i Virksomhedens hjemland. Ordet “fremmed”, som i “fremmed ret”, betegner i denne sammenhæng noget, der vedrører en anden stat end den, Virksomheden er etableret i. Artiklen er baseret på forfatterens ph.d. afhandling (Legal Risk Management in Electronic Commerce, Ex Tuto Publishing, 2005).

1. Retshåndhævelse over grænser

Ved grænseoverskridende retshåndhævelse forstås i denne artikel det at sanktionere Virksomheden for overtrædelse af fremmed ret. Lovgivning håndhæves traditionelt gennem domsstolssystemet (traditionel retshåndhævelse), og kræver således medvirken af domstolene i det land hvor Virksomheden er etableret. Traditionel retshåndhævelse kan komme i stand i to situationer: 1) hvis Virksomhedens sagsøges i sit hjemland og domstolen anvender fremmed eller 2) hvis Virksomhedens hjemland tvangsfuldbyrder en fremmed retsafgørelse (hvor fremmed ret er anvendt).

I virkeligheden må virksomheder acceptere at lovgivning også kan håndhæves gennem f.eks. dårlig

omtale eller tekniske indgreb (alternativ retshåndhævelse). Det kan i mange situationer være økonomisk mere byrdefuldt at komme på forsiden af et dagblad med en dårlig historie end den bøde som forholdet eventuelt kan medføre. Alternativ retshåndhævelse kræver ikke ligesom traditionel retshåndhævelse at domstolssystemet i virksomhedens hjemland involveres. Alternativ retshåndhævelse vil i mange situationer lettere kunne gennemføres over grænser end traditionel retshåndhævelse. Der redegøres ikke i denne sammenhæng yderligere for muligheder i og håndtering af alternativ retshåndhævelse.

1.1. Traditionel retshåndhævelse

I Danmark og i andre lande skelner man mellem civile og strafferetlige sager. Civile sager kan i tråd med relevante europæiske retsakter¹ betragtes som sager på det civil- og handelsretlige område ("civil and commercial matters"), uanset domsmyndighedens art. De relevante retsakter skal sikre en fri udveksling af civile retsafgørelser inden for EU og EFTA (de 25 EU lande plus Island, Norge og Schweiz).

EF Domstolen har fastslået at en sag som anlægges af en privat forbrugerbeskyttelsesorganisation som vedrører et forbud mod, at erhvervsdrivende anvender urimelige vilkår i forbrugerkontrakter er en borgerlig sag i 1968 Domskonventionens forstand (Karl Heinz Henkel, sag C-167/00). Sagen vedrørte et foreningssøgsmål hvor en østrisk forbrugerorganisation nedlagde påstand om, at en tysk erhvervsdrivende skulle undlade at anvende urimelige kontraktvilkår i kontrakter med østrigske kunder.

I sagen blev der lagt vægt på at forbrugerorganisationen havde karakter af en privat organisation, og at hovedsagen ikke vedrørte en adfærd, som var udtryk for offentlig myndighed. Sagen vedrørte på ingen måde udøvelse af beføjelser, som var særligt vidtgående i forhold til de almindelige retsregler, som finder anvendelse mellem privatpersoner. Det kan ikke udelukkes at sagen alene kan udstrækkes til forhold vedrørende urimelige kontraktvilkår, men det synes rimeligt at afgørelsen kan anvendes på tilsvarende sager vedrørende virksomheders markedsadfærd i situationer hvor forbrugerens interesser skades. Sagen havde angiveligt fået et andet udfald hvis sagsøgeren var en offentlig myndighed som f.eks. den danske forbrugerombudsmand.

1.1.1. Offentlig retshåndhævelse

Inden for den offentlige retshåndhævelse sanktioneres overtrædelse af regler om markedsadfærd typisk med bøde og/eller forbud. Det er almindeligt accepteret at stater kan regulere aktiviteter, som finder sted eller har virkning på statens territorium, herunder handlinger der påvirker statens markeder.² Stater skal dog respektere andre staters suverænitet, og kan derfor ikke uden videre håndhæve sine retsafgørelser i andre stater medmindre man, som på civilrettens område, har indgået internationale aftaler om gensidig anerkendelse.

De fleste internationale aftaler om traditionel, offentlig retshåndhævelse bygger på princippet om dobbelt strafbarhed ("dual criminality"). Princippet betyder at handlingen skal være strafbar efter både den fremmede stats lovgivning og lovgivningen i Virksomhedens hjemland. Virksomheden antages at overholde lovgivningen i sit hjemland, og scenariet i denne artikel opfylder derfor ikke kravet om dobbelt strafbarhed.

I de nordiske lande har man, gennem "Helsingfors aftalen",³ indført et princip om gensidig anerkendelse af strafferetlige afgørelser uden anvendelse af princippet om dobbelt strafbarhed. I samarbejdet under EU Traktaten er man desuden begyndt at fravige princippet om dobbelt strafbarhed. I denne kontekst er Rådets rammeafgørelse om gensidig anerkendelse af bøder⁴ interessant.

Rammeaftalen fastslår i artikel 5, at bødeafgørelser i forbindelse med en række lovovertrædelser (som defineret i den dømmende stats lovgivningen) kan tvangsfuldbyrdes uden kontrol af dobbelt strafbarhed. Listen omfatter bl.a. internetkriminalitet, bedrageri, og krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder. Hertil kommer strafbare overtrædelser af lovgivning, som implementerer fællesskabsretlige instrumenter. Sidstnævnte vil for markedsføringsrettens vedkommende få betydning for håndhævelse af direktiverne om vildledende markedsføring (direktiv 84/450) og urimelig handelspraksis (direktiv 05/29). Sidstnævnte

1 Se 1968 Domskonventionen, 1988 Lugano konventionen og 2000 Domsforordningen. Danmark er ikke omfattet af Domsforordningen, men de to konventioner gælder stadig mellem Danmark og de øvrige kontraherende stater. Udover Polen, har ingen af "de nye" EU lande endnu tiltrådt de to konventioner.

2 Se generelt Cassese, Antonio, *International Law, Second Edition*, Oxford University Press, 2005, p. 46ff og Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law, Sixth Edition*, Oxford University Press, 2003, p. 287ff.

3 Se konvention af 8. marts 1948 om anerkendelse og fuldbyrdelse af straffedomme og samarbejdsaftale mellem Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige (23. marts 1962).

4 Rådets rammeafgørelse om anvendelse af princippet om gensidig anerkendelse på bødestrafte, 2005/214/RIA (24. februar 2005). Se også lov nr 1434 af 22/12/2004 om fuldbyrdelse af visse strafferetlige afgørelser i Den Europæiske Union.

direktiv skal være gennemført i national ret i 2007.

Rammeafgørelsen om gensidig anerkendelse af bøder indeholder en i denne sammenhæng væsentlig begrænsning, idet Virksomhedens hjemland kan afslå at fuldbyrde afgørelsen, hvis afgørelsen vedrører handlinger, som er begået helt eller delvis i Virksomhedens hjemland (artikel 7, stk. 2.). Det er nærliggende at antage, at Virksomhedens aktiviteter helt eller delvis betragtes som foretaget i Virksomhedens hjemland. Det fremgår af den danske implementering, at fuldbyrdelse af en afgørelse om bødestraf *skal* afslås i sådanne tilfælde.

1.1.2. Privat retshåndhævelse

I civile søgsmål er risikoen for grænseoverskridende retshåndhævelse størst i forbindelse med erstatning uden for kontrakt og i forbindelse med visse forbrugerkontrakter. I sådanne situationer kan sager anlægges i en anden EU eller EFTA stat, og afgørelse kan som udgangspunkt tvangsfuldbyrdes i Virksomhedens hjemland. Selv hvis Virksomheden sagsøges i sit eget hjemland, er der betydelig risiko for at domstolen vil anvende fremmed ret i sådanne sager. Efter Rom konventionen (1980) kan en stat i sager vedrørende forbrugerkontrakter være forpligtet til at anvende fremmed ret, også selvom det ikke er lovgivningen i en EU stat der udpeges.

I de fleste EU lande hylder man *lex loci delicti* princippet, som foreskriver at skadesstedets lov skal anvendes i sager om erstatning uden for kontrakt.⁵ Der er dog ingen international forpligtelse til at anvende *lex loci delicti* princippet, men der arbejdes på en Rom II forordning⁶ som sigter mod at fastslå princippet ved lov i hele EU. Risikoen for at blive underlagt fremmed ret vil, på grund af *lex fori*-tendensen,⁷ være større hvis Virksomheden sagsøges ved en fremmed domstol.

1.1.3. Forbudsdirektivet

Forbudsdirektivet (direktiv 98/27) kan anvendes af både private organisationer og offentlige myndigheder. I Danmark er det dog kun Forbrugerombudsmanden og Lægemiddelstyrelsen som har kompetence til at indlede søgsmål i henhold til forbudsdirektivet. Søgsmål efter direktivet kan alene anlægges til beskyttelse af forbrugernes kollektive interesser som omhandlet i udvalgte direktiver (se bilaget til direktivet). Sager skal anlægges i Virksomhedens hjemland, og direktivet fastlægger ifølge artikel 3 ikke den anvendelige lov. Virksomhedens hjemland vil givet være tilbageholdende med at anvende fremmed ret i sager som anlægges af offentlige myndigheder fra en anden stat.

Private organisationer, som for eksempel Forbrugerrådet i Danmark, vil med fordel kunne anlægge sager med påstand om forbud i den medlemsstat, hvor overtrædelsen har virkning. Det blev fastslået i Karl Heinz Henkel sagen, som er nævnt ovenfor, at også private organisationer kan anvende deliktsværetningset i Domskonventionens artikel 5(3). Det antages at private retshåndhævere, f.eks. forbruger- og erhvervsorganisationer, derved har bedre muligheder for at gennemføre grænseoverskridende retshåndhævelse end offentlige retshåndhævere.

1.2. Det indre marked

Reglerne om fri udveksling af varer og tjenesteydelser i det indre marked samt e-handelsdirektivets afsenderlandsprincip (direktiv 2000/31) kan sætte grænser for både privat og offentlig retshåndhævelse uanset om det sker som traditionel eller alternativ retshåndhævelse. Afsenderlandsprincippet i e-handelsdirektivet indebærer, at e-handel (informationssamfundstjenester) som udgangspunkt kun skal være underlagt lovgivningen i den stat, hvor virksomheden er etableret. Hvis Virksomheden underlægges fremmed ret, kan dette udgøre en hindring af den fri udveksling af varer, tjenesteydelser eller informationssamfundstjenester.

Kontraktforpligtelser i forbindelse med forbrugerkontrakter er undtaget fra afsenderlandsprincippet, og reglerne om anvendelse af forbrugerens lovgivning i forbindelse med visse forbruger aftaler udspringer af fælles europæisk regulering. På den baggrund må det betragtes som uproblematisk at anvende forbrugerens lands lovgivning i sager om visse forbrugerkontrakter. For så vidt angår erstatning uden for kontrakt, findes

5 Lookofsky, Joseph and Hertz, Ketilbjørn, *Transnational Litigation and Commercial Arbitration*, second edition, Juris Publishing and DJØF Publications Copenhagen, 2004, p. 466f.

6 Forslag til Europa-parlamentets og Rådets forordning om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontraktforhold ("ROM II"), KOM/2003/0427 endelig udg. - COD 2003/0168.

7 Se f.eks. Lookofsky, Joseph, *International privatret på formuerettens område*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, p. 13 og Nielsen, Peter Arnt, *International Privat- og Procesret*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1997, p. 96.

der ikke en tilsvarende undtagelse, og det antages at det kan være i strid med den fri udveksling af varer, tjenesteydelser og/eller informationssamfundstjenester, hvis Virksomheden underlægges strengere/yderligere krav under fremmed ret, medmindre de konkrete krav kan retfærdiggøres under de respektive retsakter.

EF Domstolen har ved flere lejligheder lagt vægt på at beskytte tjenester, der kan leveres uden at tjenesteyderen behøver at bevæge sig ind på den medlemsstats område, hvor tjenesteydelsen leveres (Säger, sag C-76/90). Domstolen har lagt vægt på effektiviteten af det anvendte medium, herunder muligheden for hurtigt og direkte at kunne reklamere og tage kontakt med potentielle kunder i andre medlemsstater. Internettet og den elektroniske handel må forventes at spille en væsentlig rolle i realiseringen af det indre marked, hvilket også er afspejlet i e-handelsdirektivets afsenderlandsprincip. EF Domstolen har i DocMorris sagen (sag C-322/01) fastslået at Internettet er et betydningsfuldt middel for virksomheder, der ikke er etableret på en stats område, med henblik på at nå direkte ud på statens marked.

2. Aktiviteter rettet mod et marked

For at blive underlagt fremmed ret, skal Virksomhedens aktiviteter, som udgangspunkt, have en virkning på en fremmed stats territorium eller markeder. Det vil sige, at Virksomhedens aktiviteter på en eller anden måde skal været rettet mod den pågældende stat. Hjemmesider er som udgangspunkt tilgængelige for brugere i hele verden. Der foreligger en del retspraksis fra forskellige domstole, som i konkrete sager har taget stilling til om en konkret aktivitet på Internettet var rettet mod bestemte markeder.

I Troostwijk sagen (C-71/02) argumenterede en af sagens parter for at en annonces offentliggørelse på Internettet, i sagens natur ikke er begrænset til en enkelt medlemsstat, og at det er ikke muligt at foretage en differentiering på Internettet, eftersom annoncering via dette medie ikke kan begrænses regionalt. Generaladvokaten fastslog at dette spørgsmål skulle behandles af den forelæggende ret, og domstolen forfulgte ikke spørgsmålet yderligere. I forbindelse med behandling af personoplysninger har EF Domstolen fastslået (Lindqvist, sag 101/01) at når oplysninger lægges ud på Internettet, sker der ikke automatisk en videregivelse af oplysninger. Videregivelse forudsætter at aktiviteten er rettet mod specifikke modtagere. I den konkrete sag har det angiveligt spillet en væsentlig rolle, at et andet udfald ville betyde at enhver placering af personoplysninger på Internettet også ville medføre videregivelse til tredjelande.

Der findes en del afgørelser fra bl.a. Storbritannien,⁸ USA⁹ og Australien.¹⁰ Fælles for afgørelserne er, at der lægges vægt på den reelle hensigt bag aktiviteten, herunder navnlig ønsket om at opnå en kommerciel gevinst på det pågældende marked. I flere af sagerne er det understreget at forskellige sager stiller forskellige krav til karakteren og omfanget af den kommercielle aktivitet på markedet. Dommerne har lagt vægt på forskellige tilknytningsmomenter, men har fastholdt fokus på den økonomiske realitet, og derved afvist mekanisk at anvende en checkliste.

2.1. Yahoo! sagen

Den mest omtalte europæiske sag vedrørte Yahoo!'s hjemmeside på www.yahoo.com.¹¹ Det skal bemærkes at Yahoo!, som er etableret i USA, også havde en fransk hjemmeside www.yahoo.fr. Sagen vedrørte franskmænds adgang til en auktion på www.yahoo.com, hvorfra der vistes nazi-effekter. Den franske domstol fandt sig kompetent til at behandle sagen, selvom den erkendte at hjemmesiden principielt var rettet mod brugere i USA. Domstolen lagde i den vurdering vægt på karakteren af de udbudte effekter, de mulige betalingsmåder, leveringsbetingelser, sprog og møntfod. På den anden side fandt domstolen at de udbudte nazi-effekter kunne være interessante for alle personer, og at det efter den franske straffelovgivning er

8 Euromarket Designs Inc v. Peters & Another, HC (1999), No 04494 (25. juli 2000), High Court (Chancery Division) og 1-800 Flowers Inc v. Phonenames LTD, UK Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division).

9 Zippo Manufacturing Company v. Zippo Dot Com Inc, United States District Court for the Western District of Pennsylvania, 952 F. Supp. 1119; 1997 U.S. Dist. LEXIS 1701; 42 U.S.P.Q.2D (BNA) 1062, Gator.com Corp v. L.L. Bean Inc, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 341 F.3d 1072; 2003 U.S. App. LEXIS 18115; 2003 Cal. Daily Op. Service 7986 (2. december 2002), Yahoo! Inc v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme et al, United States Court for the Northern District of California, San Jose Division, 169 F. Supp. 2d 1181; 2001 U.S. Dist. LEXIS 18378; 30 Media L. Rep. 1001 (7. november 2001) og Yahoo! Inc v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme and l'Union des Etudiant Juifs de France, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 379 F.3d 1120; 2004 U.S. App. LEXIS 17869; 32 Media L. Rep. 2185 (2. december 2002).

10 Dow Jones & Company Inc v. Gutnick, Australian High Court, [2002] HCA 56 (10. december 2002) og Ward Group Pty Ltd v. Brodie & Stone Plc. [2005] FCA 471.

11 Se påbud af 22. maj 2000 som omtalt i foreløbigt påbud 00/05308 af 20. november 2000 (Paris byret).

ulovligt blot at vise sådanne nazi-effekter (i Frankrig).

Domstolen fandt at visningen gjorde skade i Frankrig. Domstolen understregede at Yahoo! var bekendt med at franskmænd havde adgang til siden, idet der på hjemmesiden blev vist franske reklame-bannere til brugere fra Frankrig. Domstolen understregede at eventuelle problemer med at håndhæve afgørelsen i USA ikke kunne ændre på muligheden for at anlægge sag i Frankrig. Afgørelsen viser, at der ikke nødvendigvis skal meget til for at blive slæbt i retten i en fremmed stat. Som nævnt ovenfor, er der inden for EU og EFTA gode muligheder for at få håndhævet retsafgørelser i en anden stat. I den pågældende sag tog den franske sagsøger dog ikke skridt til at håndhæve afgørelsen i USA. Et forsøg på at håndhæve afgørelsen over for et fransk datterselskab blev afvist af de franske domstole, idet der var tale om to forskellige juridiske personer.

Som et modtræk til den franske afgørelse anlagde Yahoo! sag i USA med henblik på at få fastslået at den franske afgørelse ikke kunne håndhæves i USA. Yahoo! lagde vægt på at det ikke var teknisk muligt at blokere alle franskmænds adgang til hjemmesiden, og at den franske afgørelse i øvrigt ville være i strid med den amerikanske ytringsfrihed (First Amendment).

I første instans¹² blev det fastslået at håndhævelsen af den franske afgørelse ville være uforeneligt med den amerikanske ytringsfrihed, og at spørgsmålet om de tekniske muligheder derfor ikke i sig selv var relevant. Det blev understreget, at domstolen ikke ønskede at forstyrre den franske retsorden, og at spørgsmålet ikke tog stilling til rigtigheden af den franske afgørelse, men alene forholdt sig til muligheden for at håndhæve afgørelsen i USA. Som nævnt ovenfor, har retsafgørelse som udgangspunkt ingen effekt uden for den stat hvori afgørelsen er blevet truffet.

I anden instans gav dommeren den franske sagsøger medhold i at de amerikanske domstole ikke havde kompetence til at prøve sagen før sagsøgeren tog skridt til at få den franske afgørelse håndhævet i USA. Appellinstansen understregede at Yahoo! havde kommerciel nytte ved at franske brugere kunne få adgang til den amerikanske hjemmeside, og at Yahoo! derfor ikke nødvendigvis kunne forvente at blive beskyttet mod det heraf afledte ansvar. Igen lagde domstolen vægt på at Yahoo! viste franske banner-annoncer på www.yahoo.com. Yahoo! måtte således afvente at den franske sagsøger ville tage skridt til at få håndhævet den franske afgørelse.

2.2. Tilknytningsfaktorer

Selvom man fastholder, at der skal foretages en samlet og konkret vurdering, er det på baggrund af sagerne muligt at identificere og gruppere forskellige tilknytningsmomenter/faktorer, som *kan* tillægges vægt ved vurderingen af hvortil en aktivitet er rettet. Listen over faktorer er ikke udtømmende, og er i øvrigt udarbejdet på baggrund af udenlandske afgørelser, hovedsagelig inden for common law. Afgørelserne er dog udtryk for en slags "sund fornuft" og en pragmatisk tilgang til et ofte kompliceret spørgsmål. Listen må derfor antages at kunne tjene som inspiration ved afgørelser som skal træffes ved både danske og udenlandske domstole.

2.2.1. Adgang til hjemmesiden

I mange sager, er der taget udgangspunkt i at en hjemmeside er tilgængelig i alle stater, men der stilles generelt krav til at Virksomheden har gjort noget aktivt for at rette aktiviteten mod et marked. I Yahoo! sagen anerkendte den franske domstol at aktiviteten principielt var rettet mod det amerikanske marked, men lagde vægt på at Yahoo! ved at vise franske reklamer var klar over at der var franske brugere på sitet. Domstolene har generelt været tilbøjelige til at se bort fra situationer hvor Virksomheden ikke burde have forudset besøg af brugere fra specifikke områder. I en australsk sag (Gutnick sagen som vedrørte injurier) lagde dommeren vægt på at en medie-virksomheder ikke lægger en historie på nettet for at nå et lille publikum, og at hvis det ikke er muligt at kontrollere den potentielle udbredelse af historien, er der så meget desto mere brug for at være omhyggelig med hvilke historier, der lægges ud på nettet.

Både i Gutnick sagen og en anden amerikansk afgørelse (Gator) er der taget udgangspunkt i, at risikoen for at påvirke fremmede markeder med en hjemmeside principielt bør ligge hos "udgiveren" af hjemmesiden. I begge sager havde virksomhederne en ikke uvæsentlig kommerciel aktivitet på de relevante markeder.

Adgangen til Virksomhedens hjemmeside må betragtes som en fundamental faktor. Hvis brugerne på et marked ikke har adgang til Virksomhedens hjemmeside, er det svært at argumentere for at aktiviteten

¹² Yahoo! Inc v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme et al, United States Court for the Northern District of California, San Jose Division, 169 F. Supp. 2d 1181; 2001 U.S. Dist. LEXIS 18378; 30 Media L. Rep. 1001 (7 November 2001).

påvirker det pågældende marked. I flere sager diskuteres mulighederne i geografisk afgrænsning af hjemmesider. I Yahoo! sagen pålagde den franske domstol Yahoo! at iværksætte rimelige tekniske foranstaltninger med henblik på at hindre at brugere i Frankrig fik adgang til de relevante auktioner på hjemmesiden.

2.2.2. Omfanget og karakteren af aktiviteten

I den australske Gutnick sag var det ikke så meget omfanget der blev lagt vægt på, men mere at den amerikanske virksomhed (Dow Jones) positivt havde valgt at servicere abonnenter i Australien. Tilsvarende lagde man i en anden amerikansk afgørelse (Zippo) vægt på at virksomheden vidste at aftaleindgåelse med brugere i bestemte markeder ville føre til at elektroniske beskeder blev sendt til den stat. I Zippo sagen blev det fastslået at der ikke nødvendigvis behøver at være mange aftaler med brugere i markedet, men at testen om "væsentlig forbindelse" fokuserer på karakteren ("nature and quality") af kontakten til markedet.

Generelt kan det siges, at omfanget af den kommercielle aktivitet på et marked afspejler markedets relevans for Virksomheden. I en anden amerikansk afgørelse (Gator) blev det fastslået, at den mest pålidelige indikator for en virksomheds forbindelse med et marked er omsætningen på dette marked. Det er ikke afgørende hvorvidt salget sker via hjemmesiden, så længe der er en forbindelse mellem aktiviteterne på hjemmesiden og salget på markedet.

Hvis en virksomhed vælger at indgå kontrakter med brugere i et bestemt marked, må det tages som et udtryk for en interesse i det pågældende marked. Ofte vil Virksomheden være bekendt med en fysisk leveringsadresse. Denne information er ikke nødvendigvis tilgængelig hvis ydelsen leveres elektronisk. På den anden side, har Virksomheden muligheden for at afkræve sådanne oplysninger. I Gutnick sagen blev det fastslået at udstedelsesstedet for kreditkort ikke giver pålidelig entydig information om brugerens opholdelsessted.

2.2.3. Hjemmesidens udformning og relevans på markedet

Hjemmesidens udformning samt brug af top-level-domain (.dk, .com etc.), sprog og møntfod kan give en indikation af hvortil hjemmesiden er rettet. Hjemmesiden kan også være tilpasset forskellige nationale regler eller mærkningsordninger.

I en Australsk afgørelse (Ward Group) fandt man ikke at den engelske virksomheds aktiviteter var rettet mod Australien selvom hjemmesiden med en drop-down menu tillod at man kunne vælge Australien som leveringssted. I sagen lagde man vægt på at helhedsindtrykket ikke efterlod grund til at antage at aktiviteten var rettet mod Australien. Priserne var angivet i USD og GBP, men ikke i australske dollars, og det ville være dyrere for australske brugere at købe produkterne på den engelske hjemmeside i forhold til køb i australske forretninger.

I Gator sagen blev der lagt vægt på at hjemmesiden var indrettet med henblik på at virke som en sofistikeret virtuel forretning i Californien, og at aktiviteten derfor, og under hensyn til et en betragtelig kommerciel aktivitet, var rettet mod det pågældende marked på en måde som kunne sidestille hjemmesiden med en egentlig fysisk etablering.

2.2.4. Markedsførings-foranstaltninger

I to engelske varemærkesager (Euromarket og 1-800 Flowers) fokuserede dommerne på omfanget af markedsføringsaktiviteter i det pågældende marked. Tilsvarende lagde dommeren i Gator sagen vægt på at virksomheden havde opsøgt forretning og aktivt deltaget på det relevante marked. Hvis Virksomheden aktivt markedsfører sin hjemmeside på et marked, må det nødvendigvis tages som et udtryk for en interesse for det pågældende marked, og dermed en formodning for at aktiviteten (også) er rettet mod det marked. Der kan f.eks. være tale om banner-annoncer på nationale hjemmeside eller i lokale medier.

2.2.5. Placering af virksomheden og teknisk infrastruktur

Det er antaget i denne artikel, at Virksomheden ikke er etableret i den stat, hvorfra retshåndhævelse søges. I Yahoo! sagen havde den amerikanske virksomhed et datterselskab i Frankrig, men da sagen vedrørte en aktivitet, der var foretaget af den amerikanske moderselskab, kunne datterselskabet ikke gøres ansvarlig herfor. Det kan ikke udelukkes, at der under national ret kan være mulighed for hæftelsesgennembrud ("piercing the corporate veil").

Det må almindeligvis antages at valg af etableringssted også må være et udtryk for en interesse i at deltage i det pågældende marked. Som det fremgår af de nævnte afgørelser kan det dog ikke modsætningsvis

sluttes at manglende etablering er ensbetydende med at aktiviteten ikke er rettet mod markedet. I Gator sagen blev det fastslået, at der ved vurderingen af om en hjemmeside kunne sidestilles med en fysisk tilstedeværelse i staten kunne der lægges vægt på fysiske bygninger, bankkonti, agenter og registreringer i staten.

3. Legal risk management

Enterprise risk management omfatter traditionelt identifikation/vurdering af og strategier for håndtering af risici. I denne sammenhæng fokuseres på risikoen for grænseoverskridende retshåndhævelse. Identifikation og vurdering af risikoen kan foretages med udgangspunkt i de elementer som er diskuteret under 1 og 2, uden at det hermed er muligt at foretage en præcis beregning af risikoen (det forventede tab). Håndtering af en risiko kan ske ved at eliminere, reducere, sprede eller acceptere risikoen.¹³ I denne artikel fokuseres på to metoder til reduktion af risikoen for grænseoverskridende retshåndhævelse, nemlig geografisk afgrænsning af hjemmesidens aktiviteter og aftaler om lov- og forumvalg.

3.1. Geografisk afgrænsning

Virksomheden kan minimere risikoen for grænseoverskridende retshåndhævelse ved at afgrænse sine aktiviteter til bestemte markeder. Dette kan ske ved at tilpasse hjemmesiden med udgangspunkt i de faktorer som er nævnt under 2. "Adgang til hjemmesiden" kan begrænses ved at anvende teknikker til geografisk identifikation af brugerne. Dette kan kombineres med et krav om at brugeren skal tilkendegive, hvorfra han kommer. Såfremt en sådan teknisk afgrænsning er udtryk for et oprigtigt ønske om at begrænse sine aktiviteter til udvalgte markeder, er det en effektiv form for risiko-begrænsning.

Kommunikation via Internettet er baseret på udveksling af data-pakker mellem afsenderen og modtageren af informationen. Kommunikationen udveksles til og fra en given IP-adresse, og det er således muligt for Virksomheden at identificere brugerens IP-adresse. Der findes værktøjer, som kan koble IP-adressen til en given region/stat ("IP-mapping" eller "geo-targeting"),¹⁴ og som derved giver Virksomheden mulighed for at begrænse brugerens adgang til Virksomhedens hjemmeside ud fra geografiske kriterier. Det er således i et vist omfang muligt at opretholde illusionen om "fysiske" grænser i Cyberspace. Afgrænsningen kan også anvendes på udvalgte funktioner på hjemmesiden såsom købsfunktioner, produktspecifikationer og særlige kampagner.

Geo-targeting værktøjer er ikke 100% præcise, og det er muligt at omgå dem ved at anvende såkaldte anonymizers, som fungerer ved at brugeren kontakter Virksomhedens hjemmeside via en server i et tredjeland, og således at det ser ud som brugeren kommer fra det land. Et tilsvarende problem findes i de situationer hvor brugeren kobles på Internettet via en proxy-server i et andet land. Det er f.eks. tilfældet med visse multinationale virksomheder og visse internetudbydere. F.eks. vil en bruger som anvender udbyderen AOL i Frankrig se ud som han kommer fra staten Virginia i USA fordi der anvendes en amerikansk proxy-server. På den baggrund må det anbefales at disse værktøjer kombineres med at brugeren verificerer eller selv indikerer sit geografisk opholdelsessted.

I Yahoo! som er omtalt ovenfor pålagde den franske byret virksomheden at tage alle nødvendige forholdsregler for at sikre at franske brugere ikke fik adgang til virksomhedens auktioner vedrørende nazi effekter. I forbindelse med sagen fastslog et ekspertpanel at man kunne bortfiltrere op til omkring 95% af de franske brugere. Udbydere af geo-targeting teknikker reklamerer med at de kan fastslå brugerens geografiske placering med op til 99% sikkerhed.

3.1.1. Begrænsninger i fællesskabsretten

Det følger af EF Traktatens artikel 12, at al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, er forbudt inden for traktatens anvendelsesområde. Det antages dog at geografisk afgrænsning er lovligt i det omfang det sker som led i en saglig forretningsstrategi og med henblik på at undgå at overtræde lovgivningen i de fravalgte lande. EF Domstolen har tidligere accepteret at en udbyder af et periodisk skrift

13 Se Iversen, Jon, *Legal Risk Management*, Forlaget Thomson GadJura, 2004, p. 37ff. samt Trzaskowski, Jan, *Legal Risk Management – some reflections*, Julebogen 2005, Jurist- og Økonomforbundets forlag, p. 175.

14 Se for eksempel Quova (www.quova.com), NetGeo (www.netgeo.com), Digital Envoy (www.digitalenvoy.net) og IP2Location (www.ip2location.com). Se generelt Svantesson, Dan Jerker B., *Geo-Location Technologies and Other Means of Placing Borders on the 'Borderless' Internet*, *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Fall 2004, p. 101.

må nægte borgerne i en stat adgang til at deltage i en gætte- eller præmiekonkurrence for at overholde lovgivningen i den pågældende stat (Heinrich Bauer Verlag, sag C-368/95).

Forslaget til direktiv om tjenesteydelser i det indre marked indeholder et generelt forbud mod forskelsbehandling begrundet i tjenestemodtagerens nationalitet eller opholdssted. Forslaget åbner dog mulighed for at anvende forskellige adgangsbetingelser, som er direkte begrundet i objektive kriterier som f.eks. forskellige markedsvilkår og de yderligere risici, der er forbundet med regler, som afviger fra oprindelsesmedlemsstatens.

På grund af den omfattende, og stadig stigende, harmonisering i EU, herunder indførelsen af afsenderlandsprincippet i e-handelsdirektivet, bliver det stadig sværere at argumentere for at der skal være adgang til at diskriminere på grund af nationalitet. Det gør givet en forskel om diskriminationen sker ved at borgere i forskellige lande tilbydes forskellige vilkår eller om Virksomheden helt undlader at gå ind i visse markeder. Det skal for en god ordens skyld bemærkes at konkurrenceretten også kan sætte begrænsninger i visse virksomheders adgang til at forskelsbehandle kunder.

3.2. Aftaler om lov- og forumvalg

Ved at indgå aftaler om lov- og forumvalg, kan Virksomheden begrænse risikoen for henholdsvis at blive underlagt fremmed ret og sagsøgt i udlandet. Udgangspunktet er at parterne i en civil sag frit kan aftale hvor en sag skal anlægges og hvilket lands lovgivning der skal anvendes. Forumvalgsaftaler har som udgangspunkt kun en praktisk effekt i forhold til grænseoverskridende retshåndhævelse. Det er lovvalget, der er afgørende for om der foreligger grænseoverskridende retshåndhævelse. Lex fori tendensen øger dog risikoen for anvendelse af fremmed ret i situationer hvor sagen anlægges ved en fremmed domstol.

Aftaler om lov og forumvalg kan indgås både før og efter en konflikt opstår. Som risikohåndtering er det de forudgående aftaler som er interessante. Det begrænser anvendelsen til situationer hvor Virksomheden indgår aftaler med brugere af Virksomhedens hjemmeside. Sådanne aftaler vil ikke have virkning på søgsmål i forhold uden for kontrakt, herunder offentlig retshåndhævelse. Forbrugerværnetinget kan kun fraviges ved aftale, hvis aftalen indgås efter at tvisten er opstået eller hvis aftalen giver forbrugeren ret til at anlægge sag ved andre retter udover forbrugeren eget værneting. En lovvalgsaftale i forbindelse med visse forbrugerftaler kan ikke medføre, at forbrugeren berøves den beskyttelse, der tilkommer ham i medfør af ufravigelige regler i loven i det land, hvor han har sin bopæl. Der er derfor ingen mærkbare fordele ved at indgå aftaler om lov- og forumvalg i forbindelse med forbrugerkontrakter.

I internationale retsforhold kan det som regel anbefales at indgå aftaler om lov- og forumvalg. Sådanne aftaler vil kun have begrænset effekt i forhold til grænseoverskridende retshåndhævelse som behandlet i denne artikel. Virksomheder vil typisk få mere ud af at anvende geografisk afgrænsning af hjemmesiden, men bør naturligvis vurdere mulighederne i begge metoder.