

Advokat Anders Valentiner-Branth
Ved Stranden 18
Postboks 2034
1012 København K
Telefon 77 30 40 50
Telefax 77 30 40 77

Notat

vedrørende Københavns Kommunes overvejelser om etablering af det digitale netværk/mødested ”kbh.dk”

1. Indledning og sammenfatning

Københavns Kommune overvejer at etablere et digitalt netværk/mødested på en internetside, der oprettes under navnet ”kbh.dk”. Vi er blevet anmodet om, at foretage en vurdering af de juridiske problemstillinger, som et sådant projekt rejser.

Det er **sammenfattende** vores vurdering, at en portal, der har karakter af et virtuelt medborgerhus, som er bygget op om emner af kommunal interesse, og som er rettet mod kommunens borgere, vil være hjemlet i kommunalfuldmagtsreglerne. Kommunen vil løbende skulle sikre, at der er den fornødne kommunale interesse forbundet med portalen.

Bliver portalen indført, vil der løbende skulle sikres, at der ikke f.eks. i forbindelse med behandling af personoplysninger på portalen sker en overtrædelse af reglerne i persondataloven og straffeloven, ligesom man skal være opmærksom på, at der ikke sker civile retlige krænkelse.

Kommunen vil derfor løbende skulle sikre, at portalen ikke bliver misbrugt til sådanne overtrædelser, ligesom der løbende skal foretages ikke ukomplicerede vurderinger af, om ytringer er berettigede henset til ytringsfriheden eller ulovlige uden samtykke fra den, som oplysninger vedrører, efter persondataloven. Datatilsynet har telefonisk tilkendegivet, at man i forhold til ytringer på sådanne portaler befinder sig i et gråzonenområde, og at det er vanskeligt at sige noget generelt og samtidig sikkert herom.

Til brug for vores vurdering har vi modtaget følgende dokumenter i udkast:

- Økonomiforvaltningens indstilling af 16. august 2007 til Økonomiudvalget.
- Økonomiforvaltningens notat af 21. august 2007 om de juridiske problemstillinger ved oprettelsen af kbh.dk.
- Økonomiforvaltningens notat af 11. september 2007 til Overborgmester og direktion om den operationelle jura vedr. kbh.dk. samt bilag 1 til notatet.

Det fremgår bl.a. af det fremsendte materiale, at kbh.dk skal være platform for et socialt netværk eller mødested på nettet, hvor borgere i Københavns Kommune kan etablere sociale netværk, f.eks. i form af interessegrupper, udveksling af sociale ressourcer, etablering af arrangementer som f.eks. gadefester, oprydningsdage osv.

Kbh.dk. vil efter det oplyste være en ikke kommerciel facilitet, ligesom den også vil være reklamefri.

Nedenfor følger vores bemærkninger til de centrale juridiske problemstillinger.

2. Forholdet til kommunalfuldmagtsreglerne mv.

Kommunale aktiviteter skal enten have hjemmel i lovgivningen eller i de almindelige retsgrundsætninger om kommuners opgavevaretagelse, kommunalfuldmagtsreglerne. Vi lægger til grund, at det ikke er reguleret i lovgivningen, om en kommune kan etablere et digitalt netværk eller mødested for sine borgere som det påtænkte, og at spørgsmålet derfor skal vurderes på grundlag af kommunalfuldmagtsreglerne.

Kommunalfuldmagtsreglerne indeholder nogle grundprincipper for, hvad kommuner kan og ikke kan. Disse grundprincipper er især udviklet – og udvikles fortsat – gennem de kommunale tilsynsmyndigheders afgørelser og udtalelser.

Overordnet set skal en kommune varetage kommunale opgaver for sine borgere. Enhver opgavevaretagelse skal dermed være båret af en tilstrækkelig kommunal interesse.

De opgaver, som kommuner varetager på grundlag af kommunalfuldmagtsreglerne, skal være almennyttige. Heri ligger bl.a., at en kommunes borgere i almindelighed skal have gavn af, at kommunen varetager et formål, og at der principielt skal være fri og lige adgang for en kommunes borgere til den pågældende ydelse, facilitet mv. Hvis en ydelse ikke stilles til rådighed for alle, skal tildelingen ske på grundlag af saglige kriterier.

Opgaver inden for områder som f.eks. kultur, idræt og fritid anses i vidt omfang som sådanne almennyttige kommunale opgaver. Det er derfor også almindeligt antaget i den kommunalretlige litteratur og i de kommunale tilsynsmyndigheders praksis, at kommuner kan etablere faciliteter til brug for sine borgere på disse områder. Kommuner kan endvidere inden for kommunalfuldmagtsreglerne støtte, at kommunens borgere slutter sig sammen og danner foreninger.

Efter vores opfattelse er der ikke tvivl om, at kommuner på grundlag af kommunalfuldmagtsreglerne f.eks. kan etablere medborgerhuse og lignende faciliteter, hvor kommunens borgere kan mødes, skabe netværk, arrangere frivilligt hjælpearbejde, lave fælles arrangementer osv.

Selv om muligheden for f.eks. at arrangere fester mv. i sådanne medborgerhuse er et alternativ til at holde festen på restaurant eller lignende steder, er en sådan påvirkning af konkurrencen accepteret. Påvises der således en tilstrækkelig kommunal interesse, vil også et kommunalt virtuelt medborgerhus kunne accepteres, selvom det medfører en vis konkurrencepåvirkning.

De kommunale tilsynsmyndigheder ses endnu ikke at have taget stilling til, om en kommune kan etablere et digitalt netværk eller mødested for sine borgere.

Etableringen af et sådant digitalt netværk eller mødested for kommunens borgere kan efter vores vurdering sammenlignes med f.eks. medborgerhus. Der er blot tale om en moderne facilitet eller platform for borgernes sociale netværk og mødeaktiviteter. Det er derfor vores vurdering, at selve etableringen af kbh.dk formentlig ligger inden for det, som en kommune kan efter kommunalfuldmagtsreglerne. Vi lægger herved også vægt på, at kommunalfuldmagtsreglernes indhold hele tiden må afgrænses under hen- syn til den udvikling samfundet i øvrigt undergår.

Om kbh.dk holder sig inden for kommunalfuldmagtsreglerne vil imidlertid til enhver tid også afhænge af, om der kan påvises en tilstrækkelig kommunal interesse i etableringen af en sådan portal. Der skal altså løbende henses til, hvilke interesser kommunen forsøger at fremme med portalen.

På den ene side er det klart ikke en kommunal opgave f.eks. at tilbyde borgerne en portal, hvor der ikke er nogen form for styring, eller en datingportal eller lignende.

På den anden side er det utvivlsomt lovligt at opbygge en kommuneportal. Henset til tankegangen om det virtuelle medborgerhus må det også være lovligt, at stille en portal til rådighed, der virker generelt fremmende for fællesskabet, herunder for netværket mellem byens borgere.

Man kan ikke tilpligtes det umulige, og kommunen kan derfor ikke lave en social netværksside og så være forpligtet til at hindre, at netværkeriet ender med en date. Derfor er der ikke klare grænser for, hvad man må, men der vil helt klart være formål, der ikke kan fremmes på portalen, og der er et krav om en vis kommunal styring af emner mv.

Med henblik på at sikre, at der kan påvises en tilstrækkelig kommunal interesse i portalen, må kommunen derfor søge portalen indrettet på en sådan måde, at den i videst muligt omfang tager sigte på at fremme de kommunale formål.

Dette indebærer, at portalen bør indrettes, så den er velegnet som platform for igangsættelse af sociale aktiviteter til gavn for kommunen og dens borgere. Her tænkes på aktiviteter af den art, som er medtaget i Økonomiforvaltningens oplæg, dvs. gadefester, oprydningsdag, udveksling af sociale ydelser, frivillig indsats som "natteravn" osv.

Heri ligger så også, at portalen også må indrettes således, at den ikke fremmer aktiviteter, som falder uden for det kommunale opgavefelt, som er grundlaget for kommunens ønske om at finansiere oprettelsen af en sådan portal.

For at sikre en tilstrækkelig kommunal interesse i portalen vil det således være nødvendigt, at kommunen i nogen grad involverer sig i den nærmere indretning og opbygning af portalen. I praksis vil dette formentlig ske i form af retningslinier til brugergruppen samt et vist tilsyn med, at disse retningslinier overholdes.

I forhold til f.eks. de persondataretlige forpligtelser har en sådan involvering i portalens nærmere opbygning og indretning så omvendt den ulempe, at den skærper kommunens forpligtelser og ansvar i forhold til denne lovgivning. Dette behandles særskilt nedenfor i afsnit 3.

Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt portalen alene skal være forbeholdt borgere i Københavns Kommune eller om den skal være åben for alle.

Vi skal i den forbindelse pege på, at det er almindeligt antaget, at kommuner er underlagt et såkaldt lokalitetsprincip. Lokalitetsprincippet udspringer af det forhold, at en kommune skal varetage kommunale opgaver for sine borgere, og at en kommune derfor normalt ikke vil kunne varetage opgaver for andre kommuners borgere.

Det er omdiskuteret, hvilken rækkevidde dette lokalitetsprincip præcist har, og også her gælder, at ingen kan tilpligtes at gøre det umulige.

Det afgørende for varetagelsen af den kommunale interesse må være, at **portalens retter sig mod borgere i Københavns Kommune**, herunder mod at inspirere til og understøtte igangsættelse af sociale aktiviteter til gavn for kommunen og dens borgere.

At det så ikke i praksis vil være umuligt at sikre, at den kun anvendes af kommunens borgere, kan herefter ikke være afgørende for den juridiske vurdering.

Hvis krav om, at portalen skal rette sig mod Københavns Kommunes borgere, er opfyldt, kan det efter vores vurdering ikke afsvække den kommunale interesse, at borgere uden for kommunegrænsen kan bruge portalen til at "kigge med" eller blande sig i debatten mv.

3. Persondataretlig vurdering

Datatilsynet har i en række tilfælde vurderet, at persondataloven finder anvendelse ved behandling af personoplysninger på Internettet, herunder på portaler såsom den påtænkte kommuneportal.

Persondataloven har imidlertid ikke nogen praktisk betydning, hvis dette vil være i strid med informations- og ytringsfriheden, jf. persondatalovens § 2, stk. 2. Når borgerne kommunikerer med hinanden på portalen, vil kommunen langt hen ad vejen være afskåret fra, at censurere denne kommunikation, hvorfor persondataloven allerede af denne grund alene får begrænset betydning for brugen af portalen.

Kommunen kan også søge, at få portalen omfattet af reglen i § 2, stk. 2, om informationsdatabaser, hvorved opnås, at persondatalovens ikke finder anvendelse.

Det er imidlertid meget sandsynligt, at de personoplysninger, der bliver behandlet på portalen, vil være reguleret af reglerne i persondataloven.

Det er endvidere sandsynligt, at Københavns Kommune, der stiller portalen til rådighed, vil blive anset for dataansvarlig, jf. persondatalovens § 3, nr. 4, for en væsentlig del af den behandling, der finder sted på portalen. Da det ikke ændrer på vurdering af kommunens ansvar, at der evt. skulle være flere dataansvarlige, har vi her behandlet denne problemstilling.

Som dataansvarlig skal kommunen som udgangspunkt sikre,

- at behandlingen af persondataloven bl.a. er saglig og proportional, og lever op til de øvrige grundlæggende krav i persondatalovens § 5
- at behandlingen skal være hjemlet i persondatalovens §§ 6-8
- at kommunen opfylder sine oplysningsforpligtelser samt giver de borgere, som der behandles oplysninger om, de rettigheder, der følger af persondatalovens §§ 28 til 40
- at kommunen vurderer, om der er en anmeldelsespligt til Datatilsynet
- at kommunen sikrer, at portalen lever op til de datasikkerhedsretlige krav.

Datatilsynet har i en udtalelse af 2. november 2004 taget stilling til Jubiis lagring af oplysninger fra chat-forum og opbevaring af e-mail. Datatilsynet fandt, at der alene kunne finde en sådan lagring sted med de involveredes samtykke. På den påtænkte portal vil personoplysningerne blive gemt, indtil de bliver slettet, og spørgsmålet om, hvorvidt samtykke i nogle sammenhænge skal indhentes, skal derfor overvejes.

Vi er f.eks. bekendt med en sag, hvor en offentlig myndighed ville oprette en portal for pårørende til psykisk syge. Hvis en sådan portal, hvor man sigter mod, at der bliver lagt følsomme oplysninger, ud på internettet, overhovedet er lovlig, vil den i hvert fald kræve et samtykke hertil fra de, der får følsomme oplysninger om dem selv behandlet på portalen.

Datatilsynet har endvidere i sin årsberetning fra 2003, side 82 f., omtalt en sag, hvor en kommunal sagsbehandler blev meget dårligt omtalt på en debatside på nettet. Datatilsynet accepterede, at dette var sket uden samtykke fra sagsbehandleren, og Datatilsynet lagde i denne forbindelse betydelig vægt på hensynet til ytringsfriheden.

Om der f.eks. skal indhentes samtykke fra de omtalte på kbh.dk, vil kommunen som dataansvarlig kunne risikere at skulle foretage en konkret vurdering af.

Med andre ord er persondataloven ikke i sig selv til hinder for, at der etableres den påtænkte portal, men kommunen vil efter omstændigheder få en række forpligtelser efter persondataloven i denne anledning.

4. Civilretlige og strafferetlige forhold i øvrigt

Vi vil i det følgende vurdere, hvilke forpligtelser kommunen i øvrigt vil have som følge af portalen. Dette er særligt reguleret civilretligt og i strafferetten.

4.1. Er det lovligt at lade brugerne af kbh.dk få adgang til at dele filer med hinanden, herunder mulighed for at uploade og downloade fx fotos/film/musik mv.?

Københavns Kommune vil være at betragte som udbyder af en internettjeneste (internettjenesteudbyder), idet Københavns Kommune stiller internetportalen kbh.dk til rådighed for brugerne. Det er som udgangspunkt lovligt at stille sådanne tjenester til rådighed, der gør det muligt for brugerne at dele filer med hinanden.

Den juridiske problemstilling kan opstå, hvor det indhold, der uploades, er ulovligt at dele af den ene eller anden årsag. Der kan blandt andet være tale om ulovlige kopier af ophavsretligt beskyttet materiale, materiale eller information der er ulovlig i medfør af straffeloven, eksempelvis børneporno eller racistiske ytringer, samt materiale eller information, som kan være injurierende over for tredjeparter.

Spørgsmålet er herefter, hvorvidt Københavns Kommune som udbyder af den internettjeneste, der anvendes til at dele informationen/materialet, vil kunne gøres ansvarlig enten strafferetligt eller civilretligt i tilfælde af, at en bruger oplagrer eller deler ulovligt materiale eller information på eller via kbh.dk.

Nedenfor gennemgås først hvordan vurderingen heraf vil være efter de grundlæggende regler om strafferetligt henholdsvis civilretligt ansvar. Herefter gennemgås de særlige ansvarsfritagelsesregler som er indført med e-handelsloven for henholdsvis det strafferetlige og civilretlige ansvar.

Det strafferetlige udgangspunkt

Der er ikke særlige regler i straffeloven eller anden lovgivning, der pålægger internettjenesteudbydere et strafferetligt ansvar for det materiale, der af brugerne uploades på eller deles via de tjenester, de udbyder. For så vidt internettjenesteudbyderen ikke selv har uploadet det/den ulovlige materiale/information, vil vurderingen af, hvorvidt internettjenesteudbyderen kan gøres strafferetlig ansvarlig for det ulovlige materiale, bero på en vurdering af, hvorvidt der er tale om strafbar medvirken, jf. straffelovens § 23.

Straffelovens § 23 vedrører som udgangspunkt forsætlig medvirken, men kan ved analogi udvides til også at omfatte passiv medvirken. For at kunne gøre et ansvar gældende for passiv medvirken er det en betingelse, at den, der (passivt) medvirker, kan og bør indse, at der er tale om et retsstridigt forhold, og at han havde mulighed for at gribe ind og forhindre lovovertrædelsen. Det kræver ligeledes, at der er en særlig forbindelse mellem "hovedmanden" og medvirkeren.

I forhold til internettjenester antages kravet om tilknytning at være opfyldt i det tilfælde, hvor lovovertrædelsen realiseres via en internettjeneste, der kontrolleres af en formidler. Der vil altså med hensyn til kbh.dk være den nødvendige tilknytning mellem Københavns Kommune som internettjenesteudbyder og brugerne af kbh.dk.

I henhold til de almindelige strafferetlige regler vil Københavns Kommune således efter omstændighederne kunne pådrage sig et strafferetligt ansvar for medvirken, hvis kommunen er blevet opmærksom på strafbart materiale eller information på kbh.dk og ikke har taget skridt til at fjerne dette.

Det civilretlige udgangspunkt

Et civilretligt ansvar (erstatningsansvar) vil kunne komme på tale f.eks. i de tilfælde, hvor der uploades ulovlige kopier af ophavsretligt beskyttet materiale. Også i dette tilfælde, vil der i givet fald være tale om en form for medvirkensansvar, og det vil igen efter de almindelige regler kræves, at der er en særlig tilknytning mellem Københavns Kommune og den bruger, der udfører den erstatningspådragende handling. Kravet om denne tilknytning vil igen være opfyldt i kraft af, at Københavns Kommune stiller tjenesten til rådighed og har kontrollen over tjenesten.

Den konkrete vurdering af, hvorvidt Københavns Kommune vil ifalde et ansvar, vil blive foretaget på baggrund af den erstatningsretlige regel, der gøres gældende i forhold til brugeren. Er der tale om en ophavsretlig krænkelse, vil vurderingen ske efter ophavsretsloven. Er den skadevoldende aktivitet ikke reguleret af et bestemt regelsæt, vil de bero på almindelige erstatningsretlige regler etc.

Som det følger af det nedenfor beskrevne om e-handelsloven, vil det, for at kommunen bliver civilretligt ansvarlig, være en betingelse, at kommunen som minimum har udvist simpel uagtsomhed.

5. E-handelslovens regler om ansvarsfrihed for formidlere

E-handelsloven (lov nr. 227 af 22. april 2002 om tjenester i informationssamfundet herunder visse aspekter af elektronisk handel) finder anvendelse på tjenester i informationssamfundet (informationssamfundstjenester), som i lovens § 2, stk. 1, nr. 1, defineres således: *”Enhver tjeneste, der har et kommercielt sigte, og som leveres online (ad elektronisk vej over en vis distance) på individuel anmodning fra en tjenestemodtager.”*

Umiddelbart har den planlagte portal kbh.dk ikke et kommercielt sigte. Det fremgår dog af lovforarbejderne, at begrebet skal forstås meget bredt. Selvom brugerne således ikke betaler vederlag for tjenesten, og denne heller ikke finansieres ad anden vej (f.eks. ved bannerreklamer), vil den stadig være omfattet af e-handelsloven, såfremt tjenester af samme art almindeligvis bliver leveret mod betaling (eller finansieres via bannerreklamer). Som konkret eksempel på tjenester, som umiddelbart vil opfylde det generelle krav, nævnes nyhedsgrupper. På den baggrund må det lægges til grund, at portalen kbh.dk vil være en informationssamfundstjeneste i e-handelsloves forstand og således være omfattet af e-handelsloven.

E-handelsloven indfører med bestemmelserne i §§ 14-16 ansvarsfrihed for formidleren både i strafferetlig og civilretlig henseende under visse nærmere betingelser. Den relevante bestemmelse i forhold til kbh.dk er § 16, som vedrører oplagring.

Strafferetligt ansvar

Ifølge § 16, stk. 1, nr. 1, er formidleren (i dette tilfælde Københavns Kommune), som har oplagret information for brugeren, fri for strafferetligt ansvar for denne oplagring, når formidleren ikke har kendskab til den ulovlige information. Så længe Københavns Kommune ikke har kendskab til den ulovlige information, kan kommunen således ikke drages strafferetligt til ansvar. Får Københavns Kommune kendskab til den ulovlige information, kan kommunen ifalde ansvar, såfremt der ikke straks tages skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den, jf. e-handelslovens § 16, stk. 1, nr. 2.

Civilretligt ansvar

For så vidt angår det civilretlige ansvar gælder, at formidleren er ansvarsfri, hvis han ikke har kendskab til den ulovlige information og ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder hvoraf den skadevoldende information eller aktivitet fremgår. Dette skal forstås sådan, at formidleren i erstatningsretlig henseende er underlagt den almindelige culparegel (dvs. en almindelig vurdering af, om formidleren har handlet uagtsomt), og formidleren kan altså ikke påberåbe sig ansvarsfritagelsen, såfremt han burde have vidst, at han oplagrede retsstridigt materiale. § 16, stk. 1, nr. 2, (se herom ovenfor) gælder tilsvarende for det civilretlige ansvar, og kommunen vil således ifalde ansvar, såfremt kommunen ikke straks efter at have fået kendskab (herunder altså også ”burde viden”) hertil tager skridt til at fjerne eller hindre adgangen til den ulovlige information.

Burde Københavns Kommune således efter en eventuel gennemgang af indholdet på portalen kbh.dk have fået kendskab til den ulovlige information, gælder ansvarsfritagelsen i e-handelsloven ikke for så vidt angår et eventuelt erstatningsretligt ansvar.

Fremgår det eksempelvis af titlen på en nyhedsgruppe, at der deles ulovligt materiale i nyhedsgruppen, burde formidleren have kendskab til ulovligheden og er således ikke fri for det erstatningsretlige ansvar, medmindre han straks fjerner informationen/materialet eller hindrer adgangen hertil.

Det skal dog nævnes, at der i e-handelsdirektivet dels er et udtrykkeligt forbud mod at pålægge formidlere en generel overvågningsforpligtelse i forhold til den information, der oplagres, dels et forbud mod at indføre en generel forpligtelse til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed.

Københavns Kommune vil således på den ene side ikke være forpligtet til generelt at overvåge kbh.dk eller aktivt at undersøge alle forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed. På den anden side er kommunen dog ikke ansvarsfri, såfremt denne ved et gennemsyn burde have fået kendskab til den/det ulovlige information/materiale.

6. Øvrige krav i medfør af e-handelsloven

Da kbh.dk som ovenfor beskrevet vil være omfattet af e-handelsloven, skal portalen også opfylde den generelle oplysningspligt, som fremgår af e-handelslovens § 7. Der skal således gives oplysning om tjenesteyderens navn, tjenesteyderens fysiske adresse, e-postadresse, postadresse og andre kontaktoplysninger, CVR-nummeret, tilhørsforhold til eventuelle godkendelsesordninger samt den eventuelle relevante tilsynsmyndighed.

7. Brugervilkår

Det er ikke en betingelse for lovligheden af tjenesten, at der udarbejdes vilkår, som brugerne skal acceptere, men for at sikre Københavns Kommunes adgang til at redigere og slette indhold på portalen, bør sådanne vilkår udarbejdes, og det bør kræves, at brugerne accepterer disse vilkår, før de aktivt kan bruge portalen. Ligeledes bør brugervilkårene regulere sådanne forhold, som typisk reguleres i vilkår for tjenester som den omhandlede, f.eks. ordensregler, regler om ansvar, behandling af personoplysninger (selv om dette ikke fuldt ud ville kunne reguleres i brugervilkår, jf. det anførte i afsnit 3 herom), rettigheder til materiale oplagret på kbh.dk, lovvalg og værneting m.v.

København, den 21. september 2007
DLA Nordic A/S

Anders Valentiner-Branth